

# DIREITO

Revista da Faculdade de

ISSN 2178-0498

da Universidade Federal de Uberlândia volume 50 · número 2 · julho – dezembro 2022



EDUFU

## Apresentação

### Nota da Editora

Tatiana Cardoso Squeff

1-4

## Doutrina Estrangeira

### Democracia e igualdade (de gênero)

RGB e Bolívia

Elda Monica Carballo

5-28

### Justiça Global?

Direitos Humanos, perspectivas e Covid

Virgínia Ramos Rebrer

29-51

## Autores Convidados

### Um estudo sobre direitos autorais na orientação acadêmica

Alexandre Saldanha

52-74

### Arte made in China

reflexões sobre o direito da arte na china

Paulo Henrique Reis de Oliveira

75-93

## Artigos

### Trabalho decente e redução das desigualdades

apontamentos teóricos quanto aos Objetivos 8 e 10 da Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável

Paulo Klein Junior, Luiz Geraldo do Carmo Gomes

94-117

### MERCOSUL e Sustentabilidade

A preocupação com a adoção de padrões de produção e consumo sustentáveis

Luciane Klein Vieira, Andressa Zanfonatto Slongo

118-147

### Direito Internacional do mar e exploração dos fundos marinhos em perspectiva socioeconômica

Leonardo de Camargo Subtil, Poliana Lovatto

148-174

### Países Emergentes e a Mudança no Paradigma dos Investimentos Internacionais

Thiago Ferreira Almeida

175-200

## **Conceitos de Corrupção e sua Percepção em Países Desenvolvidos**

Antenor Alves Silva

201-230

## **A compreensão do gênero no Estatuto de Roma**

uma hermenêutica queer

Gabriel Pedro Moreira Damasceno, Moisés Oliveira Costa, André Panayotes Skiadas

231-246

## **Traficante ou usuário**

a discricionariedade do delegado de polícia na aferição dos delitos da lei de drogas e sua consequência nos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Christiane Heloisa Kalb, Marcos Guilherme Dorneles Staub

247-272

## **Reflexões acerca da violência psicológica contra a mulher**

perspectivas da tutela penal disciplinada pela Lei nº 14.188/2021

Simone de Alcantara Savazzoni

273-303

## **Direito do Trabalho da mulher advogada**

a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática

Ana Raquel Ramos de Assis Pereira, Cláudia Paniago, Taciana Ramos

304-332

## **Judicial review**

a atuação do Poder Judiciário diante da Lei 14.151/2021 que afastou as gestantes do trabalho presencial durante a pandemia

Marco Aurélio Serau Junior, Isabel Ceccon Iantas

333-353

## **Vulnerabilidades dos povos indígenas na fronteira Brasil-Paraguai e o contexto da pandemia de Covid-19**

Elvis Gomes Marques Filho, Antônio Hilário Aguilera Urquiza

354-375

## **Direitos fundamentais, igualdade e atuação do Judiciário**

os desafios contemporâneos das cotas étnico-raciais

Felipe Pereira Maroubo

376-421

## **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas sob o enfoque das teorias horizontal e diagonal**

da formulação teórica à aplicabilidade judicial

Luiz Fernando de Oliveira, Kelvys Louzeiro de Souza, Mauro Sérgio de Souza Moreira

422-453

## **O Controle de Convencionalidade pelo STF**

o caso Favela Nova Brasília e a ADPF 635

Raquel Guerra, Sidney Guerra, Raphael Pereira da Silva

454-485

## **Eutanásia**

entre o tabu e a liberdade

Lúcia Souza d'Aquino, Gabriel Lobo da Silva

486-518

**Negativa de internamento em casos de urgência/emergência de pessoas com esquizofrenia pelos planos de saúde**  
uma análise da jurisprudência do TJPE nos anos de 2020 e 2021

Vinicius Calado, Matheus Quadros Lacerda Troccoli

519-549

**Tutela coletiva do consumidor pelo Ministério Público por meio do Termo de Ajustamento de Conduta**

Fabricao Germano Alves, Elias Jacob de Menezes Neto, Wagner Franklin da Costa

550-570

**“Babyveillance” e “oversharenting” à luz da proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente**

Victória Barboza Sanhudo, Conrado Paulino da Rosa

571-602

**Aspectos contemporâneos da privacidade**

há um direito à intimidade?

Iuri Bolesina, Talita de Moura Faccin

603-634

**Introdução à história do direito privado alemão**

Leonardo Estevam de Assis Zanini

635-670

**O Impacto da Política Fiscal sobre os Direitos Humanos**

Fernanda de Holanda Paiva Nunes, Joedson de Souza Delgado

671-688

**O benefício de prestação continuada e as alterações trazidas pela Lei nº 14.176/21 no critério econômico para sua concessão**

Francieli Puntel Raminelli, Gislaine Aguiar Silva

689-711

**A aceitação de doação sem ônus pela Administração Pública**

Fernanda Zeferino Casagrande, Maurício da Cunha Savino Filó

712-727

Resenhas de Livros

**Gestão estratégica de unidades judiciárias - desdobramento de 4º nível, gestão judiciária aplicada, de Marcus Vinícius Mendes do Valle**

Adriano da Silva Ribeiro

728-731

**Alienação Parental – Responsabilidade Civil, de Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Fernanda da Silva Vieira Rosa e Fernanda Pantaleão Dirscherl**

Vinicius Cesar Félix

732-737

Comentário de Jurisprudência

**Análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da taxatividade do rol de procedimentos da agência nacional de saúde**

Fernanda Pantaleão Dirscherl, Amanda Figueiredo de Andrade

738-760

Entrevistas, Palestras e Relatórios

**Universidades Federais Brasileiras com Vagas para Refugiados**

Victória Magri Moreira de Carvalho, Luiza Aparecida Ranuzzi, Pedro Lucchett Silva, Tatiana Cardoso Squeeff, Thiago Gonçalves Paluma Rocha

761-791

Resumos: Superendividamento e Proteção do Consumidor

**III Jornada de Pesquisa CDEA**

superendividamento e proteção do consumidor

792-835

Resumos: Migração e Proteção de Pessoas

**VII Simpósio de Migração e Proteção de Pessoas**

Passado, Presente e Futuro

836-950

## Editorial

Gabriel García Márquez, escritor colombiano, ganhou o prêmio Nobel de Literatura em 1982. Em seu discurso de aceite, nos brindou com uma importante reflexão sobre a construção da imagem do ser e do ambiente Latino Americano, que viriam a justificar o seu encobrimento pelo Europeu (DUSSEL, 1993). Vejamos a passagem:

Antonio Pigafetta, navegador florentino que acompanhou Magalhães na primeira viagem em volta do mundo, escreveu, na ocasião de sua passagem pelas terras do sul de nossa América, um relato minuciosamente apurado, mas que na verdade parece mais um delírio fantasioso.

Nessa viagem, ele diz que viu porcos com umbigos nas ancas, pássaros sem garras cujas fêmeas botavam os ovos nas costas de seus parceiros, e ainda outros, lembrando pelicanos deslinguados, com bicos feito colheres.

Ele disse ter visto uma criatura desengonçada, com cabeça e orelhas de mula, corpo de camelo e pernas de veado, que relinchava como cavalo. Descreveu como o primeiro nativo encontrado na Patagônia se olhou no espelho, e em seguida, o impassível gigante, perdeu a razão, aterrorizado com sua própria imagem. (MÁRQUEZ, 2012, p. 12)

Nota-se não apenas a criatividade do Europeu em detalhar animais inexistentes ou mesmo o “grau de desenvolvimento” do nativo quando em comparação com o Europeu, mas o retrato de um lugar e de um ser que justificariam as incursões europeias, seja na natureza, seja na pessoa humana. Deste relato, por exemplo, poderiam brotar curiosidades sobre a fauna e a flora latina, ensejando a sua exploração à época, tal como justificativas para a dominação e a catequização daquele considerado selvagem.

Incursões que, porém, não findaram com o tempo (mais especificamente com o fim da colonização) – ou como disse Márquez (2014, p. 12) “*a independência do domínio espanhol não nos colocou a salvo da demência*”. Elas, na verdade, assumiram outras roupagens, como a

biopirataria e a própria colonialidade do saber no tocante à natureza (SHIVA, 2001), e a perpetuação da existência de um padrão de ser humano subjulgável e mercantilizável (traduzidas na colonialidade do ser e do poder) (QUIJANO, 2010). Figuras essas que *"tem irrompido desde então com mais ímpetos que nunca [...] como se não fosse possível outro destino que viver à mercê dos grandes donos do mundo"* (MÁRQUEZ, 2012, p. 12 e 13), para usar das palavras do escritor.

E justamente por isso é que tais figuras deveriam ser combatidas. Afinal, todos deveriam ter voz – *"A América Latina não quer nem tem por que ser um peão sem vontade, nem tem nada de quimérico que seus desígnios de independência e originalidade se convertam em uma aspiração ocidental"* (MÁRQUEZ, 2012, p. 13). Nesse passo, o acesso à cultura (como às obras de Márquez) e ao conhecimento específico mostram ser ferramentas importantes para a libertação do indivíduo das amarras coloniais e, logo, do seu fechamento epistemológico excludente.

Já teci em outros editoriais que o conhecimento é libertário e que a divulgação de investigações conduzidas particularmente por pesquisadores brasileiros ou latinos por meio da Revista são importantes justamente para a promoção do Sul e da própria interculturalidade, em que pese os limites impostos pela geopolítica do saber, incluindo a do idioma (sobretudo, pelo uso do português) (SQUEFF, 2021a; 2021b; 2020; 2019). Outrossim, ainda não havia comentado muito sobre o *acesso* ao conhecimento e à cultura.

Márquez (2012, p. 13) afirmou que *"o maior desafio para nós [Latino Americanos] tem sido a insuficiência dos recursos convencionais para fazer crível nossa vida"*. De fato, hoje, esses recursos compreendem a tecnologia, mais especificamente, o acesso à tecnologia. Ocorre que, se estamos atualmente vivenciando uma virada tecnológica, nem todos têm acesso a ela – o *digital divide* é grande quando se compara os níveis de acesso à internet, por exemplo, entre os continentes europeu, africano e latino-americano.

Esta é a nova barreira que teremos que transpor. E se no passado “*não tivemos um instante de sossego*”, como disse Márquez (2014, p. 12) ao referir-se às instabilidades políticas experimentadas pelos latino-americanos quando da saída do Europeu, persistimos em não ter este sossego, pois quando se pensa em superação de certas colonialidades, outras parecem brotar. Dificuldades como essa, sim, nos entorpecem, Márquez! A diferença é que hoje, ao menos, as reconhecemos.

Nesse escopo, fomentar o acesso ao conhecimento *online* de maneira aberta, i.e. sem a necessidade de pagar valores absurdo para ter acesso a outros textos sobre certo tema, é um pequeno mas importante passo para o pesquisador latino-americano. Não apenas isso, mesmo que se submetendo a processos rigorosos de análise (como o *double blind review*), poder compartilhar o conhecimento de forma gratuita é igualmente importante!

Não podemos deixar que a “*interpretação de nossa realidade [por outrem] [...] contribu[a] para fazer-nos cada vez mais desconhecidos, cada vez menos livres, cada vez mais solitários*” (MÁRQUEZ, 2012, p. 13). Façamos, assim, a nossa parte. E é com isso em mente que introduzo o volume 2 da edição de n. 50 da Revista da Faculdade de Direito da UFU.

Esta edição é composta por sete seções. Na primeira parte, publicam-se 27 artigos divididos nas seções ‘estrangeiros’ (02), ‘convidados’ (02) e ‘artigos em geral’ (23). Ao todo, são 50 autores que compõe esse grupo, com representantes de 12 estados da federação, quais sejam: GO, DF, MG, MS, PE, PR, RJ, RN, RO, RS, SC e SP, além de autores vinculados a instituições da Bolívia, Espanha, Suíça e País Basco. Quanto à titulação, 20 artigos apresentam autores com a titulação máxima de doutorado, enquanto sete textos apresentam autores com titulação máxima de mestrado.

Já nas demais seções desta edição, há dois *book reviews* e uma análise de jurisprudência, cada um assinado por um pesquisador, um relatório de pesquisa submetido pela Assessoria Jurídica para Migrantes e Pessoas em



Situação de Risco (AJESIR/UFU), além de publicar-se os resumos de dois eventos que tiveram apoio da Revista da FADIR da UFU para a sua realização, quais sejam, a III Jornada de Pesquisa CDEA sobre superendividamento e proteção do consumidor e o VII Simpósio sobre Migração e Proteção de Pessoas.

De tal modo, desejo uma boa e proveitosa leitura a todos!

Uberlândia/MG, 04 de julho de 2023.

*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

DUSSEL, Enrique. **O encobrimento do outro** - a origem do mito da modernidade. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

MÁRQUEZ, Gabriel Garcia. A solidão da América Latina. **RevIU**, v. 2, n. 1, pp. 12-14, 2014

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 73-1

SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento**. Trad. Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

SQUEFF, Tatiana C. Editorial. **Revista da Faculdade de Direito da UFU**, Uberlândia, v. 49, n. 2, 2021a, pp. 1-3.

SQUEFF, Tatiana C. Editorial. **Revista da Faculdade de Direito da UFU**, Uberlândia, v. 49, n. 1, 2021b, pp. 1-7.

SQUEFF, Tatiana C. Editorial. **Revista da Faculdade de Direito da UFU**, Uberlândia, v. 48, n. 2, 2020, pp. 1-10.

SQUEFF, Tatiana C. Editorial. **Revista da Faculdade de Direito da UFU**, Uberlândia, v. 47, n. 2, 2019, pp. 1-6.

# Democracia e igualdad (de género): RBG y Bolivia

## *Democracy and (gender) equality: RBG and Bolivia*

*Elda Monica Carballo*<sup>1</sup>

**Resumo:** La reforma constitucional boliviana de 2009 consolidó el reconocimiento objetivo de los derechos políticos de las mujeres, planteando el ejercicio de la equidad de género como un criterio para ocupar cargos públicos de decisión. Sin embargo, queda pendiente el desafío de garantizar el ejercicio pleno de dichos derechos en medio de una sociedad arraigada culturalmente con el machismo. En tal sentido, por medio del método deductivo y un análisis analítico descriptivo, el presente documento analiza la normativa vigente en contraste con la realidad del acceso a cargos públicos en Bolivia, tomando como parámetro el trabajo de Ruth Bader Ginsburg por la inclusión de los derechos de la mujer y la igualdad de género en la Corte Suprema de Estados Unidos. Al final se concluye que dicha premisa de igualdad y equidad no son garantizados, quedando pendiente dicho trabajo por parte del Estado.

**Palavras-chave:** Democracia. Igualdad de Género. Ruth Bader Ginsberg. Participación política en Bolivia.

**Abstract:** The Bolivian constitutional reform of 2009 consolidated the objective recognition of women's political rights, proposing the exercise of gender equality as a criterion to occupy public decision-making positions. However, the challenge of guaranteeing the full exercise of these rights in the midst of a society culturally rooted in machismo remains. In this sense, through the deductive method and a descriptive analytical analysis, this document analyzes the current regulations in contrast to the reality of access to public office in Bolivia, taking as a parameter the work of Ruth Bader Ginsburg for the inclusion of women's rights and gender equality in the Supreme Court of the United States. In the end, it is concluded that this premise of equality and equity are not guaranteed, and this work is pending on the part of the State.

**Keywords:** Democracy. Gender equality. Ruth Bader Ginsberg. Political participation in Bolivia.

## 1. Introducción

La intersección entre la democracia y la igualdad es imposible de dejar de lado cuando se habla de la participación de las mujeres en el ámbito político.

---

<sup>1</sup> Docente en la Universidad Privada del Valle (UNIVALLE - Bolivia). Maestría en International Legal Studies LLM, obtenido en la American University - Washington College of Law (AUWCL - Washington D.C., E.E.U.U), con una beca Humphrey Fellowship (2011/2012).

De acuerdo con la calidad de democracia que un país tiene, se evidenciará una mayor o menor participación de la mujer en los diferentes escenarios de toma de decisiones.

Los diversos tratados y convenciones internacionales de protección de Derechos Humanos y de los Derechos Humanos de la Mujer que ha firmado y ratificado Bolivia, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará), han establecido distintas obligaciones internacionales que cada Estado Parte debe cumplir a fin de realizar los derechos que se materializan en sus páginas. El acceso igualitario a los derechos políticos es uno de esos derechos.

En este artículo, veremos cómo se encuentran establecidos estos principios/valores (democracia e igualdad) en la legislación boliviana, y como se van aplicando en la realidad, contextualizando la temática en torno a nuestras recientes elecciones, y la situación de la mujer boliviana, tomando como parámetros las populares locuciones de la reciente mente fallecida Ruth Bader Ginsburg, la 2da mujer integrante de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

## **2. Desarrollo.**

“Las mujeres pertenecen en todos los lugares donde se están tomando decisiones [...] la mujer no debería ser la excepción.” Magistrada Ruth Bader Ginsburg (BBC, 2020).

### **2.1. Democracia e igualdad.**

La democracia es, de acuerdo con la RAE (2020), una forma de gobierno donde el poder político y la soberanía es ejercida por los ciudadanos de manera directa o por medio de sus representantes. Otra acepción de democracia refiere que es una forma de sociedad que “reconoce y respeta como valores esenciales la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley”, con independencia de circunstancias como el género, raza, religión, etc.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) tiene a la democracia como uno de sus valores principales, más en ninguno de los instrumentos de Derechos Humanos, encontramos esta palabra de manera explícita, pues aún ahora, existen varios Estados parte que cuentan con otros tipos o formas de gobierno, que no necesariamente son democráticos. Podemos encontrar las intenciones de incorporar la noción de democracia en diversos instrumentos internacionales como la Carta de las Naciones Unidas, que comienza con “Nosotros los Pueblos”, reflejando que la voluntad del pueblo es la fuente de legitimidad de los estados soberanos – un principio fundamental de la democracia. Al reflexionar sobre la democracia, vemos que la antigua Comisión de Derechos Humanos estableció como elementos esenciales de la democracia:

- “El respeto por los DDHH y las libertades fundamentales
- La libertad de asociación
- La libertad de expresión y de opinión
- El acceso al poder y su ejercicio de conformidad con el imperio de la ley
- La celebración de elecciones periódicas, libres y justas por sufragio universal y voto secreto como expresión de la voluntad de la población
- Un sistema pluralista de partidos y organizaciones políticas
- La separación de poderes
- La independencia del poder judicial
- La transparencia y la responsabilidad de la administración pública” (ONU, s.f.)

El Estado boliviano ha consagrado en su Constitución (artículo 1) que se erige como un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, **democrático**, intercultural, descentralizado y con autonomías.” (Bolivia, 2009)

Si consideramos que una sociedad democrática es una donde se practica la igualdad de derechos individuales, tendremos que en principio entender lo que implica la igualdad y la igualdad de género.

La igualdad se materializa cuando tratamos lo igual como igual y desigual a lo desigual, esto en el sentido de que, si bien todos somos personas con los mismos derechos y obligaciones, existen condiciones preexistentes que muchas veces limitan un trato igualitario. Estas condiciones son comúnmente denominadas categorías sospechosas de discriminación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en su artículo 7, tiene establecido que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley” (NNUU, 1948). De manera similar, el PIDCP en su Art. 25 establece que los ciudadanos de los Estados parte gozan sin distinción o restricciones indebidas de derechos y oportunidades, entre ellas a

[...] participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantiza la libre expresión de la voluntad de los electores; tener acceso, **en condiciones generales de igualdad**, a las funciones públicas de su país. (las negrillas son nuestras) (NNUU, 1968)

Al ser todas las personas iguales ante la ley y tener igual derecho a la protección de la ley sin discriminación alguna, los Estados deben garantizar a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación, sea que el trato desigual se base en “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (NNUU, Art. 26, 1968)

De acuerdo con la Convención Americana, los Estados parte tienen la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y asegurar que todas las personas en su jurisdicción puedan ejercer esos

derechos y libertades de manera libre y plena, “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, [...] o cualquier otra condición social” (OEA, Art. 1, 1969), ello en virtud a que “todas las personas son iguales ante la ley... tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (OEA, Art. 24, 1969).

Por su parte, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia consagra el principio de igualdad y de no discriminación en sus Arts. 8.II y 14 de la siguiente manera:

Artículo 8. II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, **igualdad**, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, **igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación**, bien estar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Art. 14. I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, **sin distinción alguna**. II. El Estado **prohíbe y sanciona toda forma de discriminación** fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en **condiciones de igualdad**, de los derechos de toda persona. (Bolivia, 2009)

En la misma línea, la S.C. 0458/2014 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia establece que la igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, es decir, en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de tiempo, modo y lugar. (TCP, 2014)

## 2.2 Discriminación de género y Participación política.

Ya entrando al análisis de si las mujeres bolivianas gozan de igualdad o si son discriminadas, debemos comenzar revisando la postura de diversas instituciones que han descrito la discriminación.

De acuerdo con lo escrito líneas arriba, podemos decir que la discriminación se presenta cuando se otorga un trato desigual a personas debido a ciertas características – conocidas comúnmente como categorías sospechosas de discriminación. Entre estas categorías tenemos al sexo, raza y edad. Las distintas legislaciones normalmente realizan una lista de ellas, como sucede en el Art. 14-II de la Constitución boliviana.

La CEDAW manifiesta de manera general que la discriminación contra la mujer debe ser entendida como:

[...] toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, **sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.** (las negrillas son nuestras) (NNUU, Art. 1, 1979)

La Convención de Belem do Pará nos señala que “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos...” (OEA, Art. 4, 1994). Entre otros, se encuentra “el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones” (OEA, Art. 4, 1994). Asimismo, se reconoce que toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados parte reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos. (OEA, Art. 5, 1994)

En el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) denominado “*El Camino hacia una Democracia Sustantiva: La Participación Política de las Mujeres en las Américas*”, la CIDH realizó un

análisis histórico de la participación de las mujeres en la política desde una perspectiva de derechos humanos. En ella, se manifiesta que

[...] las mujeres, a pesar de constituir aproximadamente la mitad de la población del hemisferio y del padrón electoral, se encuentran sub-representadas en todos los ámbitos de gobierno y toma de decisiones. El acceso limitado de las mujeres a los cargos públicos y a los puestos de poder en todas las esferas de la vida pública es el resultado de la discriminación y tratamiento inferior experimentados por las mujeres históricamente. (CIDH, 2011)

El artículo 26 de la Constitución boliviana otorga derecho de participación a toda la ciudadanía en la “formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres” (Bolivia, 2009). Visto desde un punto de vista interpretativo, esta disposición estaría a la vanguardia de las normas mundiales al respecto, pues en su última oración expresa explícitamente que la participación en lo que es el poder político será en “igualdad de condiciones entre hombres y mujeres”.

La Ley del Régimen Electoral en los Arts. 2 (a), (e) y (h) nos describe algunos aspectos importantes de la democracia boliviana y la relación con la igualdad.

ARTÍCULO 2. (PRINCIPIOS DE LA DEMOCRACIA INTERCULTURAL). Los principios, de observancia obligatoria, que rigen el ejercicio de la Democracia Intercultural son:

a) Soberanía Popular. La voluntad del pueblo soberano se expresa a través del ejercicio de la democracia directa y participativa, la democracia representativa y la democracia comunitaria, para la formación, ejercicio y control del poder público, para deliberar y decidir políticas públicas, controlar la gestión pública, autogobernarse y para revocar autoridades y representantes del Estado Plurinacional. La soberanía popular se ejerce de manera directa y delegada.

e) Igualdad. Todas las bolivianas y los bolivianos, de manera individual y colectiva, y sin ninguna forma de discriminación, gozando de los mismos derechos políticos consagrados en la Constitución Política del Estado y las Leyes.

h) Equivalencia. La democracia boliviana se sustenta en la equidad de género e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres



para el ejercicio de sus derechos individuales y colectivos, aplicando la paridad y alternancia en las listas de candidatas y candidatos para todos los cargos de gobierno y de representación, en la elección interna de las dirigencias y candidaturas de las organizaciones políticas, y en las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. (Bolivia, 2010)

De similar forma, en el artículo 11 de la indicada norma se establece cómo se debe materializar la igualdad de condiciones pregonada por el Art. 26 constitucional.

ARTÍCULO 11. (EQUIVALENCIA DE CONDICIONES). La democracia intercultural boliviana garantiza la equidad de género y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Las autoridades electorales competentes están obligadas a su cumplimiento, conforme a los siguientes criterios básicos:

- a) Las listas de candidatas y candidatos a Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Asambleístas Departamentales y Regionales, Concejalas y Concejales Municipales, y otras autoridades electivas, titulares y suplentes, respetarán la paridad y alternancia de género entre mujeres y hombres, de tal manera que exista una candidata titular mujer y, a continuación, un candidato titular hombre; un candidato suplente hombre y, a continuación, una candidata suplente mujer, de manera sucesiva.
- b) En los casos de elección de una sola candidatura en una circunscripción, la igualdad, paridad y alternancia de género se expresarán en titulares y suplentes. En el total de dichas circunscripciones por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de las candidaturas titulares pertenecerán a mujeres.
- c) Las listas de las candidatas y candidatos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, elaboradas de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, respetarán los principios mencionados en el párrafo precedente. (Bolivia, 2010)

El poder político de cualquier país democrático normalmente se divide en 3 poderes u órganos: el Ejecutivo – a la cabeza de la o el Presidente, el Legislativo – donde se encuentran los Senadores y Diputados y el Judicial – liderizado por el Tribunal o Corte Suprema.

El poder político boliviano cuenta con estos 3 órganos además de haberse establecido un 4to poder/órgano: el Electoral que se encarga de llevar adelante las elecciones, referéndums, aprobación de cartas orgánicas entre otras funciones. Conforme al Art. 12 de la CPE, esta estructura y organización

se encuentra “fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación” entre estos cuatro órganos de poder (Bolivia, 2009).

## 2.3 Análisis

“Si vas a cambiar las cosas, tienes que estar con las personas que están en el poder” Magistrada de la Corte Suprema Ruth Bader Ginsberg (BBC, 2020)

Bolivia ha llevado adelante un proceso electoral para Presidente, Senadores y Diputados en octubre de 2020, luego del fallido proceso de elecciones de 2019. Asimismo, cabe notar que en 2017 se llevaron a cabo las segundas elecciones judiciales para la renovación de las máximas autoridades del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional.

A continuación, se hará un análisis del resultado de estas elecciones refiriéndonos específicamente a la división entre las autoridades hombres y mujeres que se encuentran en el poder.

### 2.3.1 Órgano Ejecutivo

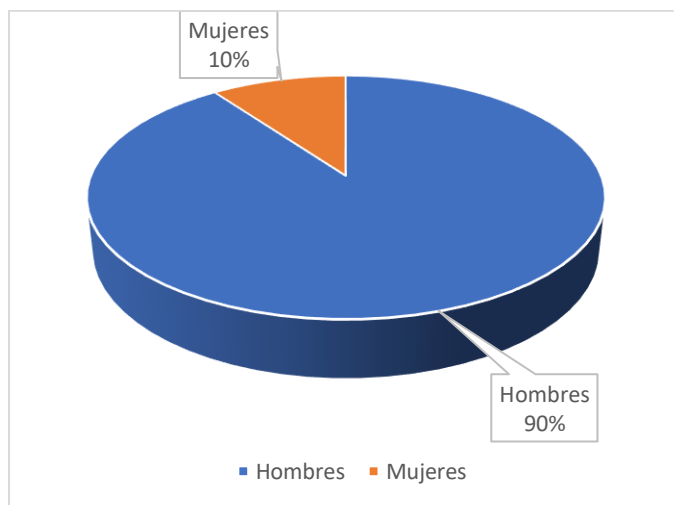
El órgano ejecutivo boliviano se encuentra conformado por el/la Presidente, el/lavicepresidente y los ministros de estado, de acuerdo con lo establecido en el Art. 165 de la CPE. La cantidad de ministerios/ministros dependerá de las necesidades del gobierno. Sólo se eligen al Presidente y Vicepresidente (que va en lista común con el/lacandidato a Presidente del Estado), mientras que los ministros son designados por quien ocupa la presidencia.

Cabe señalar que, en las elecciones presidenciales del 2020, originalmente se presentaron ocho candidatos, sin embargo, 3 retiraron sus

candidaturas que dando cinco frentes políticos cuya conformación de estas dos carteras era la siguiente:

- CREEMOS: Luis Fernando Camacho Vacacomo candidato a Presidente y Marco Antonio Pumari Arriaga para Vicepresidente.
- Movimiento al Socialismo – Instrumento Político para la Soberanía de los Pueblos (MAS-IPSP): Luis Alberto Arce Catacora como candidato a Presidente y David Choquehuanca Céspedes para Vicepresidente.
- Frente para la Victoria (FPV): Chi Hyun Chung candidato titular a Presidente y Salvador Emilio Pinto Marín a la vicepresidencia.
- Partido de Acción Nacional Boliviano (PAN-BOL): Feliciano Mamani Ninavia al cargo de Presidente y Ruth Yolanda Nina Juchani como Vicepresidenta.
- Comunidad Ciudadana (CC): Carlos Diego De Mesa Gisbert como candidato a Presidente y Gustavo Pedraza Mérida como candidato a Vicepresidente. (OEP, 2020).

Gráfica 1. Porcentaje Hombres/Mujeres Candidatos a Presidencia y Vicepresidencia.



Elaboración propia: Fuente OEP, 2020.

Como resultado de la votación de la población boliviana, se cuenta con la siguiente conformación en los poderes políticos estatales:

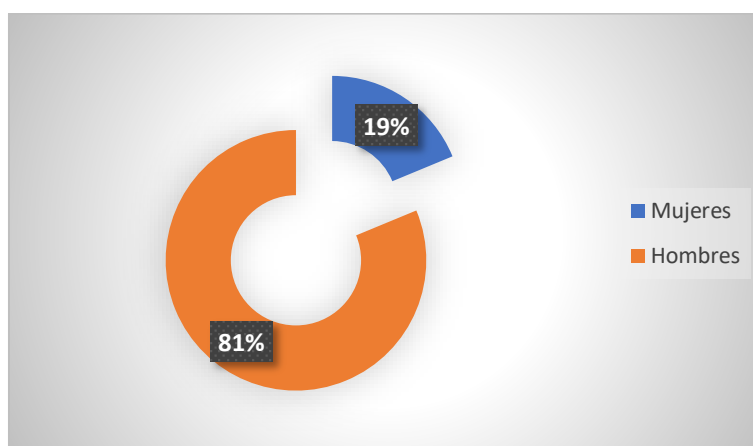
Gráfica 2. Poder Ejecutivo: Presidencia/vicepresidencia



*Elaboración propia: fuente Resultados OEP, 2020*

Como habíamos indicado, el gabinete ministerial forma parte del Órgano Ejecutivo en Bolivia y es designado directamente por el o la Presidente del Estado Plurinacional, siguiendo las directrices establecidas en el Art. 172-22) de la CPE, es decir “respetando el carácter plurinacional y la equidad de género en su composición”. (Bolivia, 2009). Al asumir la presidencia, el actual presidente, Luis Arce Catacora, designó a 16 ministr@s en las diferentes carteras ministeriales.

*Gráfica 3. Ministr@s de Estado 2020-2025*



*Elaboración propia, 2021: Fuente BoliviaTV, 2020.*

De estos datos, se puede colegir que el Órgano Ejecutivo está dominado por varones, pues de sus 18 integrantes, solo 3 son mujeres, es decir el 16.6%.

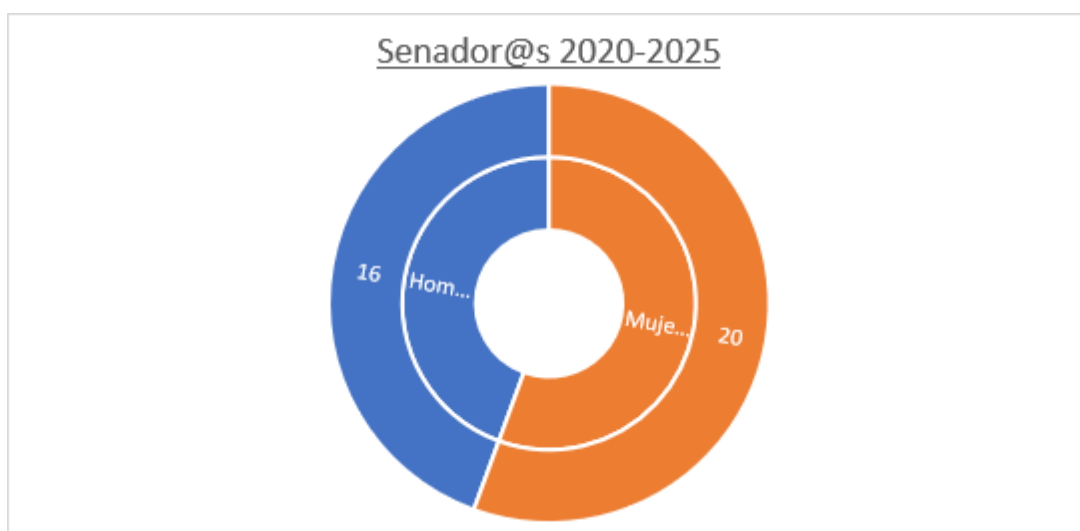
### 2.3.2 Órgano Legislativo

Encuanto a la conformación del Legislativo, en principio se debe establecer que Bolivia cuenta con un sistema bi-camaral, la cámara alta compuesta por 36 Senadores y la cámara baja compuesta por 130 Diputad@s. Los miembros del Senado se eligen 4 por departamento, asignándose los escaños conforme al sistema proporcional establecido por el Art. 55 de la Ley 026 – Ley del Régimen Electoral, es decir,

[...] los votos acumulativos obtenidos en cada Departamento, para Presidente o Presidenta, por las organizaciones políticas, se dividirán sucesivamente entre los divisores naturales: 1, 2, 3 y 4, en forma correlativa, continua y obligada. Los cocientes obtenidos se ordenan de mayor a menor para establecer el número de Senadores que correspondan a cada organización política en cada Departamento (Bolivia, 2010).

Siguiendo este sistema de asignación, en las elecciones de 2020 se obtuvieron los siguientes resultados:

Gráfico 4.- Cuadro de resultados elección Senador@s 2020-2025



Elaboración propia: Fuente OEP, 2020

De acuerdo con los datos publicados por la campaña #Protagonistas de la Coordinadora de la mujer, entre 1982 y 2009, la media de mujeres participando en estas esferas ha sido 1.4, pues de 7 elecciones, en una se tuvo

2, enotra 0, enotra 4 y en 4 sólo 1 mujer como senadora (Protagonistas, 2020). La nueva Constitución (2009), obligó a la modificación de varias leyes esenciales como la del Régimen Electoral. A partir de las elecciones del 2009, el número de mujeres en la cámara alta subió a 16 en dos elecciones, llegando a su máxima representación en estas pasadas elecciones de 2020 como se ve en la gráfica anterior.

Por primera vez en Bolivia desde que se recuperó la democracia en 1982, se ha visto que exista una mayoría de mujeres en estos asientos del poder político, ellas representan el 55.56% de escaños. La situación en la cámara de Diputados es ligeramente distinta. De los 130 escaños habilitados para diputados plurinominales, uninominales y de circunscripciones especial<sup>2</sup> que se encuentran divididos por departamentos en base a la población, se asignan de esta manera de acuerdo con el Art. 56 de la Ley 026:

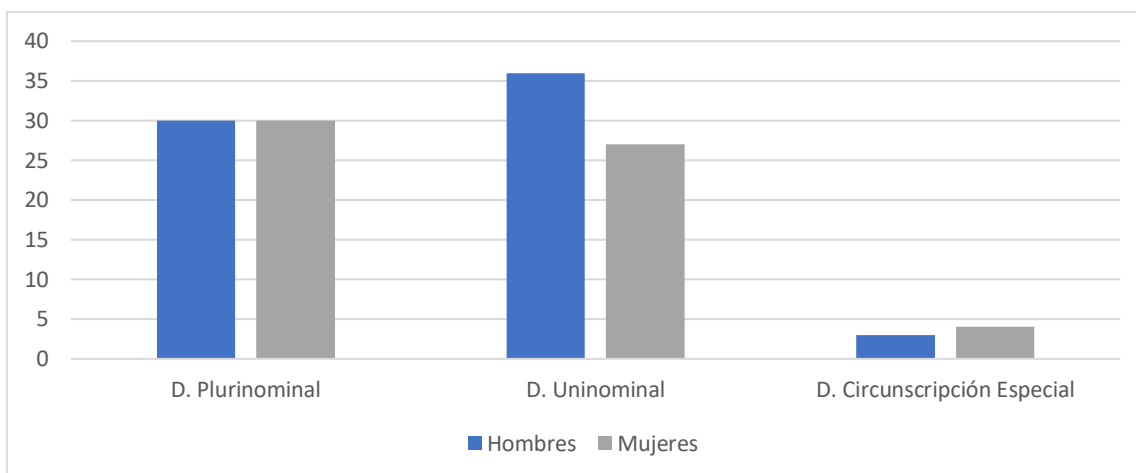
<i>La Paz</i>	29	<i>Potosí</i>	13	<i>Tarija</i>	9
<i>Santa Cruz</i>	28	<i>Chuquisaca</i>	10	<i>Beni</i>	8
<i>Cochabamba</i>	19	<i>Oruro</i>	9	<i>Pando</i>	5

(Bolivia, 2010)

En las elecciones pasadas, se obtuvieron los siguientes resultados en los 3 grupos de diputados:

*Grafica 5. Distribución de Diputad@s por sexo en las elecciones 2020-2025*

<sup>2</sup>La Ley del Régimen Electoral en sus artículos 56-61 establece la forma de elección y asignación de escaños para diputados nacionales. Los diputados plurinominales (60 en total) se eligen de la misma forma que los senadores, de acuerdo con la votación por sigla/presidente en cada departamento distribuidos de acuerdo a la población. Los diputados uninominales (63) se eligen en circunscripciones establecidas dentro de cada departamento en base a población y extensión territorial. Los diputados de circunscripciones especiales son asignados a 7 grupos de pueblos indígenas, originarios campesinos, estableciendo uno por departamento con excepción de Potosí y Chuquisaca que no tienen ningún diputado de pueblo indígena.



*Elaboración propia: Fuente OEP, 2020 y #Protagonistas, 2020*

De acuerdo con estos resultados, en general en la Asamblea Legislativa Plurinacional para la gestión 2020-2025, se cuenta con un porcentaje de 48,8% de mujeres y 51,2% de hombres ocupando estos cargos políticos de importancia para el país.

### *2.3.3 Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*

El último órgano del poder político que estudiaremos es el Órgano Judicial, que, siguiendo el Art. 179 de la CPE, en Bolivia está dividido en 4 jurisdicciones: la Ordinaria a cargo del Tribunal Supremo de Justicia, la Agroambiental a cargo del Tribunal Agroambiental, la Especializada que será regulada por ley y la Indígena Originaria Campesina a cargo de sus propias autoridades elegidas de acuerdo con sus costumbres y normas (Bolivia, 2009). El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial como instancia responsable del régimen disciplinario, el control y fiscalización del manejo administrativo y financiero y de la formulación de políticas de gestión; mientras que el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce la justicia constitucional, velando por la supremacía de la Constitución, el control de

constitucionalidad y el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales en Bolivia.

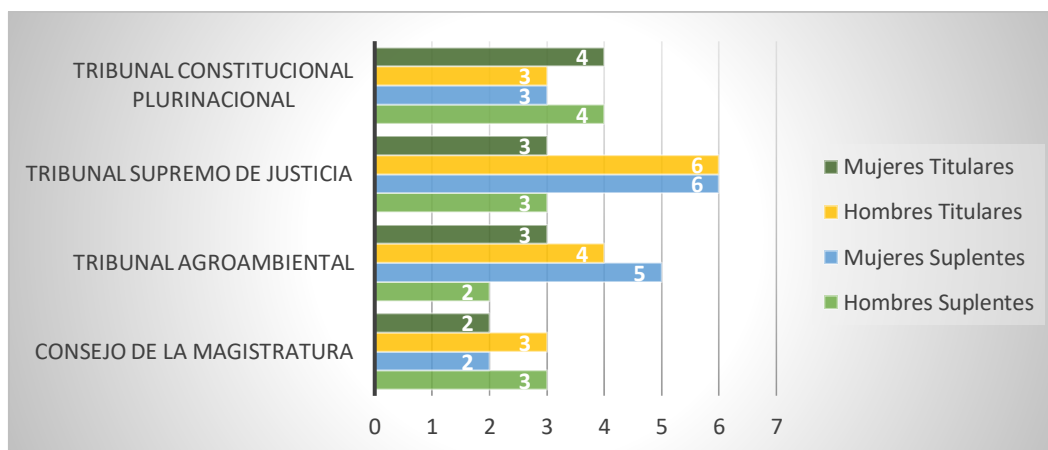
A partir del 2011, y siguiendo lo establecido en la Constitución, se han elegido en comicios nacionales a las máximas autoridades de estas instancias judiciales (Tribunal Supremo, Tribunal Agroambiental, Tribunal Constitucional y Consejo de la Magistratura) en dos ocasiones, la última vez el año 2017.

Las reglas establecidas para esta elección fueron cambiadas antes de la segunda elección, donde el sistema electoral vigente (Art. 58) para la elección del Tribunal Supremo el 2011 señalaba el candidato era electo por simple mayoría de votos válidos, donde si se elegía a un hombre como titular, su suplente sería la mujer más votada, sin importar que haya otros hombres con mayor votación (OEP, 2011). Encuanto se refiere a los otros cargos, se elegían a quienes habían obtenido la mayor cantidad de votos como las autoridades titulares y los suplentes eran los que les seguían en votación.

Para laelección de máximas autoridades del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional del 2017, el Reglamento de elecciones fue modificado conreferencia al Tribunal Supremo, normando ahora que “será electo como Magistrada o Magistrado titulala o el candidato que obtenga el mayor número de votos válidos. La Magistrada o Magistrado suplente será el siguiente en votación” (OEP, 2017).

*Gráfica 6.- División por sexo de Titulares y Suplentes Órgano Judicial Elecciones 2011*



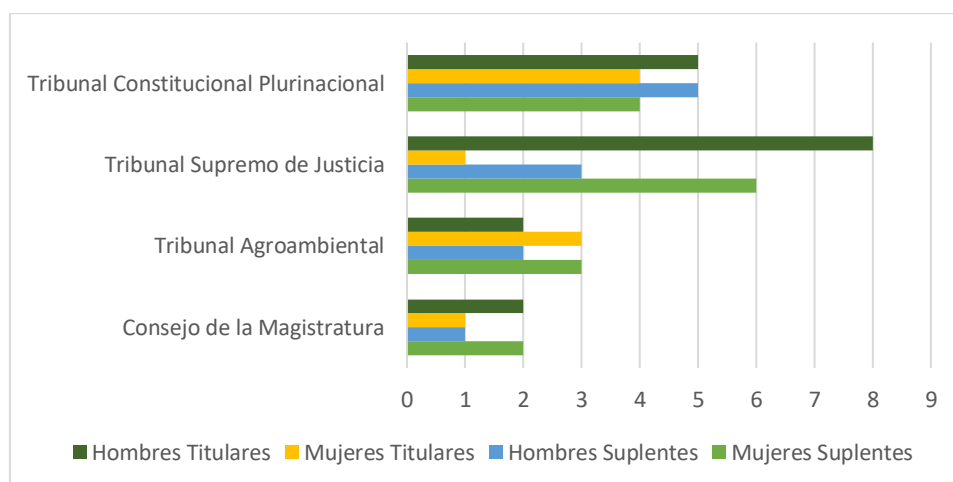


*Elaboración propia: Fuente OEP, 2011*

Como se puede apreciar de la gráfica, se cumplió con el sistema de elección encunto a la alternancia entre hombres y mujeres en los cargos se titular y suplente para el Tribunal Supremo. Casualmente, también se dio esta alternancia en el Tribunal Constitucional, mientras que en las otras instituciones no sucedió así.

Encunto a la cantidad total (28) de mujeres y hombres que fueron electos como titulares en las elecciones judiciales del 2011, se tiene que sólo un 42.9% fue mujeres. En la elección judicial de 2017, como se dijo anteriormente, ya no necesitaba cumplir con alternancia alguna encunto a las autoridades electas titulares y suplentes.

*Gráfica 7.- División por sexo de Titulares y Suplentes Órgano Judicial Elecciones 2017*



En porcentaje, la participación de las mujeres en esta segunda elección sufrió un revés pues solo el 34.6% de los puestos de poder en el Órgano Judicial fueron ocupados por mujeres. Causa preocupación que, en el Tribunal Supremo, tan solo se tenga una magistrada titular.

### 3. Conclusión

La temática descrita en este artículo gira en torno a la democracia y la igualdad de género, contextualizando la en torno a nuestras recientes elecciones, y la situación de la mujer boliviana.

A lo largo del texto, se han colocado algunas de las más populares frases de la reciente mente fallecida Ruth Bader Ginsburg, la 2da mujer integrante de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, fallecida en septiembre de 2020. RBG, como se la conocía popularmente, estuvo como magistrada asociada de la Corte Suprema de Justicia durante 27 años. Era una abogada liberal que defendió la igualdad de género, los derechos de los trabajadores, y la separación entre iglesia y estado; pero su mayor bandera siempre fue la igualdad pues sufrió en carne propia la discriminación de género. Durante sus años de universidad y posteriormente cuando se graduó como abogada, se topó con un ambiente hostil y dominado por hombres (solo había 8 mujeres en un curso de 500), siéndole difícil encontrar trabajo por su condición de mujer y madre (History, 2021).

En el ejercicio de la profesión, como directora del Proyecto de Derechos de la Mujer de la ACLU (*American Civil Liberties Union*), la Unión Americana de Libertades Civiles, presentó diversos casos y escritos ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. A principios de los años 70, ganó el caso *Reed v. Reed*. Este caso fue emblemático pues fue la primera vez que se utilizó la cláusula de igual protección de la 14va Enmienda para tratar la discriminación de género y los derechos de las mujeres.

El caso giraba en torno a una ley del Estado de Idaho que otorgaba preferencia al padre para la administración de los bienes de sus hijos premuertos. La Sra. Reed contrató los servicios de la ACLU para seguir el proceso en contra de su esposo cuando la Corte Suprema de Idaho decidió directamente otorgarla administración de los bienes al varón con la sola aplicación de la norma, sin tomar en cuenta las condiciones personales de los contendientes.

La magistrada Ginsberg, que en esa época trabajaba como directora del Proyecto Derechos de las Mujeres en ACLU, discutió el caso cuando llegó ante la Corte Suprema de Estados Unidos, logrando una victoria sin precedente que declaró la norma de Idaho inconstitucional por infringir la 14va Enmienda. Con esta decisión se comenzó a incorporar de a poco los derechos de las mujeres como parte integrante de la cláusula de igual protección ante la ley (Legal Momentum, 2011).

RBG fue nombrada como magistrada de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia en 1980 por el expresidente Jimmy Carter, para posteriormente ser nombrada Magistrada de la Corte Suprema de Estados Unidos en 1993 por el expresidente Bill Clinton (History, 2021).

En su afán por establecer jurisprudencia sólida para la protección de los derechos de las mujeres, en 1996, redactó la opinión mayoritaria de la Corte en el caso *US v. Virginia*. Este caso, también emblemático, se originó en la negativa de la institución militar de educación superior Virginia Military Institute (VMI) – exclusiva para el público masculino que preparaba a “ciudadanos-soldados” en temas de liderazgo para la vida civil y servicio militar, inculcando una disciplina física y mental a sus cadetes además de impartiendo un fuerte código moral, de aceptar las solicitudes de admisión de mujeres. (Estados Unidos, 1996)

Las afectadas presentaron una queja y ésta fue asumida por el Estado (*United States*) quien cuestionó la política restrictiva de ingreso que tenía VMI como violatoria a la cláusula de igual protección contenida en la 14va

Enmienda. La Corte del Circuito ordenó al Estado de Virginia que corrija la violación constitucional. Virginia respondió proponiendo la creación de un programa paralelo para mujeres denominado: Instituto Femenino de Liderazgo Virginia (VWIL, por sus siglas en inglés). Este instituto estaría localizado en una institución privada de artes liberales para mujeres llamada Mary Baldwin College. La solución que Virginia presentó fue aceptada por las cortes estatales, indicando que si bien existía diferencia en cuanto al prestigio que estas dos instituciones militares tenían, los programas ofrecían beneficios educativos “sustancialmente comparables”. (Estados Unidos, 1996)

En apelación ante la Suprema Corte de Justicia, la Corte se planteó la cuestión jurídica en sentido de verificar si la creación de la academia exclusiva para mujeres como comparable al programa exclusivo para varones satisfacía la cláusula de igual protección de la 14va Enmienda. En una decisión de 7-1, la opinión mayoritaria de la Corte escrita por RBG sostuvo que no. La política de admisión exclusiva para varones de VMI era una norma inconstitucional, pues no se comprobó una “justificación extremadamente persuasiva” para la política de admisión basado en el sexo que tenía VMI.

Es más, la propuesta de VWIL que Virginia ofreció no otorgaba los mismos beneficios a las mujeres que el VMI ofrecía a los varones, en muchos aspectos como el entrenamiento militar riguroso, el profesorado, los cursos, las facilidades, oportunidades financieras, e incluso la reputación y conexiones que sólo los cadetes egresados de VMI tenían. De ahí que se concluyó que el estándar utilizado por la corte inferior (sustancialmente comparable) no se adecuaba al estándar que utilizaba la Corte Suprema cuando se encontraban frente a clasificaciones basadas en el género, conflictos que debían ser evaluados con un “escrutinio elevado” (Estados Unidos, 1996).

Cuando hablamos de igualdad de género, nos referimos a la existencia de una igualdad de oportunidades y de derechos entre las mujeres y los hombres en las esferas privada y pública que les brinde y garantice la posibilidad de realizar la vida que deseen.

En ambos casos expuestos líneas arriba, esa igualdad no existía, más bien se materializaba en las leyes de los distintos estados que trataban a las personas de distintos géneros de manera diferente. Es más, cuando en alguna ocasión se le consultó a RBG sobre “cuándo habrá suficientes mujeres en la Corte Suprema, ella contestó: cuando haya nueve” (BBC, 2020).<sup>3</sup> Las personas se sorprendían, sin ponerse a pensar que lo natural, lo común desde la inauguración de la Corte era que sean 9 hombres, y nadie se cuestionó o sorprendió (BBC, 2020).

En Bolivia, también existían algunas preferencias establecidas en las normas, como el antiguo Art. 145 del Código de Familia de 1972 (vigente hasta la promulgación de la Ley 996 de 1988) que otorgaba la custodia de manera general a la madre de los hijos menores de 7 años (Bolivia, 1972). A momento de elevar a rango de Ley la normativa que fue originalmente creada como Decreto Ley durante la dictadura de Hugo Banzer, se modificaron algunos artículos del Código de Familia, entre ellos el Art. 145 quitando la preferencia que antes existía por nombrar a la madre la guardiana de hijos menores de 7 años.

Se aprecia que RBG en el escrito de apelación de *Reed v. Reed*, ya decía que

[...] las leyes que inhabilitan la participación plena de las mujeres en las áreas políticas, empresariales y económicas a menudo son caracterizadas como “protectoras” y beneficiosas. El pedestal sobre el cual se ha colocado a la mujer, después de una inspección de cerca, a menudo ha sido revelado como una jaula. (PNC, 2021)

Con la creación del Tribunal Constitucional en 1994, se han declarado inconstitucionales varias normas que originalmente contenían tratamientos diferenciados entre mujeres y hombres, como el Art. 99 segunda parte del Código de Familia de 1988 que disponía: “En particular el marido puede obtener que se restrinja o no se permita a la mujer el ejercicio de

---

<sup>3</sup>El número de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos es 9.

ciertaprofesión u oficio, por razones de moralidad o cuando resulte gravemente perjudicada la función que leseñala el artículo anterior”, es decir, la función social y económicamente útil que cumple la mujer en el hogar.

Esta norma declarada inconstitucional, facultaba al esposo, bajo el pretexto de que la mujer debe cumplir con su función social y económicamente útil en su hogar – criar hijos, cuidar ancianos y enfermos, cocinar, planchar, lavar, etc., impedir que una mujer pueda ejercer su profesión u oficio. Al respecto, RBG comentaba que “las mujeres gozarán de una verdadera igualdad cuando los hombres compartan con ellas la responsabilidad de criar a la siguiente generación” (BBC, 2020).

En democracia, normalmente prima la voluntad de la mayoría. Sin embargo, eso no quiere decir que se tenga que callar a la minoría, que no se escuche y considere su voz. RBG era reconocida por ser de tendencia liberal, protectora de los derechos humanos y sociales, y la igualdad de género. Por ello, y cuando los fallos eran sumidos por la mayoría republicana, más conservadora, ella presentaba sus disidencias, opiniones contrarias a la decisión de la mayoría.

Argumentaba que no por ser parte de la minoría, no se les puede escuchar, o implique que no se pueda oír su voz. Sus disidencias no solamente eran opiniones contrarias a la decisión de la mayoría, sino que “hablan al futuro. No es simplemente decir que sus colegas están equivocados y ello haría de esta manera, sino que las más grandes disidencias si se convierten en opiniones de la Corte” (BBC, 2020).

La voz de las mujeres debe ser escuchada siempre, pues son la mitad (a veces inclusive la mayoría) de la población por lo que corresponde que se les trate con igualdad de derechos y oportunidades.

La realidad política boliviana es diferente. De los datos que se han compartido en este escrito, se puede evidenciar que dista aún mucho para que podamos decir que las mujeres están presentes en igualdad de condiciones en los centros del poder político. Es más, en algunas ocasiones, en lugar de

avanzar vamos en retroceso cuando se van eliminando normas que originalmente tenían el propósito de equilibrar el escenario (acción afirmativa), donde no se trataba de dar a todos las mismas oportunidades sino, como señala el Tribunal Constitucional Plurinacional, tratar con una igualdad que implique una “proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, es decir, en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de tiempo, modo y lugar” (TCP, 2014).

Es decir, si vemos la búsqueda de la igualdad en el ámbito político como una carrera, tenemos que darnos cuenta que no todos los competidores se encuentran en igualdad de condiciones – más allá del físico y sexo, pues las cargas y estereotipos sociales de mujeres y hombres que nos dicen qué debe hacer, cómo debe actuar, cuáles son sus funciones sociales en el hogar constituye el primer obstáculo para lograr una igualdad plena.

La lucha y el camino es largo y tedioso, más si no se comienza, nunca podremos llegar a la meta de lograr una real igualdad en democracia entre hombres y mujeres. “El cambio real y duradero, sólo se da un paso a la vez” (BBC, 2020).

## Referências

#PROTAGONISTAS, **Composición Histórica de la Cámara de Senadores por sexo 1982-2020**, 2020. Disponible en: <http://www.coordinadoradelamujer.org.bo/protagonistas/index.php/infografia/ver/id/89>. Acceso en: 14 oct 2021

**BBC.COM**, 19 de septiembre de 2020, **Ruth Bader Ginsburg in pictures and her own words**. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-54218139>. Acceso en: 26 oct 2021

BOLIVIA, **Constitución Política del Estado Plurinacional**, 7 de febrero de 2009. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf). Acceso en 1 nov. 2020

BOLIVIA, **Decreto Ley 10426**, Código de Familia de 23/08/1972 elevado a rango de Ley por Ley 996 de 04/04/1988. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Familia\\_Bolivia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Familia_Bolivia.pdf). Acceso en 26 oct 2021

BOLIVIA, **Ley 026 del Régimen Electoral**, 30 de junio de 2010. Disponible en: <https://www.diputados.bo/leyes/ley-n%C2%B0-026>. Acceso en: 31 oct 2020

BOLIVIA, **Ley 996 que eleva a rango de ley el Código de Familia de 1972 de 4/4/1988**. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0845.pdf>. Acceso en 27 oct 2021

BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional, **Sentencia Constitucional N° 0458/2014**. Acción de Inconstitucionalidad Abstracta interpuesta por Defensor del Pueblo. Publicado en 24 febrero 2014. Disponible en: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=14067>. Acceso en: 25 Oct. 2020

BOLIVIATV, **Conformación de Gabinete Ministerial 2020-2025**, 9/nov/2020, Disponible en: <https://m.facebook.com/BoliviavOficial/photos/a.265782500115283/4168994116460749/?type=3&source=48> Acceso en: 1 oct 2021

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), **Informe: El Camino hacia una Democracia Sustantiva: La Participación Política de las Mujeres en las Américas**, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 79, 18 abril 2011. Pag. 2-3. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeres%20participacion%20politica.pdf>. Acceso en: 30 Oct. 2020.

ESTADOS UNIDOS, Corte Suprema de Justicia, **United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996)** Juzgado en 17 Ene 1996 Decidido en 26 Jun 1996. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/515/>. Acceso en: 27 Oct 2021

**HISTORY.COM** EDITORS, 24 de marzo de 2021, **Ruth Bader Ginsburg**, Disponible en: <https://www.history.com/topics/womens-history/ruth-bader-ginsburg>. Acceso en: 27 oct 2021

LEGAL MOMENTUM, 18 de noviembre de 2011, **Celebrating the 40th Anniversary of Reed v Reed**. Disponible en: <https://www.legalmomentum.org/press-releases/celebrating-40th-anniversary-reed-v-reed> . Acceso en: 27 oct 2021

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), **Convención Americana de Derechos Humanos** (22 de noviembre de 1969) 1144 UNTS 123. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm). Acceso en: 10 nov. 2020

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**, Junio 9, 1994, 33 I.L.M. 1534. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>. Acceso en: 15 nov. 2020

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (N.N.UU.) – Global Issues, **Democracy**, s.f. Disponible en: <https://www.un.org/en/global-issues/democracy>. Acceso en: 10 nov. 2020

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (N.N.UU.), **Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer** (18 de diciembre de 1979) 1249 UNTS 13. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/34/180>. Acceso en: 15 nov. 2020

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (N.N.UU.), **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html>. Acceso en: 30 nov. 2020

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (N.N.UU.), **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (16 de diciembre de 1966) Serie de Tratados de las Naciones Unidas, Vol. 993, N° 14531. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20993/volume-993-I-14531-english.pdf>. Acceso en: 10 nov. 2020.

ORGANO ELECTORAL PLURINACIONAL (OEP), **Publicación de listas de candidaturas habilitadas de Organizaciones Políticas y/o Alianzas**, 2020. Disponible en: <https://www.oep.org.bo/elecciones-generales-2020/candidaturas/> . Acceso en: 15 oct 2021

ORGANO ELECTORAL PLURINACIONAL (OEP), **Reglamento de Elecciones de Autoridades del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional**, 2011. Disponible



en: [https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/03/reglamento\\_elecciones\\_judiciales\\_2011.pdf](https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/03/reglamento_elecciones_judiciales_2011.pdf). Acceso en.: 20 oct 2021

ORGANO ELECTORAL PLURINACIONAL (OEP), **Reglamento de Elecciones de Altas autoridades del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional**, 2017. Disponible en: [https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/10/reglamento\\_elecciones\\_judiciales\\_2017.pdf](https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/10/reglamento_elecciones_judiciales_2017.pdf) . Acceso en: 20 oct 2021

ORGANO ELECTORAL PLURINACIONAL (OEP), **Resultados oficiales elecciones judiciales 2017**, 2017. Disponible en: <https://www.oep.org.bo/elecciones-judiciales-2017/> . Acceso en: 21 oct 2021

ORGANO ELECTORAL PLURINACIONAL (OEP), **Separata Resultados Finales**, 2011. Disponible en: [https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/03/separata\\_resultados\\_judiciales\\_2011.pdf](https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/03/separata_resultados_judiciales_2011.pdf). Acceso en: 20 oct 2021

PNC - INSIGHTS, 19 de marzo 2021, **Inspired by the Life and Legacy of the Supreme Ruth Bader Ginsburg**. Disponible en: <https://www.pnc.com/insights/our-commitments/communities/ruth-bader-ginsburg-helped-fight-for-gender-equality.html>. Acceso 20 oct 2021

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, **Democracia**, actualización 2020. Disponible en: <https://dle.rae.es/democracia>. Acceso en: 15 nov. 2020

Artigo recebido em: 01/11/2021.  
Aceito para publicação em: 16/11/2022.

# ¿Justicia Global? Derechos Humanos, perspectivas y Covid

*Global Justice? Human Rights, perspectives and Covid.*

*Virginia Ramos Febrer<sup>1</sup>*

**Resumen:** A pesar de que la lucha por la defensa de los Derechos Humanos nos permite observar avances, no ha sido un camino lineal. Estudiamos la perspectiva histórica de los mismos y el concepto que se esconde tras esa terminología. No cabe duda de que es difícil lograr un consenso, pero entendemos que es la única vía para fijar las bases de una justicia global, siempre que se sostente sobre un pilar fuerte que respete la dignidad humana sea cual sea el lugar geográfico de su nacimiento. La pandemia por la Covid-19 también puede afectar a la situación de los Derechos Humanos, los observamos desde la perspectiva laboral.

**Palabras-Clave:** Derechos Humanos. Perspectivas. Regionalismos. Covid.

**Abstract:** Although the fight for the defense of Human Rights allows us to observe progress, it has not been a linear path. We study their historical perspective and the concept behind that terminology. There is no doubt that it is difficult to reach a consensus, but let us understand that it is the only way to establish the foundations of global justice, so that a strong pillar is sober and respects human dignity regardless of the geographical place of its birth. The Covid pandemic can also affect the Human Rights situation, we observe them from a labor perspective.

**Keywords:** Human Rights. Perspectives. Regionalisms. Covid.

## 1. Introducción

Pretendemos responder a la pregunta bajo una perspectiva histórica, atendiendo al contexto cultural y bajo el prisma del pragmatismo, así como realizar una aproximación al concepto de derechos humanos y otorgar unas nuevas perspectivas, encaminadas sin duda hacia el entendimiento y el consenso.

Lo primero que debemos preguntarnos a la hora de examinar la perspectiva del enjuiciamiento de un conflicto a nivel mundial es si es posible la existencia de un acuerdo acerca de que conflictos van a ser examinados y

---

<sup>1</sup> Abogada. Profesora en la Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho (Derecho Procesal) - España. E-mail: [vramos@us.es](mailto:vramos@us.es)

bajo que parámetros para decidir acerca de su legalidad, injusticia y si existe un derecho de contenido esencial a todos los participantes y, en definitiva, si podemos considerar que, para empezar, se van a respetar los Derechos Humanos.

Es por ello, que cuando usamos la expresión “Derechos Humanos” damos por hecho que todos coincidimos en el contenido de este término, olvidando que, según en cada territorio se parte de concepciones distintas. Se trata de un hecho innegable la existencia de regionalismos, de críticas a la consideración de una universalidad intrínseca al termino de Derechos Humanos, pero, también cabe preguntarnos si, contando con esa perspectiva, podremos llegar, quizás, al mismo punto de salida.

Si las dificultades son enormes en la actualidad, la compleja situación con la que nos enfrentamos ante la COVID-19, nos sitúa ante nuevos retos.

## 2. Desarrollo

### 2.1 Derechos Humanos

2.1 A priori, nos dejamos arrastrar por la respuesta fácil y esperanzadora ante la posibilidad de una justicia global para solucionar conflictos de este mundo de forma unitaria. Nos percatamos de los esfuerzos que, a nivel jurídico, político, económico se han ido construyendo a nivel mundial como la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional, y otros, más cercanos a nosotros, es decir, dentro del ámbito europeo, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para confiar en una visión benévola de la evolución del Derecho y del consenso para establecer bases comunes que nos permitan confiar en un sistema común y respetuoso con la tradición jurídico europea que permita, a su vez, confiar en un sistema que estudie, enjuicie y ejecute sus resoluciones en base a esa confianza y poder otorgados.

Pero si examinamos más de cerca la posibilidad de que la materia objeto de enjuiciamiento vaya a ser los derechos humanos, y a su vez con una jurisdicción global, no podemos dejar de lado que existen diversas consideraciones que afectan al concepto de los mismos, así como a su eficacia que van a dificultar la posibilidad de esa justicia global deseable.

No podemos olvidar que los Derechos Humanos no es más que un concepto jurídico y que ha sufrido a lo largo del tiempo una evolución, que como expone PÉREZ-LUÑO, “la mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas generaciones de derechos” (PEREZ-LUÑO, 2006, p. 25).

Nos encontramos ante un desarrollo de estos derechos que inicialmente tuvieron una impronta individualista y posteriormente una segunda generación de derechos para completar los anteriores. Es más, nos encontramos también ante una tercera generación de derechos, donde podemos incluir algunos aspectos tan variados como el medio ambiente, el derecho al uso de las nuevas tecnologías, etc. Es decir, que cuando nos enfrentamos ante el concepto de derechos humanos, debemos precisar en la necesidad de saber puede haber un consenso respecto a multitud de derechos englobados bajo la misma denominación.

El desarrollo de los Derechos Humanos, como hemos expuesto, no ha sido lineal, sino que ha sido avanzando de forma desigual, por ello, también debemos plantearnos la cuestión de si una justicia global en torno a los derechos humanos, debe basarse sólo en los derechos primigenios como son los derechos individualistas, aquellos que protegen al individuo o también englobar derechos de evolución más tardía como, por ejemplo, el derecho a la salud. Es necesario ponernos en el contexto de un lugar alejado de nuestras costumbres y nivel de vida europeo para preguntarnos si es más importante para el ciudadano de a pie el derecho a expresar su opinión o el derecho a que tenga un sistema salubre de agua o la posibilidad de una asistencia médica gratuita y completa para él y para su familia.

Obviamente, la evolución de los derechos humanos nos permite preguntarnos y al tiempo que los estudiamos, también hemos de precisar en la delimitación que supone derechos humanos y derechos fundamentales.

Según Haberle, los derechos fundamentales poseen una doble función, de un lado, garantías de la libertad individual, de otro, asumen una dimensión institucional para la consecución de los fines sociales y objetivos colectivos constitucionalmente proclamados (PÉREZ LUÑO, 2006, p. 267).

Es por ello, que cuando utilizamos la expresión Derechos Humanos, nos enfrentamos a una diversidad de elementos, fruto de su propia evolución desde la Ilustración. Pero también, objeto de estudios y de críticas.

Nos hemos acostumbrado, en la hora presente, a ver en la expresión derechos humanos una especie de moneda ideal con la que se valoran diversas manifestaciones sociales y aspectos de la cultura. De tal modo que hoy no tan sólo aparece empelado este término en el ámbito socio-político, o en el de la actuación de las organizaciones internacionales, o en el marco de la actividad pastoral de las iglesias, sino que incluso con referencia a determinadas obras artísticas, literarias o cinematográficas la crítica recurre al módulo valorativo de los derechos humanos. Este uso hipertrófico del término no ha tenido siempre puntual correspondencia en la convivencia política. Si resulta innegable que la casi totalidad de los sistemas políticos, desde las democracias occidentales a los regímenes socialistas, admiten virtualmente y en forma oficial alguna doctrina sobre los derechos humanos, no lo es menos que ello no constituye una prueba irrefutable de su implantación. (PEREZ-LUÑO, 2009, p. 587).

Considera PÉREZ LUÑO que el problema de los derechos humanos hoy en día es más su protección que su justificación. Aunque el problema de la justificación es el pilar básico del estudio de Lachance, el cual se basa en una concepción aristotélica con “una concepción de la existencia basada en el carácter universal y trascendente de la naturaleza humana (PEREZ-LUÑO, 2009, p. 587), con una “articulación entre los derechos individuales y los sociales, inclinándose por la subordinación de los primeros a los segundos en caso de conflicto” (PÉREZ-LUÑO, 2009, p. 587).

## 2.2 Universalidad de los Derechos Humanos

En el planteamiento de que todos los Estados, a nivel mundial, pueden acordar una justicia que cuya materia sea los derechos humanos, es necesario afrontar primero si cuando hablamos de los mismo, existe o no universalidad en el entendimiento de su contenido.

Como hemos visto, los derechos humanos son fruto de su mismo desarrollo, “estamos ante un producto cultural” (HERRERA FLORES, 2005, p. 20), por lo que no es posible que ese desarrollo haya sido igual en todas partes.

El discurso en torno a los derechos humanos se efectúa en distintos planos perfectamente separados y estancos (lingüísticos, conceptuales, metodológicos, etc.) obviando el principio socrático de que los interlocutores se sitúen en planos iguales para que pueda existir el más incipiente dialogo (MIKUNDA FRANCO, 2001, p. 14).

De hecho, “antes de comenzar a hablar de derechos humanos, debemos decidir si aceptamos o rechazamos la pretensión de universalidad que Occidente ha colocado como condición para que pueda hablarse de derechos humanos” (HERRERA FLORES, 2005, p. 61).

Según algunos estudiosos, la idea misma de los derechos humanos, hay lleva intrínseco la universalidad de los mismos.

La universalidad es un ingrediente básico e inherente a la formación histórica y al propio concepto actual de los derechos humanos. Los derechos humanos han significado, desde su ordo en la época de la Ilustración, un conjunto de facultades jurídicas básicas comunes a todos los hombres. Por tanto, el rasgo principal que marca el origen de los derechos humanos en la modernidad es precisamente el de su carácter universal: el de ser facultades que deben reconocerse a todos los hombres sin excepción. Conviene insistir en este aspecto, porque derechos, en su acepción de status o situaciones jurídicas activas de libertad, poder, pretensión o inmunidad han existido desde las culturas más remotas, pero como atributo de sólo alguno de sus miembros de la comunidad (PÉREZ LUÑO, 2009, p. 596).

Es PÉREZ-LUÑO firme defensor de esta universalidad en los Derechos Humanos: “la exigencia de universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes

a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación” (PÉREZ LUÑO, 2009, p. 596).

Es decir, que cuando pretendemos enjuiciar en base a los derechos humanos, hemos de presuponer que no va a existir falta de entendimiento en ningún lugar de la Tierra, que vamos a coincidir en la interpretación del concepto mismo, de la materia a enjuiciar, sin fisuras y sin enfrentamientos desde el punto de partida, es decir, en la misma idea de un conjunto común de valores que son los que esa justicia va a proteger y dar eficacia a sus resoluciones de protección. Pero no es cierto que exista coincidencia en unos valores amparados por todas las culturas.

*L'universalità è, per ora, un mito» – osservava Antonio Cassese (MECCARELLI, 2014, p. 12).*

Dos serían los principales factores, según Lohak, que obligan a repensar el universalismo: la radicalización de las reivindicaciones identitarias y la toma de conciencia sobre la diversidad de las culturas que ve la universalidad como una forma de imperialismo de Occidente (GONZÁLEZ ORDOVÁS, 2020, p. 63.)

### 2.3 Críticas a la universalidad de los Derechos Humanos

El punto de partida del occidentalismo en la concepción de los Derechos Humanos supone un punto de inflexión negativo. “Tal identificación entre derechos humanos y cultura occidental no siempre ha sido una ayuda para la difusión de éstos” (GONZÁLEZ ORDOVÁS, 2020, p. 64). Y ello porque aceptar el punto de vista siempre occidental y del desarrollo particular de su concepto de Derechos Humanos supone excluir ciertas culturas diferentes.

“Las diferentes y plurales formas culturales de acercarse al mundo con el objetivo de explicarlo, interpretarlo, y, en su caso, transformarlo no tienen porque asumirla forma occidental de reacción frente a su propio entorno de relaciones” (HERRERA FLORES, 2005, p. 65).

Ante la postura occidentalista, encontramos la contestación a la religión laica que se impone a la anterior religiosa y que conlleva una crítica desde distintos frentes, política (soberanista), pluralista (diferencialista)

religiosa (islámica) económica (asiática), según la autora GONZÁLEZ ORDOVÁS y que supone un distanciamiento evidente en los acercamientos al concepto Derechos Humanos.

[Es] la contestación más sistemática y poderosa. Se trata de una respuesta articulada, fundamentalmente, por los países islámicos hecha explícita en el apartado 169 del Comunicado Final de la XI Cumbre de la Conferencia islámica celebrada en Dakar en 2008 y en virtud de la cual: [...] La Conferencia reiterando el lugar preeminente que ocupa el hombre en el Islam en tanto que representante de Dios en la Tierra y partiendo de la importancia capital que asigna el pensamiento islámico a la promoción de los derechos humanos y expresando su viva preocupación respecto a las tentativas de utilizar la cuestión de los derechos humanos para desacreditar los principios y las reglas de la islámica e inmiscuirse en los asuntos internos de los Estados islámicos, insisten en el hecho de que los derechos humanos deben ser tratados sobre una base objetiva e indivisible sin ninguna selección ni discriminación. Igualmente la Conferencia reitera el derecho de los Estados a suscribir sus especificidades religiosas, sociales y culturales y apela a no utilizar la universalidad de los derechos humanos como pretexto para inmiscuirse en los asuntos internos de los Estados menoscabando su soberanía nacional. La Conferencia ha aprobado además el derecho de cada Estado a emitir reservas respecto de los instrumentos internacionales de los derechos del hombre en el marco de sus derechos soberanos e invita a los Estados miembros a mantener activa su coordinación y colaboración en el campo de los derechos humanos para hacer frente a toda iniciativa tendente a utilizar los derechos del hombre como medio de presión política sobre todo estado miembro (GONZÁLEZ ORDOVÁS, 2020).

No olvidemos la respuesta saudí respecto a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948 (MIKUNDA FRANCO, 2001, p. 33), entre otras, así como el rechazo del mundo islámico al concepto occidental de “favorecer una educación sin Dios ni religiosidad” (MIKUNDA FRANCO, 2001, p. 37) debiendo tenerse en cuenta que el Corán para ellos no es sólo un libro religioso, sino una autentica norma jurídica suprema que preside sus ordenamientos jurídicos, con el posterior y consecuente rechazo a cualquier injerencia religiosa, política, y también jurídica. Destacamos la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos de 1981, no exenta de diferentes polémicas (GONZÁLEZ ORDOVÁS, 2020).



Es decir, que, aunque formalmente pueda haber una aceptación de los textos por el mundo islámico “si sus normas colisionan con exégesis seculares de la Ley (Sharía) islámica, se acepten o no formalmente, en realidad no se aplican” (MIKUNDA FRANCO, 2001, p. 194).

Por lo tanto, estamos ante una realidad que nos golpea de frente, según OEHLING DE LOS REYES, ante una pluralidad de estructuras sociales con sus correspondientes y variados fines también van a existir diversidad de tipos de Estados y, por ello, el mundo islámico también tiene los suyos “conservar el carácter islámico, garantizar la religión en la vida pública y supeditar los derechos fundamentales a las enseñanzas del Corán se transforman en conditio sine qua non, en el Estado musulmán cara a su aceptación ciudadana” (OEHLING DE LOS REYES, 2020, p. 333) . Por ello, desde el mundo islámico la insistencia de Occidente no se ve con buenos ojos, su percepción tiene un punto de vista diferente, y, en consecuencia, no hay más que un contexto occidental “de disputa por el poder de nominar y dominar el mundo” (SÁNCHEZ RUBIO, 2020, p. 352).

Se ha criticado también el individualismo en la concepción europeísta de los Derechos Humanos. Es decir, a pesar de aquellos que profesan la concepción de que la universalidad es inherente al concepto mismo de Derechos Humanos, no podemos obviar que existen críticas. Mantener la opinión de que son los demás los que están equivocados y que deben plegarse a nuestro concepto europeísta de los derechos es negar lo evidente y continuar en un camino encallado que no conduce al consenso.

Además, se critica que existe un marco de intereses económicos en torno a esa “preocupación” por los Derechos Humanos desde Occidente. Lo que se mira con desagrado desde los otros países, que intentan evitar un nuevo sistema de colonialismo.

Los Derechos humanos se deshacen en las esferas económica y financiera tanto real como virtual, del trabajo y la producción, al pasar a ser o descartes o valores serviciales de cambio a favor de la competitividad, la subjetiva depredadora y egoísta empresarial y la

propiedad privada codiciosa de avariciosos y destructora de la naturaleza (SÁNCHEZ RUBIO, 2020, p.354).

Esta visión deshumanizada de ese supuesto interés occidental por los problemas de la humanidad en todo el mundo, es duro de asimilar, una realidad constatable, aunque, pretendamos pensar y creer que no es todo así, que hay voluntades también desinteresadas en acercamientos de posturas y en conocimiento de las necesidades humanas en el mundo para encontrar soluciones plausibles, aun así, es una crítica a la pretendida universalidad de los derechos humanos y a su concepto limpio y voluntarioso de un mundo mejor, igualitario y dignificado.

Es decir, la manera cómo la cultura occidental y moderna concibe el ser humano (desde una concepción de la naturaleza humana e individualista y egoísta, independientemente de la espiritualidad religiosa o de no creyentes), el saber (por medio de su racionalidad científica divisora entre sujeto y objeto), el poder (vertical, fetichizado y gestionado burocráticamente, militarmente y tecnocráticamente y por medio de procedimientos formalizados) y el hacer humano (desde un trabajo dependiente del capital y una actitud colonizadora bajo el patrón de la competitividad de ganadores apoyada militarmente), se sostiene sobre dinámicas de asimetrías y desigualdades (SÁNCHEZ RUBIO, 2020, p. 356).

No podemos prescindir de la doctrina que considera que no es oro todo lo que reluce en la pretendida universalidad de los Derechos Humanos, “si può discutere se questa continua tensione tra universalismo e particolarismo, traeguaglianza e discriminazione, costituisca il vero “lato oscuro” del discorso sui diritti umani oppure” (MECCARELLI, 2014 p. 12), ni es posible ocultar realidades detrás de esa pantalla de la universalidad que opaca otros tipos de pensamientos y culturas.

De este modo Oestreich, siguiendo la pauta que ya se ha hecho típica en los pensadores occidentales de evitar mencionar en Europa el pensamiento de las culturas islámica y hebrea, evita cuidadosamente reseñar que durante tantos siglos de oscuridad durante el Medievo, en los que únicamente el pensamiento iusfilosófico islámico y el hebreo persistían transmitidos básicamente a través de Córdoba primero y de Toledo más tarde, en una ingente labor cultural histórica mediante la cual los textos de los clásicos griegos, rescatados de la decadencia y caída de la cultura

grecorromana, fueron traducidas al latín por pensadores musulmanes y judíos españoles (MIKUNDA FRANCO, 2008, p. 123).

No hay más que observar en los Tratados Internacionales, la cláusula de exclusión de ciertos países, principalmente islámicos, que se amparan en su respeto a la Ley islámica para evitar la aplicación de ciertas normas o preceptos que van en su opinión en contra de la misma, variando su concepto de los derechos humanos. “Otra cosa es saber o discernir exactamente cómo se interpreta en concreto la Ley islámica en cada estado islámico en particular” (MIKUNDA FRANCO, 2001, p. 128).

Evidentemente, la evolución de sus pensamientos es totalmente diferente a que podemos tener nosotros partiendo de Europa, pero ello ni resulta que estén equivocados, ni tampoco que, por el simple hecho de que vaya a ser nuestra opinión la van a cambiar sin más.

*Scrivere Norberto Bobbio che in un discorso generale sui diritti umani «occorre per prima cosa tenere distinta la teoria dalla prassi, o meglio andarsi subito conto che teoria e prassi camminano su due binari distinti e a velocità molto diverse»* (MECCARELLI, 2014, p. 10).

Es por ello que existen grandes divergencias en materias como en materia de penas, torturas, mutilaciones y con sistemas de fuentes del Derecho. Se reprocha al mundo islámico, desde el punto de vista occidental, vulneraciones en materia de matrimonio, herencia, religión, relaciones paterno-filiales, nacionalidad, así como aspectos dentro de la libertad de expresión, olvidando de que no se trata solo de aspectos religiosos, sino aspectos jurídicos que forman parte de su regulación, según MIKUNDA FRANCO, sin olvidar los problemas lingüísticos.

Estos conflictos sobre la disparidad de concepto que se esconde bajo la terminología de derechos humanos, da lugar a situaciones de hecho donde las dos partes (Occidente-mundo islámico) creen tener razón: como la entrega de rehenes (“en la propia legislación islámica regional que prohíbe entregar a

creyentes en manos de no creyentes, independientemente de los resultados que acarreen las negativas a hacerlo”) (MIKUNDA FRANCO, 2009, p. 8).

Igualmente, aspectos como la bioética, unido a consideraciones como la globalización e internet, provocan que existan choques en distintos aspectos de esta materia con la concepción eurocentrista y la islámica, en esta materia tan importante de la salud y la medicina, pero donde también confluyen derechos como la libertad para desarrollar la propia personalidad y otros.

La existencia in crescendo de la propia bioética ha vuelto a confrontar tan involuntaria como indirectamente en ambos mundos, occidental e islámico, las dos formas de entender el conocimiento científico humano: la occidental, preferente y tendencialmente laica, de separación entre lo religioso y lo científico; y la islámica, preferentemente también aunque no sin posturas disidentes, de íntima e indisoluble unión (principio supremo del Tawhid) entre ambos ámbitos (MIKUNDA FRANCO, 2008).

Otro problema al que debemos enfrentarnos cuando hablamos de derechos humanos y relacionado también con el mundo islámico, pero también con otras culturas, es el fenómeno de la inmigración, “una de las grandes preocupaciones de los europeos”, (SÁNCHEZ BRAVO, 2020 p. 216) cada vez mayor, pero que nos obliga a replantear las preguntas y las respuestas, asumiendo que se trata de “un futuro multicultural y multijurídico al que la Unión Europea- por tanto España – habrá de afrontar en el incipiente Siglo XXI (SÁNCHEZ BRAVO, 2020, p. 216). En este asunto de gran complejidad, no solo cultural, económica y de carácter social, precisa “un planteamiento integrado para ayudar a los Estados miembros a gestionarlo con más éxito” (SÁNCHEZ BRAVO, 2020, p. 216), al fin y al cabo, se trata como dice SÁNCHEZ BRAVO, “tanto de un reto como una oportunidad (SÁNCHEZ BRAVO, 2020, p. 215). Se trata pues, de un problema también de los derechos humanos, dentro de nuestras fronteras, que no tenemos resuelto, por lo que, razón de más para cuestionar esa universalidad.

No se entiende, por tanto, cómo la Europa de los derechos humanos, la libertad, la tolerancia y la democracia, es la misma que diseña políticas de inmigración focalizadas en el cierre de fronteras, las devoluciones, o la contención en origen a cambio de suculentos

acuerdos con países, no precisamente democráticos, que pasan a realizar la labor de carceleros y fuerza de choque que evite que los inmigrantes lleguen a pisar territorio comunitario europeo (SÁNCHEZ BRAVO, 2020, p. 228).

Estos conflictos o choques culturales y jurídicos también los tenemos en nuestro entorno, de los que tenemos respuestas canalizadas a través del sistema jurisdiccional como las sentencias del TEDH, citamos a modo de ejemplo, la Sentencia de dicho Tribunal de fecha 18 de septiembre de 2018, caso Hagar Lachiri, sobre la utilización del velo islámico. Considerando que:

Resulte conveniente que demos seguimiento al debate europeo, del cual la jurisprudencia en la materia del TEDH es un elemento fundamental, a fin de que incorporar aquellas experiencias y desarrollos conceptuales y normativos que nos sirvan para garantizar de la mejor manera los derechos de las personas, particularmente de las que integran las minorías religiosas (CRUZ ESPINOSA, 2019, p. 106).

Otra cuestión donde se ponen de relieve divergencias abismales entre prácticas de Occidentes y Oriente es la terrible mutilación femenina, si bien el Islam no lo aprueba,

Está englobada dentro de las llamadas Prácticas Tradicionales Perjudiciales y Naciones Unidas califica la mutilación genital femenina como violación grave de los derechos humanos de la mujer. Se trata de un caso de violencia extrema que atenta contra la integridad física y psicológica de las mujeres (PORTAL MARTÍNEZ; FERNÁNDEZ DE CASTRO, 2018, p. 18).

Se estima que, actualmente en el mundo, son 200 millones de mujeres niñas las que ya han sido sometidas a esta práctica y 30 millones las que están en riesgo de sufrirla (UNICEF,2016; PORTAL MARTÍNEZ; FERNÁNDEZ DE CASTRO, 2018, p. 18).

Para SALAZAR BENITEZ, hay que huir de “unas estructuras económicas patriarcales que continúan generando injusticias y avanzar hacia un nuevo contrato de género” (SALAZAR BENITEZ, 2016, p. 225) , es decir, independientemente de las consideraciones religiosas o prácticas ancestrales, y de las diferentes posturas abismales en cuanto al contenido y la eficacia de los que llamamos Derechos Humanos, e con separación de que estemos ante un concepto jurídico evolucionado con el tiempo y dependiente de su lugar de

desarrollo, independientemente de que se considere intromisión, colonialismo, punto de vista exclusivamente occidental, no es posible, sabiendo el perjuicio físico y psicológico mirar a otro lado para no dañar susceptibilidades regionales.

Debemos tener presente que desde muchos Estados y/o comunidades se sigue acudiendo a las especificidades culturales para legitimar la violación de los derechos de las mujeres. De hecho, la mayor parte de las reservas formuladas a la CEDAW- vinculadas muchas de ellas a los derechos y obligaciones de hombres y mujeres – se fundamentan en la defensa de la especificidad cultural (SALAZAR BENITEZ, 2016, p. 230).

Podemos decir que bajo el amparo de normas antiguas que no son más que una posición de patriarcado continuista de tradiciones, la mujer y la sociedad donde vive no evoluciona, “desde el patriarcado se vende como tradición inamovible todo un conjunto de leyes, normas y valores, configuraciones institucionales y culturales que rigen la vida de las personas y de los pueblos sin admitir contestación” (HERRERA FLORES, 2005, p. 33). Y siguen perpetrándose esa violencia contra las mujeres que se considera justificada.

*The human rights of women and girls continue to be violated also in peacetime, violence against women, whether in the family, in society, perpetrated and condoned by the state, is pervasive in all societies. Causes of violence are linked to sexuality, cultural ideology, patterns of conflict resolution through violence, doctrines of privacy and government inaction (ROBISON, 2007, p. 54).*

Evidentemente, con el cuestionamiento de la universalidad de los derechos humanos, los regionalismos, y la realidad diversa a la que nos enfrentamos, cómo vamos a aspirar a una justicia global si ya no existe consenso, en la base misma de su construcción. Negarlo no serviría de nada, pero tampoco debe frustrar nuestras aspiraciones.

De ahí que para nosotros lo universal no sean los derechos humanos (...) sino la idea o la intuición de dignidad humana.(...) Podríamos caracterizar ese universalismo de la dignidad como las plurales y diferenciadoras formas de lucha por conseguir un lugar en el mundo

y desde ahí construir las condiciones que permitan a los seres humanos sentir que su vida es una vida digna de ser vivida (HERRERA FLORES, 2005, p. 28).

## 2.4 Dignidad y consenso

La idea de la dignidad se repite en numerosos autores como una base mínima, y

[...] no presupone, referida a los derechos humanos, una visión exigente, perfeccionista, del ser humano. El reconocimiento y la garantía de los derechos no equivale a la realización máxima de cada individuo; su función es simplemente la de garantizar las condiciones mínimas para que cada cual pueda llegar a desarrollar todas sus potencialidades. (ATIENZA, 2020, p. 144).

Obviamente, si nuestra pretensión es encontrar una justicia que sea defensora de la máxima protección de los derechos del Hombre a nivel mundial, hemos de apartar la idea de que su pretendida universalidad acerca de su contenido, es decir, que es unánime en todos los países a pesar de que su uso resuena en todo el mundo y hay una tendencia hacia su reivindicación.

El fenómeno -anterior en sus raíces a la globalización actual- de concienciación general que se está produciendo progresivamente a nivel mundial entre todos los habitantes del planeta de poseer unos derechos humanos -sea cual fuere su variopinta fundamentación teórica- a través de los cuales poder demostrar la dignidad y demás valores insitos al ser humano es una de las características del espíritu de nuestra época” (MIKUNDA FRANCO, 2001, p. 202).

La única manera de encontrar puntos en común en el concepto de los Derechos Humanos ha de partir del consenso. Comprender que nos encontramos, no ante la idea nuestra de Derechos Humanos partiendo de su construcción y desarrollo tal y como lo conocemos, sino una nueva construcción que ampare todos los pensamientos de todas las culturas. Esta idea de variedad en el pensamiento, de respeto a la diversidad cultural, evolutiva, de los distintos países, la encontramos en distintos autores, pero quizás, en su máximo exponente Parte Häberle de la existencia de un Estado constitucional que respete la diversidad, que sea la suma de las distintas opciones culturales y que queden protegidas en el marco constitucional.

Obviamente, si somos conscientes de la existencia de otras formas de pensamiento, no inferiores a nuestras ideas europeas y occidentales, debemos partir del respeto debido a los mismos, entendiendo que esta pluralidad de personas de diferentes países, con concepciones religiosas, culturales, jurídicas, habrán de lograr puntos en común y partiendo de ellos, empezar a crear una justicia que no infravalore unas posturas en contra de otras, puesto que de ello depende su eficacia y, en el fondo, la protección misma que se pretende.

A una pluralidad de comunidades corresponde una pluralidad de perspectivas pues cada una de ellas construye, teje y desteje su propio entramado con visiones a veces plenamente coincidentes, a veces, únicamente coherentes y compatibles con el discurso y la verdad subyacentes a los derechos humanos pero en otras ocasiones con peculiaridades alejadas e incluso contrarias a algunos de los principios elementales vertebradores de la idea y verdad de los derechos humanos, básicamente todo cuanto supone y a dónde conduce la igualdad (GONZÁLEZ ORDOVÁS, 2020, p. 78).

Es erróneo afrontar la aplicación e interpretación de problemas jurídicos de otros países bajo la perspectiva del nuestro, en cambio, “lo que deberíamos hacer es intentar captar, entender, comprender la cultura propia del sistema concomitante a dichas cuestiones” (MIKUNDA FRANCO, 2001, p. 138).

Tomando la realidad que tenemos, “la cultura que se dice abanderada de la democracia, los derechos humanos y los estados constitucionales de derecho, con su modo de producción económica capitalista competitivo, patriarcal y colonial” (SÁNCHEZ RUBIO, 2020, p. 351), donde deberíamos haber aprendido “con Platón que la Arcadia no existe” (DE JULIOS CAMPUZANO, 2020, p. 499), sería lo adecuado encontrar un modo a través del consenso, de nuevas reglas, e incluyendo esos colectivos, y otros mundos (también el islámico, también el femenino y otros), “defendemos que en la actualidad las reivindicaciones de género, etnia, raza, o clase deben sobrepasar el estudio de mera denuncia fragmentaria y discontinua de las



discriminaciones y comenzar a proponer alternativas concretas y globales” (HERRERA FLORES, 2005, p. 57).

No estamos pues en condiciones de definir de manera global lo que significa de forma unitaria los derechos humanos pero si de saber cómo podemos iniciar el camino hacia darle un contenido que pueda satisfacer de forma más real y efectiva.

“Pues bien, los derechos humanos están en condiciones de aportar todo eso si se construye colectiva y razonablemente una nueva universalidad inclusiva y plural” (GONZÁLEZ ORDOVÁS, 2020, p. 81), abogamos también por una mejor y más compleja inclusión de las mujeres en la toma de decisiones sobre su cuerpo, su vida, sus comunidades, incluyendo aspectos tan fundamentales para el futuro como el medioambiente, “De ahí la necesidad de contar no solo con la fuerza transformadora del feminismo, en cuanto movimiento pacífico y reivindicativo de la igualdad y paradigmas con los que diseñar un nuevo pacto social” (SALAZAR BENITEZ, 2016, p. 234).

El lugar donde nace una persona no puede ser un condicionante, con sus componentes religiosos, culturales, para determinar su salud y su integridad física y psíquica.

Esta necesidad de consenso es lo que puede dar lugar a una visión esperanzadora, “el mundo en general camina por la vía del progreso intercultural” (MIKUNDA FRANCO, 2001, p. 201), no quiere decir, que el camino sea lineal y fácil, pero el primer paso es el de reconocimiento de la igualdad, con humildad, entre las partes que mantienen posturas distintas para continuar con un diálogo, “más amplio, abierto, profundo y sincero”, (MIKUNDA FRANCO, 2001, p. 211), para alcanzar mayores logros, a través de la “superación de radicalismos de todo tipo y signos y la vuelta a la reunificación de ámbitos jurídicos y esferas éticas, políticas y jurídicas en un todo armónico, donde desaparezca cualquier violencia” (MIKUNDA FRANCO, 2001, p. 210).

Aspectos que favorecen, en opinión de MIKUNDA FRANCO, evitar esa diferenciación en la concepción de derechos humanos, y poder trabajar sobre los mismos, es un acercamiento de posturas de ambas partes y la creación de una terminología común dentro de los propios estados islámicos, una “reunificación de criterios, mayoritariamente deseada por los propios musulmanes, en cuanto a principios básicos de doctrinas jurídicas de amplia proyección” (MIKUNDA FRANCO.2001, p. 203) así como la posibilidad de “creación de un Tribunal de Derechos Humanos Islámicos (interregional, supranacional, o internacional) con competencias para enjuiciar cuantas cuestiones jurídicas se susciten tanto por parte de individuos como de colectividades referente a violaciones de Derechos humanos islámicos” (MIKUNDA FRANCO, 2001, p. 205), siendo positivo la tendencia a

[...] “estatalizar” el Islam en cuanto mejor cauce para la comunicación con Occidente e evitar el radicalismo. Con un peso cada vez mayor “en el seno de las Naciones Unidas. Occidente, por tanto, debe tener en cuenta estos factores en sus proyectos jurídicos-internacionales de futuro sobre derechos humanos incluyendo estas perspectivas plurirregionales (MIKUNDA FRANCO, 2021, p. 207).

**HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA** considera que

[...] todo ello requiere diálogos y narrativas comunes entre hombres, mujeres, movimientos sociales y pueblos del planeta, que permitan reconfigurar los derechos humanos en categorías alejadas de las lógicas estatales siempre vinculadas al realismo en las relaciones internacionales. El feminismo, el ecologismo, el movimiento a favor de los derechos humanos, el sindicalismo, las comunidades indígenas y afrodescendientes, el movimiento campesino, anticolonial, etcétera, deben en este sentido establecer diálogos y convertirse en los protagonistas de una nueva configuración de los derechos humanos. Se convierten de esta manera en sujetos constituyentes de una nueva declaración sobre la dignidad de los seres humanos (HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, 2018).

Esta misma idea de diálogo y de consenso la encontramos respecto a los derechos del trabajador en estos tiempos del COVID-19, considerando que la pandemia puede dar lugar a confundir y empeorar las situaciones laborales de los ciudadanos, en cuanto a desigualdad, discriminación y trabajo infantil.

La pérdida de puestos de trabajo y de ingresos (también ante la perturbación y caída de la demanda en las cadenas mundiales de suministros) aumenta el riesgo de que aparezcan manifestaciones de trabajo infantil o forzoso, mientras que las presiones sobre la salud pública y el entorno socioeconómico intensifican la discriminación laboral ya existente, ante nuevas expresiones de xenofobia y de estigmatización, así como dificultan o impiden la organización y actuación colectiva de los trabajadores mediante el ejercicio de derechos sindicales (BAZ TEJEDOR, 2021).

Para este autor,

[...] la oportunidad, entonces, que se presenta para hacer frente al impacto socioeconómico de la pandemia acometiendo respuestas válidas (en la ley) y eficaces (en la práctica), como concreción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo (justicia social), pasa por las orientaciones que la OIT dirige a los Estados miembros y a los particulares, así como la interacción entre ambos, a partir de iniciativas ya elaboradas (u otras en ciernes) para diseñar políticas y medidas de protección y promoción público-privada de estos bienes jurídicos.” Aprovechando este periodo de vacunación, se necesita otra “vacunación social” que ponga freno a posibles aprovechamientos de la crisis para revertir avances o retrasar el efectivo respeto al trabajo centrado en las personas (BAZ TEJEDOR, 2021).

A la pregunta formulada al principio, debemos considerar que si “el trabajo conceptual sobre los derechos humanos, pues, se ha convertido en el reto más importante del siglo XXI”,(HERRERA FLORES.. Pág. 179.) acaso ¿el establecimiento de una justicia global sobre los mismos, no será acaso un reto posterior y aún mayor? Sin duda, pero que sea un reto no quiere decir un imposible. Si bien, no podemos concluir con una negativa, que sólo nos lo aclarará el futuro, si podemos asegurar que el camino empieza a partir de un acercamiento hacia la dignidad humana, la cual, como recaba HERRERA FLORES, tiene una triple consideración: de apertura de todos los caminos, creación continua de nuevos horizontes y posibilidad humana de educarse a sí misma (.HERRERA FLORES 2005. p. 274 y 275).

Según ATIENZA,

Carlos Nino ha sugerido una fundamentación basada en tres principios: el principio de la inviolabilidad de la persona humana que prohíbe que se puedan imponer cargas o sacrificios a ciertos individuos sin contar con su consentimiento efectivo y sobre la base

de que redundan en beneficio de la mayoría de la población, el principio de la autonomía de la persona humana y el principio de la dignidad de la persona humana. (ATIENZA. 2018, p. 235.)

Así, el autor manifiesta frente a las críticas a esta corriente que hay “otra concepción y fundamentación de los derechos” con unos principios básicos: el principio de las necesidades básicas, el principio de cooperación y el principio de solidaridad (ATIENZA. 2018, p. 236). al fin y al cabo, debemos poner empeño en mejorar nuestra realidad, no desde la imposición, sino desde el consenso y partiendo de una amplitud de miras, para no llegar siempre a las mismas conclusiones y poder alcanzar cotas más elevadas. Sin duda, “las realidades sociales son siempre susceptibles de mejora” (DE JULIOS CAMPUZANO, 2020, p. 511).

Pero no, desde cualquier punto, sino desde una base democrática y con respeto a esos valores, donde no solo cabe, sino que sirve de guía y de fundamento los derechos humanos. “Cualquier pretensión de construir una sociedad más justa pasa, necesariamente, por el respeto a los valores de la democracia constitucional.”(DE JULIOS CAMPUZANO, 2020, p. 539)

Como expone PÉREZ LUÑO,

Solo mediante un espíritu solidario de sinergia, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de la vida o a la libertad informática [extrapolable a todos los ámbitos de los derechos humanos de todas sus generaciones]. (PÉREZ-LUÑO. 2018, p. 232.)

Por ello, consideramos que podría ser más acorde a la realidad actual y en aras a la esperanza, que no nos preguntemos si es posible una justicia global en el actual siglo XXI, porque la respuesta sería demasiado pesimista por realista, si no si es posible AVANZAR hacia la misma y entonces la respuesta es sí, como dijo SÉNECA, “aunque el miedo tenga más argumentos, elige siempre la esperanza.”

### 3. Conclusões

1.- Los Derechos Humanos suponen una construcción jurídica con una evolución a lo largo del tiempo, desde la Ilustración y pasando por diferentes generaciones, tres, que no ha sido lineal y que sigue en desarrollo.

2.- La opinión de su universalidad intrínseca no es compartida por alguna doctrina tanto en los países occidentales, como en especial, por aquellos países del mundo islámico por ser una visión eurocentrista, invasiva y contraria a su religión-norma.

3.- Otras críticas a la universalidad de los Derechos Humanos son la individualización occidental, la práctica de costumbres ancestrales contrarias al concepto universal de dicho término y la visión capitalista que pretende una invasión soterrada bajo el pretexto de los Derechos Humanos.

4.- Para hablar unos derechos humanos hay que partir del contexto cultural de cada territorio, y asomarse a otras perspectivas desde la humildad y el espíritu del conocimiento y el entendimiento y no desde la supremacía cultural y económica, pues de contrario, puede entenderse como una injerencia o un colonialismo trasnochado.

5.- A pesar de esa evidencia de regionalismos y otras críticas que impiden la existencia de un concepto único de Derechos Humanos, no se puede negar que estamos ante un mundo global inmerso en una era informática, así como la evidencia de un cambio climático que hacen más urgente y necesario tener una visión unitaria aunque respetuosa con las diferencias en un trabajo conjunto por el bien del planeta y sus ciudadanos.

6.- Esas diferencias, ya tengan base religiosa, cultural, e incluso jurídica como la Shaira, no deberían permitir que la individualidad de la población mundial sufra en su salud, su desarrollo personal, sexual o intelectual, por conceptos que se transmiten de generación en generación basados en antiguas creencias patriarcales.

7.- Existiendo estas diferenciaciones sobre todo en base a religiones y costumbres ancestrales, con un componente clara y determinantemente masculino, heredado por generaciones, es necesario el impulso del papel de la mujer para convertirla en dueña de su propia vida y decisiones. Tanto en el hogar, como en la educación de sus hijos e hijas, como del exterior, con una apuesta fuerte por la educación, el respeto por el propio cuerpo y por la ecología, base evidente para un futuro para todos a nivel global.

8.- Evidentemente, no es una solución fácil, rápida ni exclusiva. Debe basarse en el consenso y el respeto mutuo, así como en los valores de una sociedad democrática. Los efectos de la COVID no deben servir de justificación para un retroceso en materia de Derechos Humanos, especialmente hacia los más vulnerables, la infancia, la inmigración, las mujeres, etc.

9.- Lo mismo que integrar en Europa y en todas las sociedades aspectos multiculturales para una sociedad global.

10- Pero a pesar de que el regionalismo existe, no podemos evitar pronunciarnos a favor de que los Derechos Humanos conllevan implícitamente el concepto de la universalidad, pues no puede depender la vida de una persona del punto de localización geográfica de su nacimiento, y sufra en aspectos esenciales y mínimos respecto a su dignidad sea cual sea su religión, creencia, régimen político o cualquier idea que lo justifique.

11.- Por todo ello, a día de hoy no podemos decir que pueda en este siglo XXI existir una justicia global para enjuiciar materia de derechos humanos, faltando acuerdo en el concepto común y su efectividad, pero no por ello podemos dejar de lograr acuerdos parciales que se encaminen hacia la misma, estableciendo niveles mínimos de dignidad de una persona basados en el reconocimiento mutuo y respetuoso para lograr el consenso y luchando para que se pueda ir ampliando el marco de acción y protección en todos los ámbitos donde esté en juego la dignidad humana.

## Referencias

ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Espanha: Editorial Ariel Derecho. 2012; 2018.

ATIENZA, Manuel. **Una apología del derecho y otros ensayos**. Espanha: Editorial Trotta. 2020.

BAZ TEJEDOR, José Antonio. Trabajo y Derecho, número 75, Sección Unión Europea y Agenda Internacional/ Diálogos con la OIT y otras organizaciones. In: KLUMER, Wolter. **El futuro de los principios y derechos fundamentales de la OIT en tiempos de pandemia**. Marzo 2021.

CRUZ ESPINOSA, Mónica M. La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Affaire Lachiri c. Belgique, de 18 de septiembre de 2018, sobre la restricción del uso del Hijab (velo islámico) y la libertad de manifestar las creencias religiosas. **Derechos Humanos México**, Ciudad de México, Año 14, Número 36, 99-106, Mayo-agosto, 2019.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José. La soledad de los derechos humanos en el marco jurídico de la globalización. **Revista Derechos y libertades**, Madrid, 2020, Número 42, 61-91, Enero, 2020.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Editorial Tecnos. 2013.

HERNÁNDEZ CERVANTES, Aleida; MATAMOROS, Mylai Burgos. **La disputa por el derecho: la globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y derechos sociales**. México: Editorial Bonilla 2018.

HERRERA FLORES, Joaquín. De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales. **Universidad de Deusto. Instituto de Derechos Humanos**, Bizkaia, 2005, núm 33, 1-170, 2005.

HERRERA FRANCO, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales**. Editorial La Catarata, 2005.

MECCARELLI, Massimo y otros. **Il lato oscuro dei Dirittiumani**. Madrid. 2014.

MIKUNDA FRANCO, Emilio. Aspectos de bioética en el mundo islámico contemporáneo: aproximación a un estudio iusfilosófico comparatista a niveles intraislámico y occidental. n. 24, pp. 201-225, Nov./Dez., 2008.

MIKUNDA FRANCO, Emilio. **Derechos Humanos y mundo islámico**. Secretariado de Publicaciones. Universidad de Sevilla. 2001.

MIKUNDA FRANCO, Emilio. **Los derechos humanos como historiografía y filosofía de la experiencia jurídica en G. Oestreich: simetrías y distorsiones frente a G. Radbruch**. Sevilla: Secretariado de Publicaciones. Universidad de Sevilla, 2008.

MIKUNDA FRANCO, Emilio. Capítulo 12. In: CHOZAS, Jacinto; GARAY, Jesús. **Estado, Derecho y religión en Oriente y Occidente**. Sevilla: Plaza Y Valdés, 2009.

OEHLING DE LOS REYES, Alberto. Elementos de convicción y afección que refuerzan la integración del Estado y la Constitución: una aproximación desde los retos del siglo XXI: In: JULIOS CAMPUZANO, Alfonso. **Constitucionalismo: un modelo jurídico para una sociedad global**. Editorial Aranzadi Thomson Reuters. 2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio Emilio. **La filosofía del Derecho en perspectiva histórica**. Sevilla: Secretariado de Publicaciones. Universidad de Sevilla. 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**. Sevilla: Editorial Garrigues Cátedra. 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica**. Sevilla: Editorial Tecnos. 2018.

PORTAL MARTÍNEZ, Esther y otros. Origen, características y consecuencias de la mutación genital femenina. **La mutilación femenina en España**. Madrid: Dykinson, 2018.

ROBISON, Mary. **A voice for Human Rights**. Philadelphia: Editorial University of Pennsylvania Press. 2007.

SALAZAR BENITEZ, Octavio. La autonomía relacional de las mujeres como límite de la diversidad cultural y religiosa: a propósito de la polémica prohibición del velo. **Derechos y libertades**, Madrid: 2016, número 34, 203-234, 2016.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. Inmigración y derechos humanos en la Unión Europea In: JULIOS CAMPUZANO, Alfonso. **Constitucionalismo: un modelo jurídico para una sociedad global**. Editorial Aranzadi Thomson Reuters. 2020.

SANCHÉZ RUBIO, David. Derechos Humanos (vacíos), constitucionalismo (oligárquico y de los negocios) y democracia (sin demócratas ) en el mundo contemporáneo. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, Volume 13, Número 2, 105-140, 2020.

Artigo recebido em: 31/10/2021.

Aceito para publicação em: 07/06/2023



# Um estudo sobre direitos autorais na orientação acadêmica

## *A study about copyrights at academic orientation*

*Alexandre Saldanha*<sup>1</sup>

**Resumo:** Este trabalho se desenvolve tendo como área temática o sistema normativo de direitos autorais, investigando problema específico a respeito da incidência destes direitos nos processos de orientação acadêmica. A pesquisa tem como objetivo geral o de identificar se professores orientadores possuem co-titularidade de direitos sobre as obras publicadas por seus orientandos. E para isto, foram considerados objetivos específicos analisar as diretrizes legais sobre incidência de direitos autorais e sobre a titularidade destes, além de analisar as previsões regimentais e as posições doutrinárias sobre tais temas. Realizando estudo de situação concreta e revisão de literatura para identificar se há previsão em regimentos, na legislação, na doutrina e na jurisprudência sobre os temas abordados, busca-se responder à questão central. Com seu desenvolvimento, a pesquisa identificou que não há titularidade de direitos reservada a professores que desenvolvem tarefas de orientação, pois não satisfazem requisitos legais que justifiquem a co-titularidade. Pretende-se com isto colaborar com questões judiciais e éticas envolvendo tal problema.

**Palavras-chave:** Direitos autorais. Obras protegidas. Titularidade. Orientação acadêmica. Coautoria.

**Abstract:** This work is developed with the normative system of copyright as its thematic area, investigating a specific problem regarding the incidence of these rights in academic guidance processes. The general objective of the research is to identify whether mentoring professors have co-ownership of rights over the works published by their mentors. And for this, specific objectives were considered to analyze the legal guidelines on the incidence of copyright and on their ownership, in addition to analyzing the regimental provisions and the doctrinal positions on such topics. Carrying out a concrete situation study and literature review to identify if there is provision in regulations, legislation, doctrine and jurisprudence on the topics addressed, we seek to answer the central question. With its development, the research identified that there is no ownership of rights reserved for teachers who develop guidance tasks, as they do not meet legal

---

<sup>1</sup>Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade de Pernambuco (UPE) e da Universidade Católica de Pernambuco. Experiência docente nas áreas de Direito Processual Civil, Direito Civil e Direito da Propriedade Intelectual. Pesquisador em temáticas que envolvam: Direitos Autorais e Tecnologias da Informação, Inclusão Digital e Acesso à Justiça; Direito do Patrimônio Cultural; Liberdades constitucionais de expressão e de modalidades de acesso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4573-7228> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6185488373061972>.

requirements that justify co-ownership. The aim is to collaborate with legal and ethical issues involving this problem.

**Keywords:** Copyrights. Protected Works. Ownership. Academic orientation. Co-authorship.

## 1. Introdução

Este artigo tem como tema geral os direitos autorais de criações científicas, mas abordando um problema específico que envolve a incidência, ou não, destes direitos nos trabalhos acadêmicos em que há processo de orientação, tais como os de pós-graduação *stricto sensu*, no intuito de obter resposta sobre se existe coautoria entre pessoa autora da obra científica e pessoa que a orientou no desenvolvimento de seu mestrado, ou doutorado, ou cursos semelhantes. O objetivo geral deste trabalho é analisar se os orientadores de trabalhos acadêmicos podem reivindicar direitos autorais sobre os trabalhos desenvolvidos sob sua orientação, exigindo então que ao momento da publicação destes, consta coautoria entre o autor, aquele que escreveu e desenvolveu a pesquisa, e o orientador, que acompanhou o desenvolvimento do trabalho, oferecendo diretrizes, fazendo análises críticas e dando sugestões sobre a pesquisa.

Como hipótese de trabalho, este artigo analisará a não incidência de direitos autorais no ofício de orientação de trabalhos acadêmicos. Ou seja, o presente trabalho analisará se, sob a perspectiva das normas jurídicas aplicáveis e da literatura especializada sobre os temas abordados, é possível dizer que não há titularidade de direitos autorais para professores que orientam trabalhos acadêmicos. Para isto, para alcançar o objetivo geral do trabalho e analisar a hipótese proposta, serão abordados conceitos doutrinários sobre os temas envolvidos, previsões legislativas sobre os pontos abordados, posições jurisprudenciais a respeito dos problemas identificados, em especial sobre a questão da cotitularidade de direitos autorais, dentre outros temas necessários para obtenção dos resultados pretendidos, especificamente, testar a hipótese proposta.

Como metodologia, adota-se uma análise de caso genérico, pois não é baseado numa situação real específica, porém bastante concreto por envolver situações frequentes em quaisquer dinâmicas acadêmicas envolvendo orientadores e orientandos. Com base no caso genérico descrito, serão analisados pontos da situação narrada, mediante revisão de literatura, tanto de doutrina especializada quanto da legislação aplicável, para assim atingir os resultados pretendidos e verificar se a hipótese trabalhada se confirma ou não.

## 2. Sobre o caso da relação entre Orientadores e Orientandos

Quando se afirma que este trabalho adota uma estratégia de estudo de caso assim se faz, pois ele busca realizar estudo específico sobre uma situação singular baseada em dados e expectativas de explicar número maior de casos análogos, o que pode ser considerado um estudo de caso (GERRING, 2019, p. 69). A situação colocada como ponto de partida da análise é bastante comum em instituições de ensino superior, seja pública ou privada e seja qual for o grau de formação, pois envolve processos de orientação entre membro do corpo docente e membro do corpo discente em fase de conclusão de curso.

O fato de haver naturezas diferentes tanto das instituições de ensino, se públicas ou privadas, quanto do tipo de formação, se graduação, mestrado, doutorado etc., não inviabiliza a análise da situação em foco, pois a orientação ocorre seguindo dinâmicas naturais em qualquer situação. O que não a descaracteriza como “caso singular” para fins de método, pois este pode ser compreendido mesmo contendo fatores variáveis e dimensões variadas, contanto que não descaracterize sua individualização (GERRING, 2019, p. 77).

A situação usada como objeto de estudo pode ser descrita de forma simples, apesar da complexidade intelectual envolvida e das dúvidas que dela

podem surgir, a exemplo da que é analisada neste texto, a envolvendo direitos autorais. O fenômeno, em linhas gerais, ocorre da seguinte forma: um professor, ou uma professora, de uma Instituição de Ensino Superior tem dentre suas atribuições profissionais a de orientar estudantes, seja no processo de elaboração de seu trabalho de conclusão de curso de graduação ou durante realização de seu mestrado ou doutorado, ou no desenvolvimento de cursos afins. Estes são os orientadores.

No desenvolvimento deste ofício, os professores envolvidos deverão auxiliar estudantes, os orientandos, a identificar área temática de suas pesquisas, temas e problemas a serem enfrentados, estabelecer objetivos da pesquisa, além de colaborar com o enriquecimento científico e intelectual de seus orientandos, promovendo encontros para discussão e análise do que estiver sendo pesquisado e desenvolvido. Enquanto situação abstrata, de forma geral esta é a retratação de uma situação de orientação para desenvolvimento de trabalhos acadêmicos.

Para alcançar os objetivos propostos para este presente trabalho, considera-se importante buscar identificar, ao menos como premissa aceitável, a natureza deste trabalho de orientação. Isto ajudará a identificar se em algum grau o orientador age criando conteúdo. Para isto, procurou-se identificar em regimentos de graduação e pós-graduação quais atribuições são postas aos professores orientadores. Considerando, um, a dificuldade em acessar tais informações (nem todas as instituições de ensino possuem seus regimentos devidamente disponíveis de forma clara em seus sites) e, dois, a uniformidade de tratamento dada ao tópico, pois as atribuições se repetem nos diferentes regimentos, serão mencionados trechos de três regimentos acessados, um de uma instituição estadual de ensino superior, um de uma pós-graduação em instituição pública e um de pós-graduação em instituição privada.

O regimento geral dos programas de pós-graduação *stricto sensu* e dos cursos *lato sensu* da Universidade Estadual de Campinas prevê em dois

artigos as atribuições dadas aos docentes que receberem função de orientador. Mais especificamente, o artigo 56 do documento assim estabelece:

Artigo 56 - São atribuições do Orientador:

- I – elaborar, de comum acordo com seu orientando, o plano de atividades deste e manifestar-se sobre alterações supervenientes;
- II – acompanhar e manifestar-se perante a Comissão de Pós-Graduação – CPG sobre o desempenho do aluno;
- III – solicitar à Comissão Pós-Graduação – CPG ou à Comissão de Programa, de acordo com o Regulamento do Programa, as providências para a realização de Exame de Qualificação e para a defesa pública da dissertação ou tese;
- IV – solicitar, mediante justificativa, o desligamento do orientando, por insuficiência de desempenho;
- V - presidir a sessão pública de defesa de tese ou dissertação (UNICAMP, 2022).

Analisando os dispositivos, pode-se perceber que o mais próximo de um ato envolvendo atividade criativa por parte do orientador está no item I, quando quem estiver orientando deve elaborar junto com a pessoa orientada um plano de atividades. No mais, a atividade se aproxima mais de um gerenciamento do que de uma criação intelectual.

Já no regulamento geral da pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Federal de Santa Catarina, há também previsão das atribuições da orientação, assim estabelecidas:

Art. 59 – São atribuições do orientador:

- I – supervisionar o plano de atividades do orientando e acompanhar sua execução;
- II – acompanhar a manifestar-se perante o colegiado delegado sobre o desempenho do estudante;
- III – solicitar à coordenação do programa providências para realização de exame de qualificação e para a defesa pública da dissertação ou tese (UFSC, 2022).

Mais uma vez, não há menção a atividades conjuntas de colaboração criativa entre orientadores e orientandos, dando-se ênfase em atividades de supervisão e gerência do caminho do estudante durante o desenvolvimento de duas atividades e de seu trabalho principal.

Por fim, foi acessado também um regimento de graduação de uma instituição privada, mais especificamente do curso de letras, mas que poderia

ser de qualquer curso. Assim dispõe o documento que prevê as normas do trabalho de conclusão de curso na faculdade de Letras da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul sobre as competências dos professores que exercem função de orientação:

Art. 16. Compete ao professor-orientador:

- I - orientar seus alunos na elaboração do TCC, conforme as normas constantes neste documento;
- II - registrar a presença do aluno nas orientações agendadas;
- III - escolher, em conjunto com o professor coordenador da disciplina, os demais avaliadores das monografias de seus orientandos;
- IV - avaliar o Trabalho de Conclusão e o desempenho do orientando no processo de desenvolvimento de seu trabalho (PUCRS, 2022).

Não diferente das regras anteriormente analisadas, aqui a ênfase é na gestão das atividades que o orientando desenvolve e na avaliação do empenho deste, sem qualquer menção a parcerias em criações intelectuais.

Outros regimentos de trabalhos de conclusão de curso seguem a mesma linha, estabelecendo também incumbências aos orientadores que se aproximam mais de gestão e avaliação do que criatividade. Com isso, uma primeira premissa aceitável seria a de que não faz parte oficialmente das atribuições dos professores que orientam trabalhos de conclusão de curso a criação de conteúdo em conjunto com seus orientandos, tampouco a obrigatoriedade de publicar trabalhos elaborados em colaboração. Porém, ainda que as regras previstas nos regimentos institucionais sobre trabalhos de conclusão de curso não mencionem isto, quem passa pela conclusão de curso e elabora trabalho final passa por momentos de debate com professores orientadores, discussões temáticas e deliberações sobre os pontos da pesquisa a ser desenvolvida. Ainda que para isto não haja um diagnóstico exato em números ou em levantamento de informações, é possível aceitar o fato como premissa, tanto por ser quase uma informação de senso comum, quanto por servir como premissa para desenvolvimento deste artigo.

Então, ainda sobre a relação entre orientadores e orientandos, é possível identificar uma hipótese fática de que existem graus de discussão, de

debate, de análise crítica ou de sugestão, além de outros momentos em que a pessoa orientadora não exerce exclusivamente uma função gerencial e participa mais ativamente no planejamento do trabalho de seus orientandos e orientandas.

É aceitável admitir que professores orientadores auxiliam seus orientandos a melhor identificar os elementos de sua pesquisa, em especial na escolha do tema e na sua problematização. O tema representa uma proposta abrangente de assunto a ser desenvolvido, enquanto que o problema pode ser entendido como uma dificuldade que se pretende resolver, dentro da abrangência temática (LAKATOS, MARCONI, 2019, p. 142). Este problema pode ser formulado em forma de pergunta, correspondendo a interesses de naturezas diferentes, tais como interesses pessoais do pesquisador, interesses sociais e científicos, todos harmonizados e reunidos cientificamente (LAKATOS, MARCONI, 2019, p. 144).

Neste momento da relação entre orientadores e orientandos é possível haver participação mais ativa daqueles, em especial na escolha do tema, dentro de sua área de expertise e interesse. Porém, por mais que temas e problemas possam ser indicados pelos professores orientadores, isto deve ser feito considerando o interesse do orientando (LAKATOS, MARCONI, 2019, p. 289). A indicação que orientadores fazem sobre aquilo que seus orientandos sigam em suas pesquisas sequer possui previsão normativa, conforme conclusões tiradas de algumas normas examinadas, constantes em regimentos de instituições de ensino. Tampouco deve haver então qualquer propositiva mais incisiva, mais obrigatória, por parte da pessoa orientadora. Sendo assim, professores orientadores devem seguir as diretrizes previstas em regimentos e exercer funções gerenciais, porém, devem também ajudar seus orientandos no planejamento dos trabalhos, participando de escolhas iniciais, como tema e problema já mencionados, mas sem exercer quaisquer ordens impositivas sobre alunos orientados.

Seguindo a linha de raciocínio até aqui desenvolvida, temos então que no exercício da função de orientação de trabalhos de conclusão de curso, professores e professoras não desenvolvem atividades criativas sobre os trabalhos realizados sob sua orientação. Seja porque os regimentos das instituições de ensino não mencionam esta hipótese, ou porque mesmo quando orientadores participam mais ativamente do planejamento dos trabalhos de seus orientandos, assim fazem em planos iniciais de sugestões e identificações de temas, problemas ou outros elementos presentes em fase inicial de desenvolvimento dos trabalhos acadêmicos.

Então, a primeira conclusão que se tira neste presente trabalho é a de que, pela perspectiva do que se prevê normativamente que professores orientadores façam e pela perspectiva da metodologia científica, as pessoas orientadoras não realizam atividades de criação intelectual durante os processos de orientação. Isto se baseando em hipóteses em que orientadores fiquem em grau de discussão e deliberação com seus orientandos. Esta possível primeira conclusão colabora com a hipótese de que orientadores não possuem cotitularidade de direitos autorais sobre os trabalhos concluídos sob sua orientação, mas, para confirmar isto, é importante analisar o que este ramo do direito pode afirmar sobre o problema em análise. O que se começa a fazer no ponto a seguir.

### **3. Diretrizes sobre incidência de Direitos Autorais em manifestações científicas**

Neste ponto serão examinadas diretrizes traçadas pelas regras de direitos autorais a respeito da sua incidência sobre manifestações intelectuais, para, no momento seguinte relacionar com as atividades exercidas na relação orientadores e orientandos. O objetivo aqui é de identificar em linhas gerais como estas normas jurídicas buscam proteger as criações.



Em primeiro lugar, é importante identificar na literatura especializada que aos direitos autorais cabe reger relações jurídicas que surgem em decorrência da criação e das formas de uso e reprodução das obras intelectuais que integram literatura, artes e ciência, sem cunho utilitário e sem objetivos essencialmente industriais (BITTAR, 2015, p. 3).

Este ramo do direito está inserido em área maior denominada propriedade intelectual, área esta que abrange não somente este direito em destaque como também as criações voltadas para uso industrial, regidas pela legislação de propriedade industrial. Devido à delimitação temática deste trabalho, o foco é identificar quais regras gerais os direitos autorais estabelecem para identificar se há coautoria nas criações acadêmicas. Vale ressaltar que estes direitos autorais criam uma dupla incidência de direitos sobre uma obra criada, recebendo uma divisão entre direitos autorais morais e direitos autorais patrimoniais. Os morais disciplinam as consequências jurídicas da relação pessoa criadora e obra, tais como identificação da autoria, recebimento dos créditos etc., daí não poderem ser alienados a terceiros. Enquanto os patrimoniais se voltam para regulamentar a inserção da obra em circulação pública (BITTAR, 2015, p. 44), além das formas de reprodução do conteúdo protegido, e por isto podem ser transferidos a outras pessoas que passarão a controlar os usos das obras.

Com isto, encontra-se uma primeira regra geral para direitos autorais, a que eles se dividem em morais (aqueles exclusivamente atribuídos à pessoa ou às pessoas que criaram a obra e que se referem à proteção da autoria) e patrimoniais (aqueles que podem ser transferidos a terceiros, pois se referem ao controle das formas de reprodução e exibição da obra protegida).

Mas, além de identificar que os direitos de autor possuem uma dupla dimensão, para identificar se há coautoria nas relações acadêmicas entre orientadores e orientandos, será necessário analisar o que este direito terá a informar sobre o que está protegido e sobre a caracterização da titularidade de uma obra. Quanto ao que está protegido por direitos autorais, a própria lei

9.610/98, lei que regulamenta este direito, prevê lista com as manifestações do intelecto que sofrem proteção legal. Em seu título II, capítulo 1, o artigo 7º estabelece:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

- I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V - as composições musicais, tenham ou não letra;
- VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII - os programas de computador;
- XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual (BRASIL, 1998)

Pela leitura do dispositivo legal, percebe-se que a lista de obras protegidas por direitos autorais é bastante ampla. E, além disto, por mais utilidade que haja na listagem destas obras, trata-se de um rol exemplificativo, em decorrência do uso da expressão “tais como” no enunciado do artigo em análise.

Apesar da relevância prática em delimitar as obras que delimitam o âmbito de aplicabilidade dos direitos autorais, deve-se ressaltar que o catálogo é de natureza exemplificativa, não exaustivo ainda que completo (NETTO, 2019, p. 161). Sendo assim, pelo fato da listagem legal não exaurir

as possibilidades de obras a serem protegidas, é importante compreender então que os fatores criatividade e originalidade são determinantes para qualquer manifestação intelectual estar sob incidência de direitos de autor. Não há qualquer exame de valor cultural ou mérito intelectual, basta que as obras demonstrem a criatividade da pessoa que as criou, exteriorizando na realidade fática algo não previamente existente (BITTAR, 2015, p. 46).

A originalidade que se exige da obra para que sobre ela recaia a proteção legal em discussão não se identifica analisando a ideia propriamente dita, mas sim a sua exteriorização (NETTO, 2019, p. 160). Isto porque a legislação autoral deixa claro que sobre ideias, em gênero e abstratamente, não há direitos de propriedade. Assim dispõe a lei 9.610/98, “Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais” (BRASIL, 1998). O objetivo da previsão legal com isto, é ressaltar que as ideias são livres e podem ser abordadas por todas as pessoas e que, inclusive, suas utilizações fazem parte do fluxo de processos criativos, e ainda que elas só receberão proteção legal quando exteriorizadas de forma original (BARBUDA, 2015, p. 226).

A proteção dada pelo direito autoral recai então sobre as formas pelas quais as ideias são expostas, são desenvolvidas com detalhes e abordagens próprias. Isto ocorre em qualquer país cujo sistema jurídico preveja direitos autorais, pois a UNESCO já realizou levantamento entre sistemas internacionais concluindo que em nenhum deles as leis de direito autoral protegem a ideia em si (BARBOSA, 2022).

Quando as ideias ainda estão em seu aspecto abstrato e genérico, sem o trabalho de detalhamento e desenvolvimento, há outras formas jurídicas de protegê-la. É possível fazer isto por meio de compromissos contratuais ou pela regulação normativa da concorrência, uma vez que a usurpação de uma ideia, ao menos em âmbito de marketing e publicidade empresarial, pode

representar concorrência desleal (BARBOSA, 2022) fazendo incidir repressões legais previstas na legislação de propriedade industrial.

O ponto central para ser compreendido a respeito da incidência de proteção autoral sobre uma manifestação intelectual está então na sua originalidade, na criatividade com a qual a obra se exterioriza, seus traços distintivos e características próprias. Expressões da doutrina em direito autoral frisam justamente este ponto da personalidade que está envolvida na análise da originalidade exigida para uma obra receber proteção legal. A questão está na genuinidade e na unicidade da obra, considerando que foi concebida marcada por estilo e raciocínio da pessoa criadora (BARBUDA, 2015, p. 228).

Esta linha de raciocínio também está exposta em posicionamentos judiciais que abordam pontos envolvendo originalidade. Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, analisando caso de acusação de plágio por uso de nome, não reconheceu violação de direito autoral numa situação em que um escritor acusava uma emissora de televisão de ter usado sem sua autorização o título “As filhas da mãe”. Na decisão, o tribunal fundamentou sua posição explicando que tal título trata-se de expressão comum usada no cotidiano, não havendo originalidade suficiente para que alguém se diga proprietário dela (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017). Em outra situação semelhante, o mesmo tribunal negou a uma professora direito autoral sobre uma história envolvendo vampiros, fundamentando que a legislação de direito autoral protege os textos literários e científicos, mas não as ideias desenvolvidas nestes (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

Então, pelo exposto neste ponto, identifica-se que a literatura especializada em direitos autorais, seja doutrina, legislação ou jurisprudência, exige que a obra intelectual seja original para que receba esta proteção legal. Originalidade que não significa total atividade inventiva, mas algum grau de personalidade na forma como as ideias são trabalhadas, desenvolvidas e expressas.

Não há como o legislador prevê exatamente quais são as obras sobre as quais recai direito autoral, mas tais direcionamentos aqui analisados ajudam a discernir o que pode ou não ser objeto de propriedade intelectual, o que já ajuda a começar a responder a pergunta central deste trabalho.

Porém, além de examinar o que os direitos autorais informam sobre diretrizes para sua incidência em obras, é importante analisar também o que tais normas informam sobre o reconhecimento da titularidade da obra, sobre poder ser reconhecido como titular de direitos autorais, ou não. O que será analisado no ponto imediatamente adiante.

#### 4. Sobre a titularidade de direitos autorais de obras literárias e científicas

No ponto anterior foi analisada a questão envolvendo o que está protegido por direitos autorais, buscando identificar quais são as diretrizes estabelecidas por doutrina, legislação e jurisprudência a respeito da incidência desta proteção normativa em manifestações intelectuais de natureza científica. Aqui neste ponto a estratégia será basicamente a mesma, mas o objeto investigado muda, ainda que inserido no mesmo contexto de discussão. Ou seja, serão feitas análises sobre como a literatura envolvendo direitos autorais aborda a questão da titularidade, no intuito de mais à frente tais premissas colaborarem com o objetivo principal deste trabalho, qual seja, o de identificar se docentes orientadores possuem direitos sobre obras publicadas por discentes orientandos. Quando se fala em titularidade, pretende-se passar a ideia de autoria em sentido amplo, no sentido de quem pode se dizer autor ou autora de uma obra protegida por direitos autorais. Então, se no ponto anterior foi visto o *o que está protegido?*, aqui a abordagem busca identificar o *quem pode se apresentar como titular, como autor da obra?*

Antes da análise das previsões legais a respeito do tema proposto, é necessário compreender que para os direitos autorais a atribuição da autoria

exerce funções específicas na lógica interna deste ramo jurídico. A primeira função está na ligação causal entre pessoa criadora e a obra criada, na identificação desta espécie de filiação existente entre estes polos, e a segunda função está na identificação da propriedade sobre a criação expressa (SANTOS, 2020, p. 20). Estes dois aspectos irão separar dois tipos de autoria para fins legais, isto porque o sistema de direitos autorais os separa em morais e patrimoniais.

Os direitos autorais de natureza moral estão relacionados com a ligação pessoal existente entre pessoa física que cria a obra e esta propriamente dita, estabelecendo direitos que se manifestam em momentos de apresentação pública da obra, sobre como o público irá receber a informação sobre quem é a pessoa autora da obra e o que ela quis apresentar com sua manifestação intelectual. Já os direitos autorais de natureza patrimonial têm como objeto e objetivo questões envolvendo a propriedade das obras, controlando suas possibilidades e formas de reprodução. Em outros termos, estes direitos autorais patrimoniais se referem às possibilidades de utilização econômica das obras outorgando direitos de exclusividades sobre quaisquer modalidades de uso delas (BITTAR, 2015, p. 71).

Em resumo, quando alguém cria uma obra científica, por exemplo, e publica sua obra por uma editora, a pessoa física criadora continua tendo direitos autorais morais sobre a obra, pois estes são intransferíveis já que possuem natureza pessoal. Já a editora, pessoa jurídica, passa a ter direitos autorais patrimoniais, tendo então controle sobre as formas de exploração da criação intelectual. Este exemplo serve tanto para elucidar a questão, como também para determinar, considerando os fins deste trabalho, que o problema envolvendo orientadores e orientandos envolve por sua vez questões de titularidade pessoal da obra, de autoria propriamente dita, não dizendo respeito às questões de direito autoral patrimonial. Visto isto, agora é possível analisar as questões legais aplicáveis à situação.

Em determinados trechos, a legislação aplicada à situação não entra em detalhes sobre quem é a pessoa autora, pois isto seria um trabalho legislativo praticamente impossível, considerando que o esforço intelectual para criar uma obra não pode ser simplesmente captado na redação de um dispositivo legal. Há artigos na lei de direitos autorais, lei 9.610/98, que expressa informações mínimas sobre autoria e co-autoria. Logo no início, em seu artigo 5º, esta lei explica que, para efeitos legais, é considerada obra em co-autoria, aquela “criada em comum, por dois ou mais autores” (BRASIL, 1998). Apesar de útil, tal dispositivo não ajuda muito numa situação em que será necessário identificar se realmente há uma autoria colaborativa, como no caso em análise, envolvendo processos de orientação acadêmica.

Mais à frente na lei, encontra-se dois artigos que dão sequência à iniciativa legal de estabelecer parâmetros para identificação da autoria, sendo eles os artigos 11 e 13, assim descritos: “Artigo 11 – autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (BRASIL, 1998) e “Artigo 13 – considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização” (BRASIL, 1998). Com a leitura destes trechos da lei de direitos autorais é possível perceber que até então não há como a legislação estabelecer objetivamente quem é ou não é autor de uma obra, estabelecendo que a pessoa que for apresentada como autora de uma obra deve assim ser considerada. Raciocínio que é seguido para casos de co-autoria, previstos em outros artigos.

No artigo 15 da lei sob análise, fica estabelecido que “A co-autoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada” (BRASIL, 1998). Ou seja, mais uma vez a proposta da legislação é estabelecer um mínimo de diretriz, informando que quem for apresentado como co-autor de uma obra, assim deve ser considerado.

Interpretando os artigos acima mencionados é possível identificar que problemas com identificação de autoria e co-autoria estão envolvidos com aspectos subjetivos relacionados com a boa-fé das pessoas que se apresentam autores de uma manifestação intelectual. Por exemplo. Não tem como a legislação, nem as editoras, gravadoras, produtoras etc. realmente saber se foram João e Maria que criaram uma obra, pois assim eles se apresentam. O que pode haver é uma parceria de má-fé entre eles para que ambos ganhem os créditos pela obra divulgada, sendo assim então um problema ético.

Em ambiente acadêmico, que é o envolvido na proposta deste trabalho, diversos fatores podem contribuir para fraudulentas publicações em co-autoria inexistente. O produtivismo científico que surge com preocupações pessoais e institucionais para aumentar a importância de currículos e assim obter determinadas vantagens, pode por outro lado prejudicar a produção científica realmente original e íntegra (KROKOSZ, 2012, p. 30). Ou seja, um problema ético, imprevisível pela redação legal, ainda que deva ser combatido.

Voltando à lei de direitos autorais, encontra-se um artigo relevante para o problema sob análise. No parágrafo primeiro de seu artigo 15, esta lei estabelece que “Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção de obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio” (BRASIL, 1998). Trata-se de uma diretriz importantíssima para colaborar com possíveis conclusões sobre direitos autorais nos processos de orientação de trabalhos de conclusão de curso. Isto porque estabelece informação objetiva que a pessoa que ajuda no desenvolvimento de uma criação, mas não participa diretamente do processo criativo, não tem direitos autorais sobre ela, logo não pode ser apresentada como co-autora apenas pela ajuda que ofereceu.

Raciocínio este que é seguido pela jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça, analisando um caso envolvendo coautoria e direitos autorais se posiciona justamente no sentido de que para que haja creditação para autoria,



é necessário que haja trabalho criativo. Na situação, uma professora de fotografia alegou ser coautora de obras produzidas por uma ex-aluna, considerando que esta usou de técnicas aprendidas em aulas com a professora. A professora argumenta no sentido de que a autora das fotos aprendeu com ela a usar de determinadas técnicas, logo houve um esforço colaborativo que culminou numa série de fotos e uma exposição.

O Superior Tribunal de Justiça não reconheceu coautoria na situação julgando que as ideias criativas não derivaram da professora e que faz parte do ofício dela compartilhar conhecimentos em aulas, o que não justifica a pretensão de receber créditos pelas obras produzidas por todos que passem pelos seus cursos (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021).

Considerando a força vinculante que as decisões deste tribunal possuem, verticalizando seus posicionamentos em toda a estrutura judiciária brasileira, percebe-se que tanto doutrina quanto jurisprudência interpretam a legislação sobre direitos autorais no mesmo sentido, qual seja, no de reconhecê-la quando houver real colaboração criativa e não apenas auxílios, orientações, compartilhamento de ideias, e outras experiências que não representam esforço criativo em comum.

Tais considerações de alguma forma atinge o objetivo deste ponto, que foi o de identificar quais são as diretrizes estabelecidas pela literatura especializada em direitos autorais a respeito da identificação de autoria e coautoria. Como já acima mencionado, diversas razões envolvendo as dinâmicas em ambiente acadêmico levam a situações em que obras são divulgadas com coautorias inexistentes, tanto do ponto de vista da criatividade, quanto do ponto de vista das determinações legais. O que recai em questões e problemas de natureza ética (KROKOSCZ, 2012, p. 32), que fogem dos objetivos deste trabalho.

Importante é identificar que, de modo geral, o sistema de direitos autorais (legislação, doutrina e jurisprudência) procura proteger a pessoa autora contra situações em que esteja em posição de vulnerabilidade. Trata-

se do chamado princípio da proteção, que tem como objetivo pôr a pessoa criadora em posição juridicamente superior às de pessoas que não criaram obras protegidas por direitos, mas querem assim serem reconhecidas (BARBUDA, 2015, p. 211). Sejam estas, pessoas jurídicas, a exemplo das grandes empresas que trabalham com o mercado das inovações e da cultura, ou mesmo professores orientadores que se valem de sua relação com orientandos. Concluído este ponto, chega-se à conclusão desta pesquisa conclusivo em que a questão da titularidade de direitos autorais por parte de professores orientadores sobre as produções de seus orientandos será enfrentada.

## **5. Conclusão: orientadores têm direitos sobre obras produzidas por orientandos?**

Aqui neste ponto que serve como conclusão do trabalho, serão analisadas as conclusões alcançadas nos pontos anteriores para, reunidas, funcionarem como resposta à questão central que serviu como problema desta pesquisa. Então, para afinar a linha de raciocínio, que se destaque novamente a pergunta motriz: os orientadores e orientadoras de trabalhos de conclusão de curso pode exigir que tais obras sejam publicadas em coautoria com as pessoas que foram orientadas?

No ponto 2 deste trabalho, foram pesquisados alguns regimentos de instituições de ensino, no intuito de identificar se há previsão de normas a respeito do trabalho realizado por professores orientadores.

A conclusão obtida foi a de que, regra geral, as diretrizes regimentais estabelecidas pelas instituições de ensino para regulamentar as tarefas incumbidas aos docentes com função de orientação se aproximam de normas de gestão, de controle de uma etapa curricular a ser cumprida pelos alunos e alunas. Os regimentos analisados dispõem que caberá a orientadores e orientadoras expedir relatórios, planejar os trabalhos a serem desenvolvidos

por orientandos, organizar a banca de defesa do trabalho concluído, dentre outras funções de acompanhamento e gestão. Considera-se aqui uma regra geral, uma vez que, em decorrência das dimensões deste trabalho, não havia como analisar uma totalidade de regimentos internos de instituições de ensino superior. Porém, considera-se uma premissa aceitável a de que em linhas gerais tais regimentos não mencionam qualquer atividade criativa em colaboração entre orientadores e orientandos.

Fora do ponto de vista do “dever ser” identificado com a leitura dos regimentos mencionados, pode-se dizer que, do ponto de vista de como realmente acontecem os fatos, a relação entre professores que exercem orientação e seus orientandos pode ser bastante mais complexa do que apenas gerir o andamento dos trabalhos. Isto porque pode haver trocas de ideias, realização de análises críticas, sugestões sobre o andamento da pesquisa, além de outros momentos em que orientadores interferem de forma mais direta nos trabalhos das pessoas sob sua orientação. Mas, daí surgiu a necessidade de analisar o que os direitos autorais têm a dizer sobre o que está protegido por eles e como suas normas identificam a autoria e coautoria.

Para analisar a primeira dessas questões, desenvolveu-se o ponto 3 para analisar o que legislação, doutrina e jurisprudência sobre direitos autorais poderiam dizer sobre o que está protegido por direitos autorais, sobre quais diretrizes o sistema jurídico-normativo estabelece para a incidência de direitos sobre obras científicas.

Daí, o que se concluiu foi que é necessário haver originalidade para que uma obra seja protegida por direitos, considerando que sobre ideias em abstrato não há incidência de proteção legal. O sistema jurídico dos direitos autorais exige originalidade, porém tal conceito não envolve uma atividade totalmente inventiva ou um ineditismo ao ponto da obra protegida ser algo realmente novo.

A originalidade está na abordagem, está na forma como as ideias são exteriorizadas ou na forma como a pessoa autora expressa sua criação

intelectual. Ideias estas que, como visto acima, não estão protegidas legalmente, pois exige-se que haja um trabalho pessoal de desenvolvimento (a originalidade) transformando o que está em nível abstrato de ideia em nível concreto de criação intelectual. E sobre esta criação é que recairão os direitos autorais.

Por este ponto e por estas considerações, é possível concluir que no processo de orientação de trabalhos de conclusão de curso não há direitos reservados aos docentes orientadores. Isto porque, mesmo considerando haver entre orientadores e orientandos momentos de troca de ideias, de sugestões de abordagens, de indicações temáticas e de outras formas de enriquecimento da experiência de elaboração dos trabalhos científicos, quem expressa tudo isto, deslocando tudo do abstrato ao concreto, é o orientando ou orientanda, não docentes orientadores. Daí ser deles, orientandos, os direitos sobre a criação, já que lhes pertence a atividade inventiva propriamente dita.

Com isto, estão presentes premissas que indicam possível resposta para a questão sobre direitos dos orientadores sobre trabalhos dos orientandos. Do ponto de vista dos regimentos institucionais e da metodologia científica, o trabalho de orientação não envolve interferências criativas que justifiquem coautoria entre estes personagens. Do ponto de vista daquilo que a literatura dos direitos autorais estabelece como requisitos para proteção legal das criações intelectuais também não há como identificar direitos autorais de orientadores, pois o trabalho destes profissionais não envolve originalidade e inventividade expressas em concreto, com delineações pessoais, pois quem assim o faz, são os orientandos.

Resta saber se as diretrizes legais estabelecidas pelos direitos autorais podem prever algo sobre indicação de cotitularidade em hipóteses de colaboração.

E quanto a este ponto, o das diretrizes sobre titularidade e cotitularidade, ficou visto no ponto 4 deste trabalho que profissionais que orientam trabalhos científicos de conclusão de curso não devem ser indicados

como cotitulares dos trabalhos realizados pelas pessoas sob sua orientação, pois não fazem jus para receber tal crédito.

Legislação, doutrina e jurisprudência sobre direitos autorais não conseguiriam indicar com precisão quem é realmente que cria, ou criou, uma obra intelectual, pois isto envolve aspectos psíquicos e subjetividades que são indecifráveis pelos aspectos jurídico-normativos envolvidos. Daí que a lei de direitos autorais, por exemplo, informa que a titularidade da autoria deve ser atribuída a quem assim se apresentar como autor ou autora.

Mas, existem previsões de punições às pessoas que se apresentarem como autor, sem, de fato, serem. Em outros termos, os direitos autorais apelam para as questões éticas envolvidas para assegurar que titulares de direitos são quem realmente fez o esforço inventivo envolvido. Porém, como diretriz mais objetiva, as regras de direitos autorais afirmam que pessoas que auxiliam o desenvolvimento de trabalhos criativos não devem receber crédito de coautoria. O que se encaixa na situação em debate.

É certo que o trabalho de orientação não é banal e é sim imprescindível para o amadurecimento científico, pessoal e coletivo.

Mas, reunindo uma série de informações analisadas neste trabalho, este ofício deve ser interpretado como um acompanhamento, como um auxílio e não como uma real colaboração criativa. Sendo assim, também por este ponto, não é adequado atribuir direitos autorais aos orientadores, por trabalhos realizados por seus orientandos.

Considerando então o que cada ponto deste trabalho permitiu concluir, a consideração final a respeito da pergunta que serviu como provocação para desenvolvimento das pesquisas aqui apresentadas é a de que professores e professoras que realizam orientações de trabalhos de conclusão de curso não devem gozar de direitos autorais sobre as criações realizadas por seus orientandos, devendo tais direitos ser atribuídos exclusivamente às pessoas que realmente criaram e expressaram as criações.

Espera-se que esta pesquisa e as conclusões obtidas com este trabalho possam colaborar com questões envolvendo práticas em ambientes acadêmicos, sendo útil para colaborar com soluções para possíveis problemas tanto de natureza judicial quanto de natureza ética.

## Referências

- BRASIL, **Lei 9.610 de 19 de Fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 22 mar. 2022.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Notícias. **Quarta Turma não reconhece violação de direito autoral em título de novela da Globo, 2021**. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-05-18\\_08-50\\_Quarta-Turma-nao-reconhece-violacao-de-direito-autoral-em-titulo-de-novela-da-Globo.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-05-18_08-50_Quarta-Turma-nao-reconhece-violacao-de-direito-autoral-em-titulo-de-novela-da-Globo.aspx). Acesso em: 22 mar. 2022.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Notícias. **Rejeitado recurso de professora que acusava universidade de plagiar dissertação sobre vampiros, 2021**. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-03-16\\_09-21\\_Rejeitado-recurso-de-professora-que-acusava-universidade-de-plagiar-dissertacao-sobre-vampiros.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-03-16_09-21_Rejeitado-recurso-de-professora-que-acusava-universidade-de-plagiar-dissertacao-sobre-vampiros.aspx). Acesso em: 22 mar. 2022.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 1821587-SP**. Decisão Monocrática, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1239000371/agravo-em-recurso-especial-aresp-1821587-sp-2021-0010931-6/decisao-monocratica-1239000401>. Acesso em 22.03.2022
- BARBOSA, Denis Borges. **Quem é o dono da ideia?** Disponível em: <https://www.dba.com.br/wp-content/uploads/propriedade18.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.
- BARBUDA, Ciro de Lopes e. **Princípios do direito autoral**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2015.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.
- GERRING, John. **Pesquisa de estudo de caso: princípios e práticas**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2019.
- KROKOSZ, Marcelo. **Autoria e plágio: um guia para estudantes, professores, pesquisadores e editores**. São Paulo: ed. Atlas, 2012.
- LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. São Paulo: Ed. Atlas, 2019.
- NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. **Normas do trabalho de conclusão de curso na Faculdade de Letras**. Disponível em: <https://www.pucrs.br/humanidades/wp-content/uploads/sites/30/2017/01/tcc-normas-1.pdf> Acesso em: 22 mar. 2022.
- SANTOS, Manoel J. Pereira D. **Direito autoral**. Editora Saraiva, 2020.
- UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS. **Regimento Geral dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu e dos Cursos Lato Sensu**. Disponível em: <https://www.pg.unicamp.br/norma/3862/0>. Acesso em 22.03.2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Resolução normativa nº 95 de 2017**. Disponível em: <https://novaprg.paginas.ufsc.br/files/2010/07/Resolucao-Stricto-Sensu-95-CUn-2017-de-03-de-maio-de-2017.pdf>. Acesso em 22 mar. 2022.

Artigo recebido em: 16/12/2022.  
Aceito para publicação em: 05/01/2023.

# Arte *made in* China: reflexões sobre o direito da arte na China

*Art made in China: reflections on Art Law in China.*

Paulo Henrique Reis de Oliveira<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo busca analisar o Direito da Arte na China. Para tanto, conceitua-se a relação entre Direito e Arte, demonstrando como as áreas do conhecimento se inter-relacionam. Expõe-se o atual estágio do mercado de arte na China, bem como é apresentada uma construção histórica do direito aplicável naquele país, dedicando maior atenção às obras de artes plásticas em suporte material. A relação entre Direito e Arte é analisada na adoção pela China de tratados internacionais e pela sua aplicação no vilarejo de Daifen

**Palavras-chave:** Direito Chinês; Direito da Arte; Cultura Shanzhai

**Abstract:** This article seeks to analyze Art Law in China. Therefore, the relationship between Law and Art is conceptualized, demonstrating how the areas of knowledge are interrelated. The current stage of the art market in China is exposed, as well as a historical construction of the applicable law in that country, dedicating greater attention to works of plastic arts in material support. The relationship between Law and Art is analyzed in China's adoption of international treaties and their application in the village of Daifen.

**Keywords:** Chinese Law; Art Law; Shanzhai culture

## 1. Introdução

Grandes transformações marcam as primeiras décadas do novo milênio. A relação com o tempo é um dos sinais mais distintivos da atualidade: transformações pessoais, coletivas, regionais e até mesmo globais ocorrem de forma muito mais acelerada. A internet ao mesmo tempo que é fruto desse nova cronologia, também é um grande impulsionador.

Não só o modo de perceber o tempo mudou, como a percepção do espaço também, à medida que longas distâncias passaram a ser vencidas em menos

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Marítimo e Portuário. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista. Coordenador Editorial do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Email: [oliveira.phro@gmail.com](mailto:oliveira.phro@gmail.com). Orcid <https://orcid.org/0000-0002-4105-5580>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7661946643483937>.



tempo, ou até mesmo instantaneamente. Nesse contexto, o intercâmbio cultural é mais ativo, mais pessoas tem acesso a outros costumes, desejos, modos e práticas. Se outrora para conhecer outro país era necessário viajar ou recorrer aos livros, hoje é possível acompanhar em tempo real desde as notícias mais relevantes para a sociedade internacional como os atos cotidianos mais triviais.

Nesse contexto, os ideais de estilo e consumo de arte em sentido amplo, compreendendo as artes plásticas, a música, o cinema e a moda, se universalizam. A apreciação estética caminha para uma unidade universalizante, principalmente quando tratamos de artigos de luxo.

Todavia, de que modo essas novas percepções e transformações relacionam-se com o tema ora proposto? A China é um grande exemplo dessas transformações, seja em velocidade, abrangência ou intensidade. Não que tenha mudado por completo, abandonado suas características mais intrínsecas ou feito um processo de modificação extremamente planejado, entretanto, é cada vez mais comum que os objetos de desejo da China sejam os mesmos do mundo ocidental.

Kissinger (2010), uma década atrás, já apontava a complexidade em compreender, ou tentar, a ascensão da China no cenário mundial. Pode-se inclusive afirmar que a China contribuiu mais com as transformações do mundo do que com a sua própria.

A produção industrial na China é um dos pilares da sociedade de consumo. A relação do homem com os bens de consumo modificou-se: antes o melhor produto era o que duraria por muito tempo, hoje vive-se a era da obsolescência programada, para que a cada curto prazo de tempo surja um novo produto, mais admirável e funcional, ou apenas com design diferente.

Com a elevada circulação de informações, os objetos de desejo deixaram de ser um de um país ou de uma região para serem mundialmente desejados, demandando produções em larga escala. E mesmo aqueles que não podem pagar por esses objetos, não deixam de desejar-los, surgindo um enorme

público consumidor de produtos similares ou paralelos que ao menos em parte supram o desejo de consumo, e a China conhece bem esse mercado.

Ao mesmo passo que a China conhece bem diversos mercados, poucos efetivamente conhecem a China. A grande potência do Oriente ainda é vista de maneira muito caricata, com pouca compreensão de sua cultura. O mundo conhece as fábricas, mas não o universo que lá as cerca. A pandemia do COVID-19 deixou ainda mais latente os preconceitos culturais em face da China: dos costumes à alimentação, pouco se conhece efetivamente.

Em parte, isso é resultado de uma disputa mercadológica com países com maior difusão cultural. Muitos compram a perspectiva de uma nação como uma verdade. É com objetivo que melhor conhecer ao menos alguns aspectos da China que se introduz esse trabalho, cuja metodologia é dedutiva, fundada na revisão bibliográfica, legislativa e análise de dados.

A escolha se justifica pelo fato de que embora o mercado da arte seja extremamente relevante para economia mundial, ainda recebe pouca atenção jurídica. O chamado Direito da Arte, cuja definição apresentar-se-á oportunamente, ainda recebe atenção desproporcional com os valores movimentados pelo mercado.

Contexto no qual o cenário chinês se torna ainda mais desconhecido; em um cenário no qual a indústria chinesa é apontada como copista, qual a proteção dada às obras de arte? A amplitude do questionamento exige um recorte: ocupar-se-á dos contornos acerca do mercado de obras de arte, notadamente artes plásticas em suporte material, com vistas a sua proteção jurídica e comercialização internacional.

## 2. Direito e Arte

Há quem acredite que a relação entre Direito e Arte não supera uma especificidade de um contrato típico, seja de compra e venda de uma obra de arte ou uma encomenda, entre outros. É como se a Arte fosse meramente um

dos produtos que circula sob a égide da legislação aplicável ou pela simples liberdade contratual. Todavia, para melhor compreensão da relação entre Direito e Arte é preciso visitar o passado.

A mercantilização da Arte e sua inserção no mercado de investimentos de maneira tão intensa é um advento recente ao se analisar a História da Arte, contemporânea a existência humana. Apenas no ano de 2021, o mercado de artes movimentou US\$ 65,1 bilhões, conforme dados do The Art Market 2022<sup>2</sup>. Apenas na China, o crescimento foi de 35% comparando com 2020.

Não que a venda de obras de arte seja uma novidade, mas a intensidade, os valores, o número de agentes dedicados a esse mercado é cada vez maior, o que faz com que muitos acreditem que a relação do Direito com a Arte decorre do seu valor pecuniário, mas existe uma relação muito mais profunda e antiga, como aponta Franca Filho (2011, p. 21 e ss.).

Mascaro (2015, p. 17) explica que das mesmas estruturas sociais advêm a forma jurídica e a forma pela qual a arte é tomada historicamente. O Direito também define a arte, mesmo que a opção seja por uma definição ampla, pois é por meio dessa definição que a arte se torna objeto de proteção jurídica, independente de sua comercialização.

Entretanto, o Direito não só dá proteção e suporte à Arte, como também a limita e censura por diversas vezes: a existência de legislações que censuram o trabalho do artista ou induzem a produção de arte para favorecimento do regime de poder não é episódio isolado.

De maneira menos evidente, ainda a opressão que determinados movimentos artísticos sofrem pela falta de compreensão jurídica de que sejam efetivamente arte, o que muitas vezes transforma um ato artístico em uma conduta ilegal, ao mesmo passo que outros movimentos se devolvem livremente.

Nesse cenário, elucidativas são as palavras de Oliveira (2017, p. 91):

---

<sup>2</sup> Disponível em: <https://d2u3kfwd92fzu7.cloudfront.net/Art%20Market%202022.pdf> Acesso em 2 de janeiro de 2023.

Ambas [direito e arte] são manifestações humanas. Uma, do mundo do ser; outro, do dever-ser. Mas, conectam-se por serem extroversões do ser humano. Ambos lidam com símbolos. Ambos convergem para a sociedade. Uma é expressão livre do artista. Outra, explicitação da ação do Estado. Um (o direito) pode interferir na outra (arte). A arte pode agredir ou submeter-se ao direito. Depende do sistema político vigente. O dirigente precisa do artista (para exaltá-lo ideologicamente). O artista, no mais das vezes, precisa do político (para apoiá-lo e divulgar sua obra).

Essa relação entre Direito e Arte ainda tem contornos diversos a depender do ponto de vista da análise: o Direito na Arte, perspectiva que se ocupa como o Direito é representado na Arte; o Direito como Arte, ou seja, o sistema jurídico como uma narrativa e finalmente o Direito da Arte, ocupando-se das normas que tem a Arte, o artista e seus correlatos como objetos e sujeitos (FARIA SILVA *et al.*, 2020).

Mascaro (2015, p. 22) compreende que o Direito da Arte ocupa-se de quatro situações jurídicas: i) a produção da arte; ii) a propriedade da arte; iii) circulação da arte; e iv) regulação da arte.

Portanto, evidente a amplitude da relação entre Direito e Arte, cumpre delimitar o recorte que sustenta esse trabalho. Ocupa-se aqui de compreender como o Direito Chinês regula a produção e comercialização de obras de arte.

Importante destacar que não há um Direito Internacional Uniforme ou Uniformizado, seguindo a diferenciação de Dolinger e Tiburcio (2017), acerca do Direito da Arte. Inobstante diversos esforços internacionais na perspectiva da harmonização, a disciplina do Direito da Arte ainda está intimamente ligada aos ordenamentos domésticos, justificando os estudos direcionados a legislação de determinado país.

### 3. O Direito da Arte na China

Embora esse trabalho dedique-se fundamentalmente às artes plásticas em suporte físico, é fundamental indicar que a China é o segundo país com maior número de patrimônios mundiais, os quais somam 56, na forma da

Convenção do Patrimônio Mundial de 1972, da qual o país é signatário desde 1985<sup>3</sup> e engloba patrimônios culturais e naturais.

Dos 56 patrimônios reconhecidos pela UNESCO<sup>4</sup>, 38 são culturais, 14 são naturais e 4 são mistos, tornando ainda mais evidente a riqueza cultural e sua exteriorização, algo por vezes desconhecido.

Entretanto, a arte não se manifestou somente em grandes empreitadas: há quem aponte a arte chinesa como a corrente mais antiga, somando mais de três mil anos de história cuja conservação e evolução está intimamente ligada ao Estado.

Ao longo dos anos, os mais diversos imperadores apoiaram a produção de uma arte que exaltasse o país e suas características. Desenvolveu-se principalmente a caligrafia e a cerâmica em um cenário no qual o conteúdo da produção artística de certa forma sempre esteve limitado aos interesses do Estado, de forma que a arte não poderia insultar a organização, a cultura e os costumes.

A relação da Arte com o Estado é tão tênue que os movimentos são geralmente classificados pela dinastia em que foram produzidos, característica não comumente verificada na historicidade da arte em outros países.

É esse patrimônio cultural móvel, suscetível de apropriação, que atraiu os olhares do mundo à arte chinesa é tema bastante controverso no Direito Internacional. A Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transportação e Transferência de Propriedade Ilícitas de Bens Culturais é o principal esforço da comunidade internacional para garantia de manutenção de identidades culturais.

---

<sup>3</sup> Dados disponíveis em <https://whc.unesco.org/en/statesparties/>. Acesso em 15 de dezembro de 2022.

<sup>4</sup> Dados disponíveis em <https://whc.unesco.org/en/statesparties/cn>. Acesso em 18 de dezembro de 2022.

A Convenção define bens culturais no seu artigo 1º, cuja redação em português, na forma do Decreto 72.312 é a seguinte:

Para os fins da presente Convenção, a expressão “bens culturais” significa quaisquer bens que, por motivos religiosos ou profanos, tenham sido expressamente designados por cada Estado como de importância para a arqueologia, a pré-história, a história, a literatura, a arte ou a ciência.

A China é parte da referida Convenção desde 1989<sup>5</sup>, cuja principal controvérsia reside na exclusão de bens culturais do Comércio Internacional, portanto, da Convenção decorre a impossibilidade de sua comercialização, como aponta Lixinski (2015, p. 22):

A lógica estritamente preservacionista de objetos de arte e patrimônio cultural, em outras palavras, exclui atores econômicos e acaba forçando uma solução que é, na prática, muito mais desvantajosa do que um mercado legítimo poderia ser,

Nesse sentido, ao mesmo passo que se reconhece a importância da preservação do bem cultural móvel<sup>6</sup>, é inegável que há um grande mercado não regulado que dele se beneficia. Entretanto, pela própria ilegalidade desse mercado, é difícil mensurá-lo e analisá-lo com propriedade.

Tratando de mercado, a China é uma gigante no mercado da arte, experimentando um crescimento superior a 30% no último ano. O *The Art Market 2022* aponta a China como segundo maior mercado de arte do mundo, respondendo por 20% dos valores comercializados a nível mundial, embora as disputas comerciais com os Estados Unidos da América tenham afetado o crescimento do mercado de arte chinês. Nas vendas realizadas por leilão, a China é o maior mercado, respondendo por 33%.

Ainda segundo o *The Art Market 2022*, mais da metade das vendas de arte na China são realizadas internamente. Mais do que um país muito

---

<sup>5</sup> Dados disponíveis em: <https://pax.unesco.org/la/convention.asp?KO=13039&language=e>. Acesso em 18 de dezembro de 2022.

<sup>6</sup> Embora não seja objeto direto dessa pesquisa e nos limites dessa pesquisa não foram localizados dados concretos sobre a maneira com a qual a China conserva seu patrimônio cultural móvel, é inegável que nem todos Estados aplicam esforços e investimentos de maneira adequada para conservação, o que faz com que alguns objetos estejam mais vulneráveis ao tempo e a imprevistos do que aqueles que são parte de coleções privadas.

interessado em arte, chineses veem em obras de arte uma forma de investimento seguro, uma vez que as restrições econômicas para manutenção de moeda em espécie, e especialmente sua retirada do país ainda são bem severas. Desse modo, assim como em diversas partes do mundo, cresce o número de chineses que optam por investir em obras de arte.

Embora grande parte das vendas sejam de objetos de decoração e antiguidade, o país em que o mercado de arte contemporânea mais cresce é a China, bem como a nação é a primeira no mercado de arte moderna mundialmente, mas curiosamente a China não recebe mais que 6% das feiras de arte<sup>7</sup>.

Os números elevados trazem um questionamento: quem são e qual a proteção que os artistas que produzem ou vendem para China recebem? Os produtos manufaturados chineses são mundialmente referenciados como cópias ou pirataria, mesmo que isso não tenha fundamento jurídico em alguns casos, mas inevitavelmente atribuiu uma carga negativa à forma com a qual a China lida com a proteção autoral.

No campo da proteção do Direito Autoral, o principal tratado internacional é a Convenção de Berna relativa à proteção de obras literárias e artísticas de 1886, da qual a China faz parte desde 1992. Para melhor compreensão do direito autoral na China é preciso uma perspectiva histórica.

Antes de 1949, ano em que foi proclamada a República Popular da China, havia no país uma série de legislações acerca do Direito de Autor, todavia, até aquele momento o país não tinha relevância global industrial ou na compra e venda de bens culturais e artísticos. Com a ascensão do Partido Comunista e o desejo de reestruturação da sociedade chinesa com a efetivação dos valores marxistas, a legislação sobre direito autoral até então existente tornou-se incompatível, pois a ideia de coletivização da propriedade passou a ser a defendida pelo Estado (SGAMBATI, 1992).

---

<sup>7</sup> Todos os dados são retirados de *The Art Market 2022* e do *The Art Market 2021*.

Desse modo, incompatível a legislação que garante ao indivíduo autor direitos patrimoniais e morais sobre a obra. Todavia, em 1950 foram editados regulamentos que previam necessidade de consentimento prévio para reprodução, proibiam o plágio, bem como garantiam a integralidade da obra, todavia, faltava instrumentos de coerção que garantissem sua eficácia (SGAMBATI, 1992).

A situação dos direitos autorais foi ainda mais severa durante a Revolução Cultural (1966-1976), período no qual qualquer espécie de direito autoral foi eliminada e dissidentes foram inclusive exilados. Já no último período da Revolução, em 1972 foi instituído o dever de citar o autor original, mas não havia obrigação de pagamento pela reprodução.

O ressurgimento de direitos autorais patrimoniais data de 1977, quando os autores passaram a ter direitos de royalties bem limitados.

Na década de 1980, visando o crescimento industrial, surgiram leis acerca do direito de marca e das patentes, mas nada sobre os direitos autorais, aqueles propriamente aplicáveis à arte. Todavia, aponta Sgambati (1992) que essa era uma decisão consciente, pois a China acreditava que os direitos autorais poderiam constituir barreiras educacionais, outrossim, a existência dessa proteção levaria a expectativa de que China ratificasse naquele momento a Convenção de Berna, comprometendo-se a nível internacional.

Na República Popular da China apenas em 1982 surgiria a primeira lei propriamente ligada ao direito autoral, a qual buscava impedir a reprodução ilegal de gravações de vídeo e áudio. Em 1986 seria promulgado o Código Civil com disposições relativas ao direito de autor, todavia, essas não eram aplicáveis a estrangeiros ou obras produzidas fora do país, o que ainda representava um distanciamento do panorama mundial à época.

No ano de 1991 viria a ser editada a primeira lei de direitos autorais da República Popular da China, a qual era incompatível com a Convenção de Berna e recebeu duras críticas dos Estados Unidos da América, país que naquele momento já reclamava das lesões aos direitos autorais estadunidenses



pela China. A principal crítica ao texto de 1991 é que ele continuava a excluir obras de estrangeiros e as produzidas no exterior, determinando que deveriam ser submetidas ao regime de tratados bilaterais ou internacionais.

Apenas em 1992, ano em que a China ratificou a Convenção de Berna, inclusive determinando a aplicação direta de suas normas, é que o país passou a estar em consonância com a maior parte dos membros da sociedade internacional, todavia, a efetividade da Convenção depende também de uma interpretação cultural acerca da integralidade de obras, como será tratado no próximo tópico.

Destaca-se que é na lei de Direitos Autorais de 1991 que está estipulado que a cessão ou transferência dos originais não implica em transferência dos direitos de autor<sup>8</sup>. Ainda, a referida lei garante ao autor o direito de exibição, o qual só pode ser recusado pelo proprietário da obra de maneira justificada, entretanto Lin (s/d) aponta a dificuldade no exercício desse direito, uma vez que a lei não explicita como exercê-lo.

Outro ponto bem peculiar é que o autor da obra pode se opor à exibição pública desse por aquele que a adquiriu, sendo o mais relevante precedente nesse sentido o caso Huang Ming contra Associação de Artistas Chineses<sup>9</sup>.

Ao passo que a lei se desenvolveu primordialmente na década de 1990, o mercado de arte surgiu ainda no fim da década de 1970, quando um interesse crescente de estrangeiros, principalmente japoneses, desenhou o que hoje é o segundo maior mercado de arte no mundo. A percepção de preços também era bem complexa até 1989, pois antes disso os leilões eram proibidos pelo Governo. Desse modo, as obras eram geralmente precificadas pelo tamanho.

---

<sup>8</sup> Lei de Direitos Autorais da República Popular da China, art. 8.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://www.chinalawinsight.com/2012/11/articles/dispute-resolution/protecting-of-works-of-applied-art-under-chinese-judicial-practice/>. Acesso em 18 de dezembro de 2022.

Em relação aos bens culturais, para que esses possam ser leiloados é necessária autorização do departamento de administração de bens culturais. Entretanto, parece que essa afirmação destoa do dito outrora, quando se afirmou que bens culturais devem ser estar fora do Comércio Internacional. Nesse sentido, o comércio desses bens é realizado pelo Estado, por meio de leiloeiros estatais e com autorização do departamento de bens culturais que pode estabelecer limitações como a proibição de exportação e ao obrigação de exibição ao público. As regras que permitem que um bem cultural seja leiloado aparentam não ser objetivas, mas estão ligadas principalmente a quantidade de objetos similares<sup>10</sup>.

O mercado crescente demandou respostas jurídicas que em parte foram oferecidas em 2004 pelas Medidas para Administração de Negócios de Belas Artes, lei cujo artigo primeiro determina que a norma tem como objetivo garantir direitos das partes e o desenvolvimento da atividade.

Na definição legal Belas Artes são obras de caligrafia, serigrafia, recortes de sinetes, pinturas chinesas, pinturas a óleo, aquarela, pastéis, esboços, pinturas murais, pinturas de laca, pinturas antigas, esculturas, trabalhos fotográficos artísticos, entre outros, as quais pode sem submetidas aos seguintes negócios: compra e venda, concursos, exposições e encomenda. A lei de Belas Artes submete os leilões de artes ao departamento de administração cultural.

Assim como em diversos países, a legislação chinesa sofre críticas por estar ainda intimamente ligada ao suporte material para as obras de arte, o que vem sendo superado nos últimos anos. O principal expoente do Direito da Arte na China foi Wu Zuoren, homenageado pela Fundação de Belas Artes que leva seu nome, atualmente a Fundação é o principal centro de estudos sobre os direitos de autor e tem reclamado pela melhoria legislativa e

---

<sup>10</sup> Disponível em: <https://www.chinalawinsight.com/2012/11/articles/dispute-resolution/protecting-of-works-of-applied-art-under-chinese-judicial-practice/>. Acesso em 18 de dezembro de 2022.

efetividade dos direitos já previstos. O principal estudioso vivo é o Professor ZhouLin<sup>11</sup>.

Expostos em linhas gerais os contornos do direito de autor, cumpre destacar a complexidade das normas aplicáveis a importação e exportação de obras de arte, mas para isso é preciso compreender a relação entre Direito e Arte pela perspectiva da limitação.

Ainda nos dias de hoje, impera na China uma série de restrições à liberdade artística, as quais estão refletidas no Regulamento Provisório para Importação e Exportação de Artes, em vigor desde agosto de 2009. O regulamento proíbe que sejam exportadas ou importadas obras que atentem contra integridade nacional, soberania, integridade territorial, conforme seu artigo 5º. Ainda há limitações sobre interpretações acerca do Tibete e de Taiwan, bem como as obras não podem incentivar a desobediência, desafiar políticas estatais acerca das minorias, terem conteúdo místico, mal interpretar ou distorcer a história da China, dentre outras limitações expostas no mesmo artigo (POTTER, 2011).

Potter (2011) expõe que essa legislação permite que o Estado e o Partido sejam os árbitros finais de toda e qualquer arte, visto que o rol de proibições é extenso e subjetivo, permitindo que qualquer obra seja censurada, na ausência de critérios objetivos. O autor coloca que essa regulação expõe duas perspectivas da mesma China sobre a arte: ao mesmo tempo que o governo tem ampliado a proteção aos bens culturais, bem como tem os adquirido em leilões ao redor do mundo buscando sua recuperação, toda a arte que não se enquadra nesse sentido vive uma limitação, pois nunca se sabe se será censurada em alguma de suas possíveis interpretações.

---

<sup>11</sup> Inclusive ao Professor ZhouLin foi dedicado um volume da revista científica China IntellectualProperty. Disponível em: <http://www.chinaipmagazine.com/en/journal-show.asp?id=759>. Acesso em 11 de dezembro de 2022.

A regulação acerca da Exportação e Importação obriga que o relatório de obras e sua origem sejam submetidas ao departamento cultural para análise e aprovação com antecedência mínima de 45 dias.

Escritórios ao redor do mundo tem se especializado em Direito Chinês da Arte para atender as demandas e necessidades desse mercado crescente, pois mesmo com as dificuldades impostas às operações internacionais o mercado chinês se destaca como importante fornecedor e comprador de obras de arte, seja para exibição, formação de coleções particulares ou ainda investimentos de longo prazo. É cada vez mais comuns que empresários chineses que obtém lucro com suas empresas em outros países optem por investir em obras de arte, as quais muitas vezes mantem em cofres de bancos, para investir o dinheiro obtido, visto os entraves para enviar esse dinheiro à República Popular da China.

Entretanto, é no coração desse mercado que acontece uma das maiores evidências das contradições do exercício do Direito da Arte na China.

#### 4. A Cultura Shanzai

A China é consciente de que o mundo a considera um eficaz produtor de falsificações. *Made in China* para muitos é sinônimo de produtos de baixa qualidade, durabilidade precária e de marcas paralelas. A expressão pejorativa *XingLing* é usada para produtos chineses e tem uma carga negativa acerca de sua qualidade.

Para modificar essa percepção a China se inseriu na Organização Mundial do Comércio, ratificou Convenções e promulgou leis, entretanto, algumas questões não foram efetivamente combatidas, mas sim reinterpretadas no que tange aos direitos de propriedade intelectual. Aqui optamos por direitos de propriedade intelectual, gênero do qual direitos de autor são espécie para demonstrar como sua ascensão jurídica internacional dependeu do surgimento de grandes conglomerados industriais da cultura.

Embora a Convenção de Berna seja anterior a isso, a preocupação dos países acerca dos direitos de propriedade intelectual, notadamente os de autor, cresceu consideravelmente a medida que a arte e a criatividade se tornaram produtos de exploração empresarial por grandes empresas.

Para os Estados em geral, foi mais preocupante quando a Disney passou a ser copiada do que Picasso. Embora o autor enquanto indivíduo seja o sujeito por excelência da proteção de direitos autorais, foi apenas com a exploração comercial que esses direitos passaram a ter uma maior exigência acerca de sua efetividade, em outras palavras, a Indústria da Cultura mobilizou esforços no combate à pirataria.

Como dito, a China buscou normas e assinou Convenções para se adequar ao cenário mundial na proteção da propriedade intelectual, todavia, não necessariamente a carga axiológica acompanhou essa importação de normas e institutos. Conceitos como original e falso, copiado e falsificado, inspirado e copiado são em grande parte axiológicos. Não se verifica um conceito propriamente objetivo, mas em verdade noções contaminadas por valores e pela própria capacidade de conceber algo como sujeito a apropriação. Evidenciou-se que a proteção ao direito de autor na China é muito recente. Ainda vivem pessoas que cresceram sob um sistema jurídico no qual os bens, mesmo os autorais, eram de propriedade coletiva.

A própria diferenciação entre plágio e inspiração nas artes plásticas é muito tênue. Sem contar que por vezes pessoas que sequer se conheceram ou viram uma a obra da outra produzem arte muito similar.

Essas interpretações dependem de uma carga valorativa e cultural, estão intimamente ligadas ao conceito social de indivíduo e coletivo. Nesse sentido, Vann (2005, p. 286-296) afirma que a identidade entre autêntico e original é uma preocupação Europeia e Americana. Não se verifica nos valores de outros continentes que não a Europa e a América a ideia de que apenas é autêntico aquilo que é inteiramente original.

A percepção chinesa acerca do tema é traduzida na expressão *shanzhai*. O termo popularizou-se depois de 2008, mesmo ano em que foi a palavra mais procurada em buscadores online na China. Ingressou no dicionário em 2012 (CHOW; DE KLOET, 2017).

No cantonês clássico, *shanzhai* significa vilarejo fortificado, fortaleza de proteção na montanha. A literatura chinesa evoluiu o termo para um sentido de reapropriação de autoridade econômica e cultural para fins locais. Nesse contexto, emerge a cultura *shanzhai* concebida como uma afronta ao capitalismo, uma rebeldia produtiva que mescla orgulho nacional e falsificação, num ato típico de Robin Hood, como afirma o blogueiro John Biggs.

Desse modo, através da cultura *shanzhai* aquilo que seria falsificação adquire um outro tônus, com um valor positivo, quase que moral, à medida que a cópia representa não só a capacidade em copiar, mas também um meio de conceder acesso à determinados produtos.

A cultura *shanzhai* não está presente apenas na produção industrial, mas também nas artes plásticas, sendo a vilarejo de Dafen sua expressão máxima. Uma pequena vila que se tornou uma verdadeira capital da arte, cercada de desejos e incongruências típicas da modernidade. Dafen é uma região especializada na venda de obras de arte, destacando-se as produzidas por encomenda. Todavia, seu destaque não está em obras originais na mais tradicional no termo, e sim na reprodução de obras clássicas. Hoje a região acumula aproximadamente oito mil artistas e é lugar de produção de 60% das pinturas à óleo de todo o mundo (CHOW; DE KLOET, 2017).

A dinâmica é bem simples: o comprador leva uma outra obra, ou indica um clássico e esse será manualmente reproduzido em dias ou até mesmo minutos. É possível trocar a expressão de um rosto, a cor de um fundo, inserir elementos, ou seja, tudo aquilo que atenta contra a integralidade da obra de arte.

Num esquema de trabalho que vai além do exposto por Walter Benjamin em “A obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica” lá existem artistas especializados em determinadas técnicas, elementos e tons, fazendo com que uma obra seja reproduzida na mesma tela por diversos artistas, tudo para se aproximar perfeitamente do desejo do comprador.

De um olhar desvinculado da cultura *shanzhai*, a produção parece ilegal, uma vez que a lei chinesa de Direitos Autorais penaliza a falsificação da assinatura em seu artigo 47 ao mesmo passo que o Código Penal Chinês em seu artigo 217, estipula que qualquer pessoa que, com o objetivo de obter lucros, produzir ou vender obra de artes plásticas em que a assinatura de um artista seja falsificada pode ser punido com pena de prisão de três a sete anos mais multa.

É nesse ponto que destaca-se a interpretação mais favorável a norma na perspectiva dos pintores de Dafen: ali nenhuma obra é vendida com intuito de enganar alguém ou com assinaturas falsificadas. Não podem ser penalizados por aquilo que não prometeram.

A cultura *shanzhai* tem importante papel na perspectiva dessa arte: há um esforço para que ela não seja definida como *Made in China* – feita na China, mas *Created in China* – criada na China (KEANE, 2013). Há um trabalho inclusive estatal para que Dafen deixe de ser um centro de cópias para que se fortaleça como um centro de criação, mas ninguém buscou definir o quão inéditas devem ser essas criações.

Os artistas estão cada vez mais imprimindo seus estilo nas reproduções, e uma série de entrevistas com alguns deles realizadas (CHOW; DE KLOET, 2017) aponta o desejo crescente de produzir apenas conteúdo original, mas é comum que vários deles afirmem que com sua própria criação não seriam capazes de se sustentar, o que as cópias de Dafen permitem. Outros vários apontam que respondem a uma demanda de mercado e que precisam que sua arte seja comercializável para que se sustentem, mesmo que sua arte seja copiar, ou se inspirar fortemente, na arte de outro.

A capacidade de reprodução e a desvinculação do exemplar original é tamanha que a maior parte das galerias de Dafen oferece garantia integral de transporte, permitindo que em caso de danos a obra seja substituída. Efetiva-se uma perspectiva de arte substituível e reproduzível a qualquer tempo. É como se o dever-ser da legislação aplicável na China não chegasse em Dafen, protegida pela barreira virtual da cultura *shanzhai*.

## 5. Conclusões

As contradições de Dafen expressam algumas das complexidades da arte reprodutível. Em todo mundo, casas são adornadas com reproduções impressas de obras de arte, enquanto as de Dafen são manualmente realizadas. Do ponto de vista do direito, qual violaria mais os direitos do autor? Do ponto de vista da arte, qual é mais artística, se essa gradação de alguma maneira for possível?

Esses questionamentos são complexos, e qualquer resposta será valorativa. Direito e Arte não bastam para sua própria interpretação, assim como não são plenamente capazes de interpretar um ao outro. A compreensão atinge a filosofia, ciência na qual os valores deverão ser buscados e reinterpretados. Talvez jamais deixarão de ser conflitantes.

A dificuldade de compreensão se amplia quando qualquer assunto envolve a China. Seja pela barreira linguística que dificulta o contato direto com produtos culturais e intelectuais ou a distância geográfica, a China e sua cultura são duramente falseados.

A compreensão de empresas e investidores chineses, bem como a aproximação de nacionais permite perceber que a maior falsificação não vem da China, mas é sobre a China. A incapacidade de compreender culturas distantes leva a afirmações falsas, polêmicas e até mesmo preconceituosas.

É nesse cenário que a Arte tem um papel fundamental: a busca pela arte chinesa nas suas mais diferentes formas de manifestação cria uma



aproximação essencial. Poucas produções dizem tanto sobre um povo do que sua arte, manifestação máxima de sua cultura.

O papel da China no cenário internacional é cada vez maior, compreendê-la ao menos em partes é essencial para juristas e artistas. Analisar o Direito Comparado como arte, buscando suas belezas, cores, tons e sombras aprimora o olhar, permitindo um compreensão desvinculada dos valores domésticos.

Assim como uma tela, a China está sujeita a diversas análises, cabe na medida do possível buscar aquela que garanta e efetive direitos fundamentais, tais como o acesso à cultura, proteção à propriedade intelectual, a autodeterminação dos povos, a liberdade e o desenvolvimento humano.

A proteção internacional da arte ainda é tema em franca evolução, todavia, a efetividade dessa evolução depende da maneira com a qual as normas e princípios realmente reflitam princípios universais, ou ao menos de ampla aceitação, e isso não se faz sem a compreensão de diversos sistemas culturais e jurídicos.

Por fim, muito mais do que um trabalho fechado, esse artigo busca ser uma obra aberta, um convite à pintura de um cenário cada vez mais favorável, no qual artistas recebam o devido reconhecimento, as obras a devida proteção e a cultura e a arte sejam efetivamente acessíveis.

## Referências

CHINA. **Lei de Direitos Autorais da República Popular da China**. 1990 (amended in 2010). Disponível em: <https://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6062>. Acesso em: 12 de dezembro de 2022

CHOW, Yiu Fai; DE KLOET, Jeroen. Shanzai Culture, Dafen Art, and Copyrights. In: **Routledge Handbook of East Asian Popular Culture**. Abingdon: Routledge, 2017.

CHOW, Yiu Fai; DE KLOET, Jeroen. Shanzai Culture, Dafen Art, and Copyrights. In: **Routledge Handbook of East Asian Popular Culture**. Abingdon: Routledge, 2017.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FARIA SILVA; GEDIEL; TRAUZYNSKI apud BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. *Semiótica, Direito & Arte*. São Paulo: Almedina, 2020.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscana. *A Cegueira da Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

KEANE, Michael. *Creative Industries in China: Art, Design and Media*. Cambridge: Polity, 2013.

LIN, Zhou. *Art Law in China*. Disponível em: <http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=61>. Acesso em 17 de dezembro de 2022.

LIXINSKI, Lucas. Direito Internacional da Arte e do Patrimônio Cultural: Estratégias de Exclusão e de Inclusão. In: MAMEDE et al (Org.). *Direito da Arte*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MASCARO, Alysson. Leandro. Sobre Direito e Arte. In: MAMEDE et al (Org.). *Direito da Arte*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Direito e Arte*. São Paulo: Malheiros, 2017.

POTTER, Pitman. People's Republic of China Provisional Regulations on Art Import and Export Administration. *International Journal of Cultural Property*, v. 18, n. 1, pp. 131-137, Feb 2011.

SGAMBATI, Stephanie L.. China's Accession to the Berne Convention: Bandaging the Wounds of Intellectual Property Piracy in China. *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*. Volume 3, Número 1, 139, 1992. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=iplj>. Acesso em 12 de dezembro de 2022.

VANN, Elizabeth F. The limits of Authenticity in Vietnamese Consumer Markets. *American Anthropologist*, volume 108, Número 2, pág 286-296, Jun 2006.

Artigo recebido em: 11/01/2023

Aceito para publicação em: 26/05/2023

# Trabalho decente e redução das desigualdades: apontamentos teóricos quanto aos Objetivos 8 e 10 da Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável

## *Decent work and reducing inequalities: theoretical notes on Sustainable Development Goals 8 and 10 of the United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development*

Paulo Klein Junior<sup>1</sup>  
Luiz Geraldo do Carmo Gomes<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo pretende explicar a inter-relação dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) 8 e 10 da Agenda 2020 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável com aparatos teóricos interconectados ao trabalho decente e à redução das desigualdades abordados por Van Parijs e Vanderborght, Seyla Benhabib e Martha Nussbaum (renda básica, capacidades e “direitos dos outros”). Isto é, como estas teorias contribuem na perspectiva da redução das desigualdades, mote da Agenda. Para tanto, se estudará acerca da ruptura do projeto filosófico da modernidade, o advento da sustentabilidade multidimensional, os ODS 8 e 10 e os aparatos teóricos interconectados ao trabalho decente e à redução das desigualdades. Como resultados, entende-se que malgrado a crise do projeto filosófico da modernidade, o Estado ainda é um ator importante na implementação de políticas para promoção de igualdade e redução da pobreza, e que instituições sólidas e justas, que garantam os direitos e não discriminem nacionais e não nacionais são pilares de novo paradigma que coloque em prática os ODS 8 e 10, promovendo trabalho decente aliado ao crescimento econômico.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC), na área de concentração Direito Internacional e Sustentabilidade. Mestre em Direito (Unochapecó, 2019). Especialista em Direito Público e Privado: Material e Processual (UNOESC, 2017). Bacharel em Direito (UNOESC, 2015). Membro do GP-CNPQ Relações Internacionais, Direito e Poder (Unochapecó).

<sup>2</sup> Pós Doutor em Ciência Jurídica pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Postdoctoral researcher pela School of Law da University of Limerick (Irlanda). Doutor em Função Social do Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Professor de Pesquisa e metodologia para o Direitos Humanos, Bioética e Biodireito, Direito Constitucional, Direito Personalidade e Direito das Famílias e Sucessões. Professor visitante na School of Law da University of Limerick - Irlanda, onde coordena o intercâmbio em Human Rights and Justice (Law Winter School) e a Conferência "Gender-based Violence". Professor na UniCV - Centro Universitário Cidade Verde e UniFatecie - Centro Universitário Fatecie.

**Palavras-chave:** Agenda 2030; ODS 8 e 10; Desigualdade; Trabalho Decente; Desenvolvimento Sustentável.

**Abstract:** This article aims to explain the interrelationship of sustainable development goals (SDGs) 8 and 10 of the United Nations 2020 Agenda for Sustainable Development with theoretical apparatuses interconnected with decent work and the reduction of inequalities addressed by Van Parijs e Vanderborght, Seyla Benhabib e Martha Nussbaum (basic income, capabilities and "rights of others"). That is, how these theories contribute in the perspective of reducing inequalities, motto of the Agenda. Therefore, it will be studied about the rupture of the philosophical project of modernity, the advent of multidimensional sustainability, SDGs 8 and 10 and the theoretical apparatuses interconnected to decent work and the reduction of inequalities. As a result, it is understood that despite the crisis of the philosophical project of modernity, the State is still an important actor in the implementation of policies to promote equality and reduce poverty, and that solid and fair institutions that guarantee rights and do not discriminate national and non-national are pillars of a new paradigm that puts SDGs 8 and 10 into practice, promoting decent work allied to economic growth.

**Keywords:** Agenda 2030; SDGs 8 and 10; Inequality; Decent Work; Sustainable development.

## 1. Introdução

O objetivo deste texto é apresentar a inter-relação dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) 8 e 10 da Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável com aparatos teóricos interconectados ao trabalho decente e à redução das desigualdades – renda básica, capacidades e os “direitos dos outros”<sup>3</sup>, particularmente elaborados por Van Parijs e Vanderborght (2017), Seyla Benhabib (2004) e Martha Nussbaum (1997; 2006). Isto é, como essas teorias contribuem na perspectiva da redução das desigualdades, mote da Agenda, dando uma noção de plausibilidade e concretude às metas nela insculpidas.

É cediço que nas décadas finais do século passado, a configuração político-econômica da sociedade internacional pautou-se no desenvolvimento tecnológico, na financeirização do capital, na consolidação do capitalismo

---

<sup>3</sup>Teorias debatidas e estudadas na disciplina de Marcos Teóricos em Teorias Políticas e das Relações Internacionais, ministrada no Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina no trimestre 2020/2.

como sistema econômico preponderante e no estreitamento das distâncias comerciais e culturais. Os Estados, desde a Paz de Westphalia considerados os únicos detentores de soberania, iniciaram um processo de enfraquecimento perante a ascensão de novos atores internacionais, como as organizações internacionais e as grandes corporações.

No limiar do mesmo período surgiram questionamentos acerca de tal configuração, pautada no crescimento econômico a qualquer custo, além da preocupação com o ambiente natural e a degradação causada pela sistemática desenvolvimentista de então. Ascendeu a temática do desenvolvimento sustentável.

Em 2015, a Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável despontou como proposta inovadora da própria noção de sustentabilidade, albergando esferas outras além da preocupação com o ambiente natural, dentre as quais a econômica, a social e a jurídica. Destacam-se os ODS 8 e 10, os quais se debruçam, respectivamente, no trabalho decente e no crescimento econômico, assim como na redução das desigualdades dentro dos países e entre eles.

Para isso, num primeiro momento abordar-se-á, sinteticamente, acerca da crise do projeto filosófico da modernidade. Em seguida, contextualizar-se-á sobre o desenvolvimento sustentável, a Agenda 2030 e os Objetivos 8 e 10.

Ao final, renda básica, capacidades e a questão dos direitos “dos outros”, constantes em escritos estudados, serão ao final expostos, como integrantes de propostas sólidas que se coadunam com a noção insculpida nos ODS 8 e 10, principalmente na promoção do trabalho decente e na mitigação das desigualdades.

Importante salientar que se debate de forma introdutória e geral, muito por conta da extensão de um artigo científico, amplitude da temática e também pelo exíguo lapso temporal para sua redação. Contudo, entende-se que o estudo dos temas é de suma importância para encarar de forma mais palpável a perspectiva da Agenda 2030 – e não de forma distante, idealizada.

Além disso, futuros estudos poderão debruçar-se de forma analítica sobre um dos segmentos aqui discorridos.

A pesquisa faz uso do método indutivo e do procedimento bibliográfico.

## 2. A ruptura do projeto filosófico da modernidade

A palavra economia surgiu na Grécia, com o significado literal de “administração dos afazeres domésticos”. O conceito foi sendo ampliado, primeiro com a administração das próprias cidades-estados, visando o bem comum de todos os cidadãos. Contudo, com a evolução das ciências, os economistas desenvolveram teorias mais complexas acerca da economia, como John Stuart Mill e Adam Smith, e essas teorias focaram no desenvolvimento como crescimento econômico (“para frente e para cima” - *“up and forward”*), noção esta encabeçada pelo capitalismo pujante e a emergência das Revoluções Industriais (RAWORTH, 2017).

Porém, embora por um tempo essa noção de desenvolvimento aludida ao crescimento econômico tenha dado exemplos positivos, ao menos nos países ditos desenvolvidos e industrializados, contemporaneamente deve ser reexaminada. Mesmo tendo propiciado acesso da população aos bens de massa, acesso à tecnologia, e outros avanços similares, os recursos naturais do planeta não estão conseguindo mais dar conta da demanda em espiral. Esgotamento de recursos minerais, destruição da camada de ozônio, desmatamento e acidez dos oceanos, são alguns dentre muitos outros problemas.

Habermas (2002) critica o capitalismo, afirmando que a subjugação dos recursos naturais pelos seres humanos, de forma tão extrema quanto a capitalista tem feito, resultaria, mais cedo ou mais tarde, em consequências negativas na sociedade internacional. O que mais chama a atenção é a similitude com as ideias marxistas, da contradição causada pelo capitalismo na sua dualidade força de trabalho versus detentores da força de trabalho.

Pereira e Jesus (2010), por sua vez, esclarecem que crises são partes integrantes do sistema capitalista, levando-se em consideração os caminhos tomados a cada crise promovida pelo capital. Ratificam o pensamento de outros autores aqui trabalhados de que no século XXI os rumos da economia deixaram de vez de serem obrigações dos Estados Nacionais, passando para atores internacionais como o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e Fundo Monetário Internacional (FMI).

Assim, a noção de projeto filosófico da modernidade foi alicerçada sob três pilares fundamentais: Estado, sociedade e economia liberal. O projeto foi delineado depois de toda uma trajetória da história mundial. E dois pilares fundamentais: o da regulação e da emancipação servem como sustentáculos daqueles três principais pilares (TUMELERO; OLSSON, 2016).

O projeto filosófico da modernidade, da mesma forma que surgiu antes de o capitalismo tornar-se sistema econômico dominante no mundo, desintegrar-se-á por completo antes do fim da dominância capitalista (SANTOS, 1999). Isso se efetivamente já não tenha chegado à saturação completa, levando-se aqui em consideração as crises humanitárias e a desigualdade econômica nos e entre os países, assim como a precarização do trabalho.

O mesmo teórico preconiza que as promessas da modernidade foram cumpridas, e cumpridas até mesmo de forma excessiva. Contudo, outras promessas, como a do desenvolvimento e da igualdade, não o foram, o que levou à sua obsolescência. Também, que o capitalismo foi o causador da ruptura nos pilares (SANTOS, 1999). Isto é, afirma, em síntese, que o projeto moderno está esgotado, e deixou vazios até então irreparáveis.

A Modernidade inaugurada com os ideais do Iluminismo e Paz de Westphalia (que fundou o Estado Moderno) inspirou as escolas sociológicas. As promessas de sucesso do racionalismo e da ciência baseada em fatos estiveram em voga para fundamentar o estudo das relações sociais e do sistema econômico que estava se desenvolvendo.

Karl Max procurou explicar a dinâmica da economia capitalista e as causas dos problemas de desigualdade social e pobreza. Émile Durkheim, em síntese, investigou o caráter da sociedade industrial e o processo de secularização. Max Weber em contraposição a Marx, julgava que a emergência do capitalismo tinha outras conotações que não somente a relação de dominação, burguesia, proletariado, etc, mas que abrangia consequência a formas modernas de organização burocrática. Em suma, esses três sociólogos clássicos se preocupavam em entender o que era único em relação às sociedades modernas e para onde estavam se dirigindo. (GIDDENS, 2012).

Manuel Castells (2000) na obra “Sociedade em Rede” aborda como se interligou o globo em redes de estreitamento de distâncias, fomentadas pela globalização e financeirização do capital. Para ele, não temos mais controle total sobre o mundo que criamos. Contudo, assevera que a tecnologia de informação pode ser um mecanismo de renovação comunitária e empoderamento local. Giddens (2012) corrobora, afirmando que estamos num mundo “em fuga”. Da mesma forma, o pensamento de Coelho (2007) em “Saúde do Futuro” é relevante nessa questão. E, ainda, Ulrich Beck (2006; 2007), que afirma que a antiga sociedade industrial está desaparecendo e sendo substituída por uma sociedade de risco – vide questão da financeirização da economia em suplante à produção industrial.

Além de todo o exposto nas correntes sociológicas, há o pensamento de cosmopolitismo, já mencionado em trabalhos anteriores, no qual se trouxe o posicionamento de Adela Cortina (2005). Porém, há outros autores que apontam na mesma direção. Autores que observam a falência do sistema de Estados nacionais, e assinalam para que haja até mesmo a abolição dos Estados. Isso frente às tênues fronteiras, a falta de poder, a falta de capacidade em lidar com os riscos. Um sistema baseado no reconhecimento e aceitação da diversidade cultural. Problemas que para Beck, são insolúveis, no nível do Estado individual, mas administráveis com a cooperação da



sociedade globalizada (VERTOVEC; COHEN, 2012; BENHABIB, 2006; BECK, 2006; 2007).

Similar prognóstico é feito por José Eduardo Faria, que aponta para um emergente “Estado de Segurança” ou “Estado de Prevenção”. Segundo o autor, essas funções residuais contemporâneas do Estado seriam atinentes “[...] à manutenção da ordem, à imposição da disciplina e ao controle dos movimentos migratórios e dos comportamentos sociais dos marginalizados, balizando sua ação com base em pautas normativas que se destacam por seus efeitos restritivos das liberdades [...]” (FARIA, 1999, p. 325).

No âmbito das economias nacionais, em todo caso, foram cultivados economicamente os espaços de distribuição que se podiam utilizar tanto em termos de negociações salariais, quanto – por parte do Estado – em termos do desenvolvimento de políticas sociais, e isso com a finalidade de satisfazer as aspirações de uma população exigente e inteligente (HABERMAS, 2002).

Os países de primeiro mundo têm deixado de cumprir com suas obrigações de Estados de bem estar-social, para concorrerem, internacionalmente, com as economias em rede. As fontes de solidariedade social secam, de tal modo que as condições de vida existentes até então no terceiro mundo expandem-se nos grandes centros do primeiro. O Estado nacional tratou de integrar sua população por meio da participação democrática.

Mundo pós-soberania; empresa transacional; globalização. Estado nacional teria antes sido suprassumido do que extinguido. Processo longo de assimilação do conceito moderno de nação, que não tinha a ver com laços com família, aldeia, religião e dinastia. São aspectos levantados por Habermas (1998; 2002) em suas obras, que explicam, passo a passo, por assim dizer, as fases de transição mundiais.

As transformações provocadas pelo fenômeno da globalização, como a dissolução da importância econômica das fronteiras geográficas, a desterritorialização da produção, a desregulamentação dos mercados, a

interdependência das esferas produtiva e financeira, a fragmentação dos procedimentos de representação e decisão política, a desconstitucionalização, a deslegalização e a desformalização dos direitos sociais, o crescente aparecimento de novos riscos, os novos processos e formação da normatividade, o advento de mecanismos inéditos de resolução de conflitos. Isso tudo, nas palavras de Faria (1999), ilustram a multiplicidade do campo já fragilizado do Estado-nação.

### 3. A sustentabilidade multidimensional e os ODS 8 e 10

Em termos sucintos, a sustentabilidade remete às necessidades essenciais para a vida. Antes da edição do chamado “Relatório Brundtland” de 1987 (aludindo ao protagonismo da ex-primeira-ministra da Noruega), o termo sustentabilidade referia-se ao balanço físico entre a sociedade humana e o ambiente natural. Se os processos de troca entre sociedade e meio-ambiente fossem assegurados por um certo período de tempo, a sustentabilidade seria observada (BOSELNANN, 2017).

Pelo formato proposto a este texto, é inviável discorrer às minúcias da composição da Agenda 2030. Assim, serão pontuados pontos relevantes para a explanação a que aqui se propõe.

O avanço da compreensão das problemáticas apontadas no tópico anterior aponta para um novo sentido de desenvolvimento que se pode denominar de desenvolvimento sustentável pluridimensional – representado na Agenda 2030. Ele leva em conta não mais a perspectiva dual tradicionalmente debatida (ambiental-econômica), mas sim também as dimensões social, política e jurídica, que, somadas em conjunto, viriam a constituir o desenvolvimento como um fenômeno integral e harmônico.

É importante assinalar que os ODS não são juridicamente vinculativos, e fornecem aos Estados uma estrutura baseada em metas para o desenvolvimento de leis e políticas de efetivação. Eles são universalmente

aplicáveis, tanto para países desenvolvidos quanto para subdesenvolvidos, e, nesse ponto, são democráticos e globalmente comprometidos.

Em termos sucintos, a sua estrutura é composta por 17 ODS, com metas para atingir objetivos diferentes, mas que se inter-relacionam, transitando pelas mais variadas dimensões do mundo da vida: eliminação da pobreza (ODS 1) e redução das desigualdades (ODS 10), mas também desafios estruturais como energia sustentável (ODS 17) e padrões de consumo e produção (ODS 12), por exemplo (BOSELNANN, 2017).

Para o presente texto, o ODS 8 e o 10 são de suma importância, uma vez que, como já mencionado, abordam o trabalho decente e o crescimento econômico, assim como a redução das desigualdades nos países e entre eles. Isso porque o trabalho digno é elemento indispensável para romper com as desigualdades além de promover o crescimento econômico sustentável.

Nos Estados subdesenvolvidos, a precariedade do trabalho se observa na falta de incentivos às pessoas em ingressarem na formalidade, há desobediência e descumprimento da legislação trabalhista, quando ela existe, e o cenário geralmente é propício para a cooptação dos governos por conglomerados econômicos que se aproveitam da situação instável para instalação de seus empreendimentos. Nesses empreendimentos acontece a exploração do trabalho, má remuneração, degradação do ambiente, enfim, tudo sob os “olhos” do Estado, isto é, tecnicamente legalizado, mas onde o Estado não consegue intervir (QUIJANO, 2003).

Em complemento, a própria OIT (2016) reconheceu a importância do trabalho em situações de crise e violência, já que em sociedades em que a população tem um trabalho decente e no qual pode ter acesso a serviços públicos de qualidade e relativo acesso a bens e serviços, é mais difícil de propagarem-se grupos armados ou violentos. Assim, uma construção pautada em desenvolvimento necessita de trabalho. Parece até mesmo uma redundância, ou fator de fácil compreensão. Contudo, os relatórios da Organização bem mostram a urgência da temática.

Dessa forma, a desigualdade flagrante entre os Estados é força motriz para impulsionar cada vez mais as desigualdades entre os seres humanos. Além disso, mesmo com a implantação de unidades econômicas, não se vislumbra uma melhoria na qualidade de vida, uma vez que os recursos geralmente são investidos fora do país. E, somado a isso, a mecanização do trabalho, que tende a eliminar postos de serviços braçais ou de que não se necessita uma formação educacional e profissional.

De acordo com Amartya Sen (2009) as liberdades políticas e os direitos democráticos são componentes estruturais do desenvolvimento. E democracia requer participação política, diálogo, e interação pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis. Quer dizer, democracia política é elementar para desenvolvimento. E é justamente o que não se observa em países subdesenvolvidos.

No mesmo raciocínio, o próprio Sen afirma categoricamente que “a negação da liberdade econômica, sob a forma de pobreza extrema, torna a pessoa vulnerável a violações de outras formas de liberdade”, e que “a negação da liberdade econômica implica a negação da liberdade social e política” (2009, p. 8). Ou seja, vai se formando o raciocínio de que a pobreza em um sentido lato resulta em desigualdades e desestrutura as liberdades e quaisquer direitos. Isso vai ao encontro do abordado no primeiro tópico, a respeito da cessação do projeto da modernidade, por exemplo.

Assim, o desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 se compôs dos seguintes elementos – chamados de “5 Ps do Desenvolvimento”: Pessoas, Prosperidade, Planeta, Parcerias e Paz. Esses “5 Ps” vão de encontro aos ideais neoliberais unicamente focados no crescimento econômico, nesse desenvolvimento seletivo que tem posto em contraponto o modelo internacional da sociedade de Estados (ONU, 2015). Uma nova dimensão que alberga parcerias fomentadoras de desenvolvimento, em equilíbrio com a esfera ambiental, encarando as particularidades dos seres humanos e promovendo a paz.

O ODS 10 foi elaborado em um momento propício. Em 2001, ano do ataque terrorista de “11 de Setembro”, a ONU celebrou o ano do Diálogo Entre as Civilizações, já notando a ascensão de conflitos dessa ordem identificados na obra de autores como Huntignton (1993), que defendiam a tese de que o século XXI seria o século de conflitos entre civilizações, o conflito entre o “*West against the Rest*”. Aqui, importante aludir à obra de Ferguson (2016) que constrói historicamente como o Ocidente (Europa) se sobrepôs sobre os demais. Seria uma reviravolta naquela dominação.

Dando seguimento, o ODS 10 é plenamente justificável e bem fundamentado, levando em consideração as estatísticas e dados acerca da desigualdade nos países e entre os países. De acordo com estimativas feitas pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (UNDP), no globo, os 20% mais ricos ganham 82,7% do lucro mundial total (ROGERS; JALAL; BOYD, 2008). Também, países que integram o G-20 compreendem a 85% do PIB mundial, e dois terços da população (CERVO, 2007).

Partindo para a definição de Sachs (2017), o ODS 10 é um marco conceitual para a comunidade mundial: um reconhecimento globalmente compartilhado de que grandes espaços entre os ricos e os pobres são altamente deletérios para estabilidade social, confiança social, e proteção dos direitos individuais dos pobres. Outros alvos sob esse Objetivo enfatizam a concessão de voz aos países mais pobres nas instituições globais e a facilitação da migração responsável, que para Sachs é algo muito distante de ser alcançado.

Acrescenta que as metas da Agenda 2030 são muito mais amplas que os Objetivos do Milênio, por exemplo, e que a nova classificação contém diferenças substanciais. Basicamente, os ODS 10 e 8, por exemplo, bem como os demais, contemplam as seguintes características: primeiro, são para tomar efeito num prazo maior; segundo, as metas são universais, valendo tanto para países ricos quanto pobres, da mesma forma; em terceiro, as metas têm *backcasting*, isto é, ao invés de preverem o futuro, questiona: como chegar lá

a partir do momento presente. Outra ferramenta dos “novos” objetivos é um mapeamento das diversas tecnologias a serem usadas.

Ainda mais especificamente, Sachs (2017) dedica um capítulo de sua obra para abordar sobre inclusão social no âmbito do desenvolvimento sustentável, o que vai ao encontro do que se tem abordado neste trabalho. Para o autor, “a meta da inclusão social é um ‘negócio inacabado’ em quase todas as partes do mundo” (2017, p. 209, tradução minha), e que sociedades tradicionalmente estabeleceram barreiras legais para certos indivíduos, principalmente mulheres e minorias étnicas. É que, a questão da exclusão social tem múltiplas dimensões.

Nesse bojo em meio à consecução e alcance de um trabalho decente e redução das desigualdades que se inserem as teorias debatidas na disciplina do Doutorado em Direito, Marcos Teóricos e Teorias Econômicas e das Relações Internacionais, as quais encampam um delineamento teórico de como implementar mecanismos que se adequam ao constante nos ODS 8 e 10.

#### **4. Aparatos teóricos interconectados ao trabalho decente e à redução das desigualdades**

Os escritos de Van Parijs e Vanderborght (2017), Benhabib (2004) e Nussbaum (1997; 2006) são aparatos teóricos consonantes ao íterim até agora exposto, como exemplos de planos e ideias que, consonantes com a sustentabilidade multidimensional, agregam plausibilidade e concretude aos ODS.

Em recente obra, Sandel (2020) alerta pela perda da conotação social do trabalho, isto é, trabalho como uma contribuição para a consecução do bem comum. As causas, segundo o pensador, são várias, mas se concentram na financeirização do capital, na ênfase da meritocracia e no recrudescimento das desigualdades causadas pelo neoliberalismo.

A obsessão pelo engrandecimento pessoal a qualquer custo e a noção de que o sucesso de alguém é fruto, unicamente, do seu próprio desempenho e

trabalho (mérito), vem rompendo com a simbiose de trabalho enquanto desenvolvimento. Tanto é que, Case e Deaton (2020, *apud* SANDEL, 2020) fizeram um estudo, nos Estados Unidos, e descobriram que muitos trabalhadores, por conta de tamanha frustração de não conseguirem “ser alguém na vida” acabam por tentar o suicídio ou mesmo, consumarem o ato. Para esse fenômeno cunharam a expressão “mortes por desespero”, quer dizer, por não suportarem a falta de reconhecimento por seus empregos “meramente braçais”, não veem qualquer sentido.

Esses indivíduos se olvidam que contribuem, e muito, para o bem comum, para a construção da sociedade, independentemente da função que desempenham. Mas como analisado pelos autores, a ênfase obsessiva na meritocracia e a exclusão díspar causada pelo neoliberalismo, conseqüentemente têm levado à frustração e a uma certa distopia acerca do que se espera para o futuro do trabalho (SANDEL, 2020).

Relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2020), constata que se faz necessário criar mais de 600 milhões de empregos até 2030, apenas para conseguir acompanhar o crescimento da população em idade ativa, ou seja, cerca de 40 milhões de empregos por ano.

Ressalta a Organização, também, que as micro e pequenas empresas (até 50 funcionários) são as principais criadoras de emprego no mundo, uma vez que concentram pelo menos dois terços de todos os empregos a nível mundial. E, claro, representam, também, as empresas mais afetadas pela crise financeira, à medida que o acesso ao crédito foi sendo restringido. As pequenas empresas encontram-se frequentemente no setor informal, onde as condições de trabalho, na prática, como já mencionado neste texto, não são regulamentadas (OIT, 2019; 2020).

Outro documento de suma importância é o “Relatório sobre o futuro do trabalho”, redigido pelo Fórum Econômico Mundial (WEF, 2020). Menciona-se que, embora a criação de empregos impulsionada pela tecnologia ainda deva superar a destruição dos empregos nos próximos cinco anos, a contração

econômica está reduzindo a taxa de crescimento dos empregos de amanhã. Existe uma urgência na tomada de medidas protetivas que facilitem a transição dos trabalhadores para oportunidades de emprego mais sustentáveis. Para tanto, conforme o Fórum é necessária a colaboração público-privada global, regional e nacional em uma escada e velocidade sem precedentes.

O relatório contempla dados alarmantes acerca da eliminação de postos de trabalho tradicionais em detrimento do uso de ferramentas tecnológicas e algoritmos. Dentre a ampla gama de dados, 43% das empresas pesquisadas indicam que estão definidas para reduzir sua força de trabalho devido à integração da tecnologia, e que 85 milhões de empregos podem ser substituídos por uma mudança na divisão de trabalho entre humanos e máquinas.

Malgrado o referido mencione que 97 milhões de postos de trabalho poderão surgir, a grande demanda será por pessoas altamente qualificadas nos quesitos de tecnologia, gerenciamento de projetos, engenharia de robótica, análise de risco, etc. Ou seja, uma demanda que dissona completamente da ampla maioria da força de trabalho mundial, composta por trabalhadores de funções tradicionais, e que não têm capacitação adequada para ascenderem aos novos requisitos. Entende-se que ficarão “fora do jogo”, uma vez que fora do mercado, não terão meios para subsistência e, assim, estarão distantes do desenvolvimento.

Em referido contexto, portanto, Martha Nussbaum (1997; 2006) traz, em sua obra, três problemas urgentes de justiça social que são negligenciados pelas atuais teorias e, por isso, mais difíceis de serem trabalhados no dia a dia, e podem guiar os pesquisadores a uma abordagem mais responsável da cooperação. Precursora de Kate Raworth (2017) e seu ideal da economia no modelo de “rosquinha” (*doughnut economics*), traz como alternativa a abordagem das capacidades (*capabilities approach*).



Antes que a abordagem das capacidades fosse introduzida, o modo predominante de mensurar a qualidade de vida e o bem-estar de uma nação era pelo Produto Interno Bruto per capita. Tal medida não levava em conta a distribuição das rendas e escalonava os países por riqueza mesmo se neles houvesse pobreza e altas taxas de desigualdade. Indo de encontro a essa abordagem e, também, contra a abordagem utilitarista, igualmente insatisfatória, emerge a perspectiva das capacidades (NUSSBAUM, 1997; 2006).

A autora faz uso das teorias de John Rawls e as complementa em certa medida<sup>4</sup>. A abordagem das capacidades, primeiro, é alinhada com os direitos humanos. As capacidades que ela inclui em sua lista, fazendo alusão às trazidas por Amartya Sen (2000), alcançam muito do que é endereçado no movimento de direitos humanos: liberdades políticas, liberdade de associação, liberdade de ocupação e uma variedade de direitos econômicos e sociais. Ou seja, abrange os direitos chamados de primeira geração (liberdades civis e políticas) e os direitos chamados de segunda geração (econômicos e sociais).

Somente há efetividade se as pessoas tiverem consciência da sua capacidade de poder exercer os direitos, ou, do contrário, não passam de letra morta. E, afirma que o Estado precisa tomar atitudes para que grupos tradicionalmente marginalizados sejam tratados de forma justa, não importando se uma nação tenha ou não uma constituição escrita, deve entender as titularidades dessa forma. Como exemplo, cita as Constituições da Índia e dos Estados Unidos: na primeira, há menção expressa da proteção estatal àqueles menos favorecidos na realidade do país, o que coaduna com a abordagem de Nussbaum; na segunda, não há menção expressa, o que demonstra como aquela Constituição é liberal ao extremo. Por isso, aponta,

---

<sup>4</sup> Retomando o chamado “Pacto Social”, Rawls tentou diferenciá-lo daquele pacto anteriormente defendido por Locke (visão da democracia com a mínima intervenção do Estado). Trouxe como princípio filosófico a desigualdade inerente ao Estado Liberal, ou seja, sua incapacidade de acabar com as diferenças entre os homens (ROCHA, 2011).

assegurar um direito a alguém requer mais do que a ausência de ação estatal negativa (NUSSBAUM, 1997; 2006).

A abordagem das capacidades insiste nos aspectos materiais de todos os bens humanos, direcionando a atenção para o que as pessoas na verdade são capazes de fazer e de ser. Todas as liberdades básicas são definidas como habilidades de fazer alguma coisa. Por isso, como a autora afirma, a abordagem não deve ser vista como “rival” da abordagem dos direitos humanos (NUSSBAUM, 1997; 2006). A abordagem dos direitos humanos é usada no discurso internacional, como por exemplo, nos relatórios de desenvolvimento humano das Nações Unidas. Dessa forma, a autora sugere que, guardadas as devidas proporções, sua abordagem seria uma espécie da abordagem dos direitos humanos.

Essa teoria também se adéqua ao pluralismo e à tolerância, tão em risco no cenário em estudo, frente atos de intolerância e a crescente ascensão de grupos políticos de extrema direita e contrários às minorias, aos migrantes e refugiados, os quais, geralmente, estão em busca de um trabalho digno. Cada nação moderna contém uma grande variedade de visões da vida humana, religiosas ou não. E, a comunidade internacional é ainda mais complexa. Na abordagem de Nussbaum (1997; 2006), o pluralismo social deve ser protegido.

Numa perspectiva internacional, de forma sintética, a abordagem de capacidades deve estar aberta aos debates, com sempre possível inclusão de mais direitos e garantias a serem respeitadas. E afirma categoricamente que exigir o respeito pelas diferenças nacionais não importa em desrespeitar as diferenças nacionais, ou seja, o respeito como base primordial em dupla direção. Enfatiza a liberdade de o ser humano escolher, como, por exemplo, a liberdade de escolha da mulher muçulmana em querer ou não usar o véu. E, finaliza, preconizando que direitos como liberdade de expressão, de associação e de consciência são essenciais em qualquer Estado (NUSSBAUM, 1997; 2006).

Parecem ser asserções básicas e que não requerem raciocínios complexos e longos textos teóricos. Contudo, por mais simples que sejam, são asserções que, em uma análise global, não são minimamente postas em prática. Entram vários questionamentos e argumentos, inclusive o da soberania estatal, indo até o prejudicial choque de culturas, como, por exemplo, uma matriz social islâmica confrontando-se com uma matriz europeia progressista e secular. Porém, a validade dos argumentos e a originalidade da abordagem elaborada pela pensadora estabelece um norte para se desenhar um panorama do mundo globalizado, mas evidentemente em crise.

Van Parijs e Vanderborght (2018) seguem na mesma esteira de pensamento, isto é, numa propositura de mudanças substanciais. Esses autores, em detalhada narrativa, propõem, em síntese, uma renda básica a ser paga a todo e qualquer cidadão; renda regular, paga em dinheiro, a qualquer membro da sociedade. Isso porque, a robotização, a internet das coisas, e outros fatores, impactam o mundo do trabalho, como já comentado neste texto. Ao mesmo tempo em que a tecnologia supriria as necessidades de trabalho, gera desemprego e recrudescer as desigualdades. Então, essa renda básica poderia suplantar uma falta inicial de trabalho.

Essa postura é defendida por Sandel (2020), que, inclusive, discorre a respeito do valor pago aos trabalhadores pelos governos de Bélgica e Holanda no início da pandemia do COVID-19, não um auxílio-desemprego, mas suportando os salários daqueles trabalhadores para que as empresas não os dispensassem. Esse autor, inclusive, debatendo sobre projetos políticos centrados na dignidade do trabalho e na necessidade de questionar os resultados do trabalho para afirmá-lo, aponta, de forma um pouco mais modesta que Van Parijs e Vanderborght, o pagamento de um subsídio em valor para todos os empregados de baixa renda, por tempo indeterminado, para que, de certa forma, recuperem seu ânimo em relação às funções que desempenham.

São contemplados os problemas de pobreza, desemprego, empregos ruins, crescimento a qualquer custo, e como a pretensão de, através de uma renda básica, fornecer um instrumento de liberdade e um elemento essencial de uma estrutura institucional emancipatória e sustentável. Inclusive, estabelecer um contraponto com a própria noção de seguridade social e assistência pública. Considera os desafios específicos que a renda básica enfrenta no contexto da globalização. Ao longo do livro, o foco principal são as propostas para sociedades afluentes, mas sua relevância crescente para os países menos desenvolvidos também é discutida em muitos lugares. Igualmente, assim fundamentam:

Uma renda básica não é apenas uma medida inteligente que pode ajudar a aliviar as urgências e problemas. É um pilar central de uma sociedade livre, na qual a verdadeira liberdade de florescer, através do trabalho e fora dele, será distribuída de forma justa. É um elemento essencial de uma alternativa radical ao velho socialismo e ao neoliberalismo, de uma utopia realista que oferece muito mais do que a defesa de conquistas passadas ou resistência aos ditames do mercado global. É uma parte crucial do tipo de visão necessária para transformar ameaças em oportunidades, resignação em resolução, angústia em esperança (VAN PARIJS; VANDERBORGHT, 2018, p. 14, tradução livre).

Por certo que os autores têm a ciência de que propõem uma objeção ética que desafia o direito a uma renda para aqueles que optam, por exemplo, por não trabalhar – indo absolutamente de encontro às premissas do neoliberalismo. Examinam a questão de saber se uma renda básica substancial é acessível e economicamente sustentável, e indicam porque acreditam que uma renda básica parcial financiada por um imposto de renda – ideia defendida por Sandel (2020) – e complementada por assistência pública e seguridade social, seria o melhor caminho a seguir no contexto de um Estado de bem-estar social desenvolvido.

É importante mencionar que os pesquisadores reconheceram o fenômeno da globalização – impulsionador da crise do projeto filosófico da modernidade, como mencionado no início deste texto – como ao mesmo tempo contribuinte para a necessidade de uma renda básica que, num outro

ponto, não facilita sua implementação. E há uma característica que a utopia da renda básica possui mais do que qualquer outra: sua implementação facilitaria muitas outras mudanças utópicas. Apoiaria a realização de muitas ideias, tanto individuais como coletivas, locais e globais, que se encontram cada vez mais esmagadas pela pressão da competitividade imposta pelo mercado.

Para arrematar a discussão, frente ao até aqui exposto, as problematizações de Seyla Benhabib (2004) igualmente vão ao encontro dos ODS 8 e 10. A pesquisadora adentra na questão dos migrantes, dos refugiados, tão prejudicados pela precarização do trabalho e cujos direitos são corriqueiramente violados, malgrado existente um amplo arcabouço protetivo internacional, permeado por tratados, declarações e convenções.

Os migrantes são objeto de preocupação nos relatórios da OIT analisados, assim como da Agenda 2030 da ONU, uma vez que sua fragilização é fruto da falta de um trabalho digno e das abissais desigualdades nos países e entre eles. Quanto aos refugiados, a situação é ainda mais grave, pois precisam deixar seus locais de origem à força, não podendo para lá retornarem sem correrem graves riscos à sua integridade física e psicológica. Dessa forma, o grande ponto suscitado é que se o acesso a um trabalho decente já é dificultado por vários fatores, mas principalmente, pelo desenvolvimento tecnológico (WEF, 2020), essa situação é piorada em muitas vezes para os migrantes.

Interessante mencionar este excerto:

A maioria das democracias liberais desde 11 de setembro de 2001, e mesmo antes disso, já tinham mudado rumo à criminalização do refugiado e requerente de asilo, julgando-o ou como mentiroso em busca de acesso às vantagens econômicas ou como uma ameaça potencial à segurança. As políticas de refugiados e de asilo tornaram-se palco de alguns dos mais intensos confrontos globais distributivos e também racializados do mundo. As políticas de refugiados e de asilo tornaram-se palco de alguns dos mais intensos confrontos globais distributivos e também racializados do mundo. Mesmo dentro da União Europeia, o estabelecimento de campos de trânsito para o processamento de refugiados (RPTCs) fora das fronteiras da UE, tais como para capturar refugiados e imigrantes

ilegais antes que eles cheguem em solo europeu, foram defendidos pelo Reino Unido e Dinamarca e estão em operação nos territórios mantidos pela Espanha no Norte da África e em campos de trânsito na Líbia (BENHABIB, 2012, p. 22).

A soberania dos Estados, questionada na crise do projeto filosófico da modernidade, para a pensadora, é dividida em dois grupos: soberania do Estado e soberania popular. Esta se refere àquela da Revolução Francesa, isto é, pautada no povo como objeto e sujeito de direito. Nesse sentido, “soberania popular envolve instituições representativas, a separação de poderes e a garantia não somente de liberdade e igualdade, mas do igual valor da liberdade de cada um” (BENHABIB, 2012, p. 25).

Ou seja, o Estado, cuja crise se evidenciou no primeiro tópico deste texto, não se assemelha mais àquele westfaliano, mas sim, observa que suas fronteiras são porosas, muito por conta da globalização. Embora muitas fronteiras sejam fechadas para a entrada de quem vem de fora, não podem ser fechadas para os avanços tecnológicos e outros fenômenos da globalização. Porém, como também denotado, o aparato estatal é usado para estar a serviço de atores outros que fomentam o recrudescimento das desigualdades e a destruição da qualidade de vida, do ambiente natural e, por certo, do trabalho decente, levanto o crescimento econômico a qualquer custo como *ultima ratio*.

Nesse sentido, e na esteira do pensamento das organizações internacionais aqui referenciadas, Benhabib (2004) suporta que em havendo a redução das desigualdades nos países e entre eles – isso em um sentido lato, abrangendo todas as possibilidades que a expressão contempla – não haveria necessidade da migração desesperada em busca de condições de vida efetivamente (ou ao menos relativamente) dignas. Isso porque, e essa autora corrobora com os outros mencionados, o trabalho deve ser encarado como *prima facie* do bem comum; como contribuição individual que transcenda uma noção territorializada de um Estado, por exemplo, uma vez que a contribuição de cada trabalhador, além de lhe trazer um engrandecimento pessoal, favorece a promoção de um desenvolvimento realmente sustentável.

## 5. Considerações finais

Preocupações de como implementar as ousadas metas da Agenda 2030 da ONU emergiram no debate teórico, tendo como pano de fundo uma sociedade internacional globalizada, com recrudescimento das desigualdades, precarização dos serviços estatais, sem falar na eliminação de muitos postos de trabalho por conta do desenvolvimento tecnológico. Dessa forma, as propostas que aqui foram discorridas, são exemplos que transportam as recomendações da ONU para o campo prático, isto é, dão indícios de como contribuir na mitigação das desigualdades e valorização do trabalho humano.

Essas teorias – da renda básica, das capacidades, do repensar da soberania e, também, a empatia com o direito do “outro”, inclusive dos migrantes – embora dissonantes do sistema vigente no mundo globalizado, trazem à tona que o Estado ainda é um ator importante na implementação de políticas para promoção de igualdade e redução da pobreza e para promoção do desenvolvimento sustentável. Contudo, não encaram o ator estatal numa visão tradicional de ente soberano, mas sim, como um dos entes que compõem a sociedade internacional e, inclusive, propondo mudanças na sua estrutura.

Entende-se como imprescindível o ponto de vista da justiça contributiva, na qual todas as pessoas têm a obrigação de serem participantes ativos e produtivos na vida em sociedade, e o governo tem a obrigação de organizar instituições econômicas e sociais para que os indivíduos possam contribuir com a sociedade de forma que se respeitem suas liberdades e a dignidade de seus trabalhos. Ou seja, um trabalho ligado à comunidade, ao bem comum, levando em consideração as capacidades de cada ser humano.

A Agenda 2030, tomando ciência da crise do projeto filosófico da modernidade, absorveu as recomendações das agendas internacionais que a precederam – inclusive a OIT – e reconheceu a importância das múltiplas esferas que compõem o desenvolvimento sustentável, e, também, da influência e existência de atores internacionais que ora suplantam, ora são

suplantados, pelos tradicionais Estados nacionais. Tributações em prol dos trabalhadores, e não contra eles, favorecimento das micro e pequenas empresas, uma possível aplicação renda mínima básica e a transformação da noção do que é, efetivamente um “trabalho”, são todas proposições que podem – e devem – perpassar pelo apoio do Estado, dos governos e, claro, do próprio Poder Judiciário.

Por isso, instituições sólidas e justas, que garantam direitos e não discriminem seus nacionais e não nacionais – sob nenhum aspecto - são pilares fundamentais na construção de um panorama diferenciado, isto é, um novo paradigma que reduza desigualdades e promova o trabalho decente aliado ao crescimento econômico. Torna-se muito evidente, após esse breve estudo, uma frase que se amolda à urgência da agenda internacional, qual seja. “o direito a ter direitos” (ARENDDT, 1989) como mote a ser alcançado.

## Referências

- ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1989.
- BECK, Ulrich. **Cosmopolitan Europe**. Cambridge: Polity, 2007.
- BECK, Ulrich. **Cosmopolitan Vision**. Cambridge: Polity, 2006.
- BENHABIB, Seyla. **Another cosmopolitanism: hospitality, sovereignty and democratic iterations**. New York: Oxford University Press, 2006.
- BENHABIB, Seyla. **The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens**. New York: Cambridge University Press, 2004.
- BOSELMMANN, Klaus. **The principle of sustainability: transforming law and governance**. New York: Routledge, 2016.
- CASE, Anne; DEATON, Angus. **Deaths of despair: and the future of capitalism**. New Jersey: Princeton University Press, 2020.
- CASTELLS, Manuel. Information, technology and global capitalism. *In*: HUTTON, W.; GIDDENS, A. (eds.). **On the Edge: living with global capitalism**. London: Cape, 2000. p. 52-74.
- CERVO, Amado Luiz. O final do século XX e o início do XXI: dificuldades para construção de uma ordem global. *In*: SARAIVA, José Flávio Sombra (org.). **História das relações internacionais contemporâneas: da sociedade internacional do Século XIX à era da globalização**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 317-340.
- COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**. Curitiba: Juruá, 2007.
- CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania**. Tradução: Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.
- FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.



- FERGUSON, Niall. **Civilização: Ocidente x Oriente**. Tradução: Janaina Marco Antonio. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2016.
- GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução: Ronaldo Cataldo Costa; revisão técnica: Fernando Coutinho Cotanda. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. 2. ed. Vários tradutores. Revisão científica: António Marques. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.
- HUNTINGTON, Samuel. The clash of civilizations? **Foreign Affairs**, [S. l.], v. 72, n. 3, p. 22-49, Summer 1993.
- NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and human rights. **Fordham Law Review**, New York, v. 66, n. 2, p. 293-300, 1997.
- NUSSBAUM, Martha C. **Frontiers of Justice: disability nationality, species membership**. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- OIT. **Emprego e trabalho digno em situações de fragilidade, conflito e desastre**. Genebra: OIT, 2016.
- OIT. **Small matters: global evidence on the contribution to employment by the self-employed, micro-enterprises and SMEs**. OIT: Genebra, 2019.
- OIT. **Trabalho digno**. 2020. Disponível em: [https://www.ilo.org/lisbon/temas/WCMS\\_650867/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/lisbon/temas/WCMS_650867/lang-pt/index.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.
- ONU. **Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development**. New York: ONU, 2015. Disponível em: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E). Acesso em: 01 dez. 2020.
- PEREIRA, Danielle V. L.; JESUS, Altair R. de. O projeto da modernidade, crise capitalista e ideologia pós-moderna. **Temporalis**, Brasília (DF), ano 10, n. 20, p. 31-47, jul./dez. 2010.
- QUIJANO, Aníbal. El trabajo al final del siglo XX. In: QUIJANO, Aníbal. **Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder**. Buenos Aires: CLACSO, 2014. p. 263-284.
- RAWORTH, Kate. **Doughnut Economics: seven ways to think like a 21st century economy**. White River Junction, VT: Chelsea Green, 2017.
- ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Fundamentos de filosofia do direito: o jurídico e o político da antiguidade a nossos dias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. **An Introduction to Sustainable Development**. UK-USA: Earthscan, 2008.
- SACHS, Jeffrey D. **The Age of Sustainable Development**. New York: Columbia University Press, 2017.
- SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?** Tradução: Bhuvan Libanio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- SEN, Amartya. **O Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Cia das Letras, 2000.
- SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- TUMELERO, Naína Ariana Souza; OLSSON, Giovanni. **O Estado-nação como ator internacional no século e o direito humano da liberdade**. 2016. Monografia (conclusão do curso de Direito) - Universidade Comunitária da Região de Chapecó, 2016. Disponível em:

<http://fleming.unochapeco.edu.br:8080/pergamumweb/vinculos/0000ea/0000ead2.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2020.

VAN PARIJS, Philippe; VANDERBORGHT, Yannick. **Basic Income**: a radical proposal for a free society and a sane economy. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

VERTOVEC, S.; COHEN, S (eds). **Conceiving cosmopolitanism**: theory, context and practice. Oxford: Oxford University Press, 2002.

WEF – World Economic Forum. **The future of jobs report**: October 2020. WEF: Genebra, 2020.

Artigo recebido em: 03/05/2022.

Aceito para publicação em: 06/12/2022.

# MERCOSUL e Sustentabilidade: A preocupação com a adoção de padrões de produção e consumo sustentáveis<sup>1</sup>

## *MERCOSUR and sustainability: The concern with the adoption of production and consumption patterns*

*Luciane Klein Vieira<sup>2</sup>  
Andressa Zanfonatto Slongo<sup>3</sup>*

**Resumo:** A adoção de padrões de produção e consumo mais sustentáveis transformou-se em uma das principais ações para combater a degradação ambiental e, simultaneamente, promover o desenvolvimento sustentável. Dessa forma, o objetivo deste artigo é analisar as principais orientações estabelecidas na Agenda 2030 que contempla os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, com destaque ao ODS nº 12, e nas Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor em matéria de promoção do consumo sustentável, a fim de identificar as iniciativas desenvolvidas e que estão em desenvolvimento no Direito do MERCOSUL, em matéria de produção e consumo sustentáveis, que sejam compatíveis com as orientações internacionais referidas. Para tanto, estabeleceu-se o seguinte problema de pesquisa: Quais são as principais iniciativas legais existentes no MERCOSUL, em matéria de produção e consumo sustentáveis, compatíveis com as orientações das Nações Unidas, com especial ênfase nas orientações contidas na Agenda 2030 sobre os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e nas Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor? A pesquisa que se apresenta é de cunho qualitativo, tendo se valido do método normativo-descritivo, e das técnicas de pesquisa

---

<sup>1</sup> Este artigo apresenta os resultados do projeto de Iniciação Científica denominado “O MERCOSUL e a sustentabilidade: a preocupação com a adoção de padrões de produção e consumo sustentáveis”, desenvolvido junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na modalidade PRATIC, pela bolsista Andressa Zanfonatto Slongo, sob a orientação da Profa. Dra. Luciane Klein Vieira, no período de 01/02/2022 a 31/01/2023.

<sup>2</sup> Doutora em Direito (área: Internacional) e Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires – UBA. Mestre em Direito da Integração Econômica, pela Universidad del Salvador e Université Paris I - Panthéon - Sorbonne. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Direito e Integração Regional”. E-mail: [lucianevieira@unisinobr](mailto:lucianevieira@unisinobr). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0155-9001>

<sup>3</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq “Direito e Integração Regional”, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dra. Luciane Klein Vieira. Bolsista da Iniciação Científica (modalidades PRATIC e CNPq) vinculada ao Programa de Pós-Graduação de Direito da UNISINOS. Monitora da Escola de Direito no Programa de Práticas Sociojurídicas – PRASJUR, ambos da UNISINOS. E-mail: [andressaslongo@gmail.com](mailto:andressaslongo@gmail.com).

bibliográfica e documental. Como resultado, constatou-se que o MERCOSUL está buscando a implementação das orientações onusianas contidas nos dois documentos internacionais referidos, a fim de adotar padrões de produção e consumo mais sustentáveis, a partir de algumas iniciativas específicas, tais como a Resolução nº 36/2019, que insere o consumo sustentável como princípio regional, muito embora muitas lacunas ainda necessitem ser preenchidas, demandando mais ações por parte dos Estados que integram o bloco

**Palavras-chave:** MERCOSUL; Produção e Consumo Sustentável; Agenda 2030; Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor.

**Abstract:** The adoption of more sustainable production and consumption patterns has become one of the main actions to combat environmental degradation and, simultaneously, promote sustainable development. Thus, the objective of this article is to analyse the main guidelines established in the 2030 Agenda, which includes the Sustainable Development Goals, with emphasis on SDG nº 12, and in the United Nations Consumer Protection Guidelines in terms of promoting sustainable consumption, in order to identify the initiatives developed and under development in MERCOSUR Law, in terms of sustainable production and consumption, which are compatible with the aforementioned international guidelines. To this end, the following research problem was established: What are the main existing legal initiatives in MERCOSUR, in terms of sustainable production and consumption, compatible with the guidelines of the United Nations, with special emphasis on the guidelines contained in the 2030 Agenda on the Goals of Sustainable Development and the United Nations Consumer Protection Guidelines? The research that is presented is of a qualitative nature, having used the normative-descriptive method, and the techniques of bibliographical and documental research. As a result, it was found that MERCOSUR is seeking to implement the UN guidelines contained in the two aforementioned international documents, in order to adopt more sustainable production and consumption standards, based on some specific initiatives, such as Resolution No. 36/2019, which inserts sustainable consumption as a regional principle, although many gaps still need to be filled, demanding more action on the part of the States that make up the bloc

**Keywords:** MERCOSUR; Sustainable Consumption; Agenda 2030; United Nations Guidelines for Consumer Protection.

## 1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo apresentar as principais iniciativas legais existentes, e em desenvolvimento, no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), referentes à adoção de práticas de produção e consumo sustentáveis, levando em consideração as principais orientações da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre produção e consumo sustentáveis, com ênfase nos documentos mais importantes da atualidade, a

Agenda 2030, especialmente, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 12 (ODS 12) e as Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor.

Como é de conhecimento comum, a adoção de padrões de produção e consumo insustentáveis é a principal responsável pela degradação do meio ambiente, na medida em que causa o aumento da poluição atmosférica e marinha, a extinção dos recursos naturais, o incremento do aquecimento global e das catástrofes naturais. Portanto, é impossível que os Estados desenvolvam metas, planos de ação e soluções para preservar o meio ambiente sem se colocar o produtor e o consumidor como *players* para o estabelecimento de ações voltadas à proteção ambiental e como corresponsáveis, em igual medida, pela deterioração do meio ambiente.

Preocupada com a expansão da contaminação ambiental, em 1987, a Comissão sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU desenvolveu o Relatório *Brundtland* (CSD, 1991), primeiro documento a conceituar o desenvolvimento sustentável como aquele capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das gerações futuras. Portanto, é o desenvolvimento que deve se preocupar com o não esgotamento dos recursos naturais.

Em virtude da importância do tema, a produção e o consumo sustentáveis, elementos vinculados ao conceito de sustentabilidade, estão estabelecidos na Agenda 2030 das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável e nas Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor (Resolução nº 70/186), como objetivos a serem alcançados pelos Estados Membros. Ambos documentos são considerados instrumentos de *soft law*, não dispendo de caráter vinculante ou obrigatório, o que não interfere em seu protagonismo e relevância, já que exercem forte influência no que diz a respeito à criação de legislação e ao desenvolvimento de valores, em especial, no Direito Ambiental e no Direito do Consumidor.

Com relação ao MERCOSUL, em razão do seu objetivo principal, vinculado as quatro liberdades de circulação (bens, serviços, capitais e

peças), é importante que o Direito por ele produzido, especificamente, o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor, estejam em conformidade com as orientações contidas nos documentos internacionais, neste caso, o ODS nº 12 da Agenda 2030 e as disposições sobre promoção do consumo e produção sustentáveis das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor. Tudo isso, visando a incorporação da sustentabilidade no âmbito regional, por meio do desenvolvimento e elaboração de medidas efetivas a serem implementadas no bloco, com potencial para contribuir com a preservação do meio ambiente, o que geraria menos impactos nocivos.

Em 26 de março de 1991, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai assinaram o Tratado de Assunção (MERCOSUL, 1991), fundando o bloco econômico, com o objetivo de criar e desenvolver um mercado comum entre estes países, buscando a livre circulação de bens, serviços, capital e pessoas. Não obstante, inicialmente, o MERCOSUL não inseriu o desenvolvimento sustentável como um dos seus objetivos principais, sendo assim, o Tratado de Assunção ficou restrito apenas à uma breve menção em seu Preâmbulo sobre o alcance das liberdades referidas mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas e a complementação dos diferentes setores da economia, com base nos *princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio*. (MERCOSUL, 1991) (Grifamos)

A prioridade, em nível internacional, sempre foi aumentar o acúmulo de riquezas, de renda e expandir o crescimento econômico e, de fato, é possível verificar um aumento significativo na economia regional nas últimas décadas, consolidando-se como a quinta economia do mundo, sendo que, no ano de 2021, o intercâmbio comercial do MERCOSUL com o mundo foi de US\$ 598 bilhões, obtendo um aumento de 37% com relação a 2020, enquanto que o comércio *intra* zona foi de US\$ 40 bilhões, evidenciando um aumento de 42% com relação a 2020 (MERCOSUR, 2022, p. 3). Contudo, para que esses objetivos sejam alcançados, as questões ambientais geralmente são deixadas

em segundo plano, por isso, a economia verde possui um papel importante, pois seu objetivo é ajudar na melhoria do bem-estar da humanidade, promovendo a igualdade social, ao mesmo tempo em que se busca reduzir significativamente os riscos ambientais e a escassez ecológica. (PNUMA, 2011, p. 9)

Levando em consideração esse cenário, para o desenvolvimento do presente artigo, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: Quais são as principais iniciativas legais existentes no MERCOSUL, em matéria de produção e consumo sustentáveis, compatíveis com as orientações das Nações Unidas, com especial ênfase nas orientações contidas na Agenda 2030 sobre Desenvolvimento Sustentável e nas Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor?

Com o objetivo de responder ao problema de pesquisa apresentado, será realizada uma análise das recomendações em torno aos padrões de produção e consumo sustentáveis na perspectiva global, à luz do ODS nº 12 da Agenda 2030 e das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor, a fim de identificar as principais orientações da ONU neste sentido. Em seguida, será estudado o Direito do MERCOSUL (ambiental e consumerista) a fim de reconhecer quais são as iniciativas legais existentes e em desenvolvimento relacionadas à produção e consumo sustentáveis, com especial ênfase nos tratados, decisões, resoluções, diretrizes e declarações presidenciais. Igualmente, se pretende verificar se o MERCOSUL realmente está se preocupando com a implementação da Agenda 2030 sobre Desenvolvimento Sustentável (especificamente com o ODS nº 12) e com as Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor (com ênfase na sessão “H” - promoção do consumo sustentável), quando aprova resoluções, diretrizes, planos de ações e determinações elaboradas pelo Subgrupo de Trabalho nº 6 (Meio Ambiente) e pelo Comitê Técnico nº 7 (Defesa do Consumidor).

A pesquisa que se apresenta é de cunho qualitativo, tendo se valido do método normativo-descritivo e das técnicas bibliográfica e documental, numa perspectiva crítica e interdisciplinar.

Para o seu desenvolvimento, o texto foi dividido em 03 partes: a primeira, realiza uma análise das principais orientações das Nações Unidas sobre produção e consumo sustentáveis, especialmente, as contidas no ODS 12 da Agenda 2030 e nas Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor; a segunda, aborda os padrões de produção e consumo sustentáveis no MERCOSUL, identificando a implementação da Agenda 2030 e das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor; e, por fim, a terceira, elenca as principais iniciativas adotadas no MERCOSUL para o fomento da produção e do consumo sustentáveis na região.

## 2. Os padrões de produção e consumo sustentáveis na perspectiva global

O debate sobre a preservação do meio ambiente e sua degradação, resultantes dos hábitos de produção e consumo insustentáveis, transformaram-se em um dos principais temas inseridos na pauta internacional, entretanto, em razão da sua importância para diversos setores, é possível afirmar que sua repercussão é considerada recente e, de certa forma, tardia, tendo em vista que, começou a ganhar visibilidade, no cenário global, somente após a criação da ONU, em 1945, durante o período conhecido como pós 2ª Guerra Mundial.

Portanto, a ONU foi responsável pela inserção da pauta do desenvolvimento sustentável e da sustentabilidade à nível global, consolidando-se como a principal referência internacional no que tange aos debates sobre a temática ambiental e suas ramificações. Dentro desse contexto, a primeira conferência internacional ocorreu, em 1972, na Cidade de Estocolmo, Capital da Suécia, conhecida como a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano - *United Nations Conference on the*



*uman Environment (UNCHE)* (UNEP, 1972), ocasião em que se mostrou para o mundo que a preservação ambiental deixou de ser um tema restrito a cientistas e ecologistas e transformou-se num tema prioritário da agenda internacional.

Hodiernamente, sabendo-se que os modelos de produção, os hábitos de consumo e as novas “necessidades” do mercado modificam-se constantemente e que, ao mesmo tempo, há um fomento ao hiperconsumo, caracterizado pelo consumo exacerbado e pelo descarte em abundância, a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), através do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), em estudo publicado em 2013, descreveu o esgotamento do atual modelo de produção e consumo, nos seguintes termos:

[...] vive-se em uma época na qual o elo entre desenvolvimento humano e consumo se rompeu. Utilização irresponsável dos recursos naturais, mudanças climáticas globais, concentração de renda em pequena parte da população, poluição, destruição das florestas, utilização da tecnologia para aumentar os lucros de uma produção insustentável, tudo isso demonstra o esgotamento do atual modelo de produção e consumo. (SENACON, 2013, p. 43).

A partir do exposto, para que se possa alcançar o objetivo da sustentabilidade, evidencia-se a necessidade de se discutir, estudar e questionar os padrões atuais de consumo. (HOHENDORFF, 2020, p. 68) No entanto, a adoção de padrões de produção e de consumo sustentáveis não se resume apenas à implementação de um plano de ação de redução de poluentes nas indústrias e na compra de produtos menos poluentes, como por exemplo, o plástico, por parte dos consumidores. É preciso, pois, romper com esse paradigma.

No MERCOSUL, a circulação de produtos e serviços ocorre de forma acentuada entre os Estados Partes - o que diz respeito à essência da integração regional -, fazendo-se necessária, portanto, uma harmonização da legislação ambiental e consumerista. Em outras palavras, o MERCOSUL precisa acrescentar a sustentabilidade como um de seus objetivos, adotando

as atuais orientações da ONU sobre produção e consumo sustentáveis para que o bloco implemente, de forma efetiva, uma estratégia econômica mais verde e responsável, permitindo que a região desenvolva-se economicamente, socialmente e ecologicamente e, como consequência, obtenha um aumento significativo na qualidade de vida dos cidadãos mercosulinos de hoje e das futuras gerações, aliado à preservação dos recursos naturais.

### *2.1 A importância do consumo e produção responsáveis (ODS 12) para a economia verde, à luz da Agenda 2030 sobre Desenvolvimento Sustentável*

Em 2015, representantes de 195 Estados Membros da ONU se reuniram para a realização da Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, ocasião em que foram estabelecidos os 17 novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), acompanhados de 169 metas, formando o principal documento internacional sobre sustentabilidade da atualidade: a Agenda 2030 das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável. Esta Agenda é um plano de ação para as pessoas, o Planeta e a prosperidade, na medida em que busca estabelecer a paz universal com mais liberdade e igualdade, reconhecendo que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. (ONU, 2015, p. 3)

Sua principal finalidade, como documento de *soft law*, é orientar os Estados Membros na implementação e criação de normas, políticas públicas e projetos que promovam o desenvolvimento sustentável até o ano de 2030.

Com relação ao ODS 12, suas metas foram elaboradas para atender desde o processo de produção até o momento do descarte, visando a eficiência na transformação dos recursos e no consumo dos produtos (RODRIGUES; GERHARDT, 2021, p. 11). Portanto, para que este ODS seja alcançado até 2030, as oito metas estabelecidas buscam promover: (I) o desenvolvimento e

adoção do Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis; (II) a implementação de mecanismos de gestão sustentáveis para estabelecer a utilização dos recursos naturais de forma mais eficiente; (III) a diminuição do desperdício de alimentos *per capita* mundial, em todos os setores, desde o processo de colheita e produção até o momento do descarte; (IV) a administração apropriada dos produtos e resíduos químicos, a fim de reduzir o seu descarte no meio ambiente, preservando a saúde humana e o meio ambiente, conforme orientações acordadas e estabelecidas pela comunidade internacional; (V) a redução da produção de resíduos, fomentando as práticas de prevenção, reuso, reciclagem e redução; (VI) o desenvolvimento de iniciativas para grandes empresas e transnacionais com o objetivo de promover a adoção de práticas mais sustentáveis, no setor industrial; (VII) a promoção de escolhas mais sustentáveis durante o processo de compras públicas; (VIII) a facilitação do acesso à informação e educação com o objetivo de conscientizar o consumidor sobre suas escolhas. (ONU, 2015, p.31-32)

Nesse sentido, o ODS 12 é um dos principais aliados para a transição de uma economia insustentável (ou *marrom*), para uma economia mais *verde* e sustentável, visto que a produção de produtos, fornecimento de serviços e o consumo em si são os principais objetos das relações econômicas.

Sobre o tema, cabe destacar que o conceito de “economia verde” foi criado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), em 2008, com o objetivo de propagar a ideia de uma economia menos nociva ao meio ambiente, que utilize os recursos naturais de forma mais adequada, evitando que ocorra a sua escassez, a fim de desenvolver uma sociedade mais inclusiva.

No mesmo sentido, o Relatório de progresso sobre o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentável, publicado em 11 de julho de 2022, ressalta a importância gerada pela produção e consumo para o fomento da economia global, porém, também demonstra que o cenário atual é

preocupante, pois os impactos negativos ainda continuam sem registros de diminuição. Veja-se:

*The negative impacts of the unsustainable global systems of production and consumption on climate, biodiversity and pollution have continued unabated. The linear take-make-throw away production and consumption systems that drive our global economy have meant that prosperity and depletion of natural resources and the attendant negative impacts to people and planet have gone hand in hand.*<sup>4</sup> (PNUMA, 2022, p. 1).

Ainda, o PNUMA já sinalizou, muito antes da aprovação da Agenda 2030, que os termos “economia verde” e “desenvolvimento sustentável” são fundamentais para o alcance do objetivo fim: a sustentabilidade. Sendo assim:

[...] o conceito de uma “economia verde” não substitui desenvolvimento sustentável, mas hoje em dia existe um crescente reconhecimento de que a realização da sustentabilidade se baseia quase que inteiramente na obtenção do modelo certo de economia. Décadas de criação de uma nova riqueza através de um modelo de “economia marrom” não lidaram de modo substancial com a marginalização social e o esgotamento de recursos, e ainda estamos longe de atingir os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. A sustentabilidade continua sendo um objetivo vital a longo prazo, mas é preciso tornar a economia mais verde para chegarmos lá. (PNUMA, 2011, p. 9).

Sendo assim, um dos objetivos principais da economia verde é proporcionar qualidade de vida e um meio ambiente mais saudável. Nesse sentido, em 28 de julho de 2022, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução A/76/L.75, que pela primeira vez na história da humanidade reconhece o direito a um ambiente limpo, saudável e sustentável como sendo um direito humano, tendo destacado que este está relacionado com outros direitos e garantias e também com o direito internacional. (ONU, 2022, p. 3)

Portanto, constata-se a importância da implementação das metas do ODS 12 para a efetivação da transição ao paradigma da economia verde, visto

---

<sup>4</sup> Os impactos negativos dos sistemas globais insustentáveis de produção e consumo sobre o clima, a biodiversidade e a poluição continuam inabaláveis. Os sistemas lineares de produção e consumo que impulsionam nossa economia global demonstram que a prosperidade e o esgotamento dos recursos naturais e os consequentes impactos negativos para as pessoas e o Planeta andam de mãos dadas. (Tradução livre)

que a produção e o consumo são os principais agentes que fomentam a economia, e que, se pensados e projetos de forma consciente, gerarão menos impactos ao meio ambiente, possibilitando, por consequência, uma melhor qualidade de vida. Aliás, a transição da economia marrom para a economia verde, de forma gradual, também atinge o consumidor, e especialmente, o seu poder de escolha, facilitando, desse modo, através da informação e educação, a adoção de hábitos de consumo “amigos da natureza”, tendo em vista a promoção do consumo sustentável.

## *2.2. As contribuições das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor para o fomento da produção e do consumo sustentáveis*

Como referido anteriormente, o consumidor é considerado como um dos principais *players* na promoção do desenvolvimento sustentável, contudo, na perspectiva global, nem sempre foi assim. A primeira vez que a proteção do consumidor foi abordada ocorreu em de março de 1962, pelo então Presidente John F. Kennedy, por meio da apresentação de uma mensagem gravada em uma sessão do Congresso Nacional dos Estados Unidos da América. O Presidente referido utilizou a frase “Consumidores, por definição, somos todos nós” para apresentar a primeira normativa no mundo que não só reconhecia a condição de consumidor a todo cidadão norte-americano, como também destacava direitos fundamentais que deveriam ser assegurados por lei a essa nova categoria, tais como o direito à vida e segurança, o direito à informação, o direito à livre escolha e o direito a ser ouvido (IDEC, 2022). A mensagem especial do Presidente John F. Kennedy causou grande impacto no cenário mundial e despertou nos Estados a necessidade de proteção do consumidor, além de influenciar decisivamente a discussão do tema pela ONU, especialmente, pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC). (SANTANA, 2014, p. 55-56)

Como consequência do discurso presidencial, em 1985, foram criadas as Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor, aprovadas pela Resolução nº 39/248, com o intuito de orientar a criação de legislações consumeristas nos Estados Membros. No entanto, pese à importância e à repercussão da iniciativa, essa primeira versão abordava apenas os direitos básicos do consumidor, sem qualquer referência ao consumo sustentável. Alguns anos depois, por forte influência da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO-92), o ECOSOC realizou modificações nas Diretrizes e pela Resolução nº 1999/7, de 26 de julho de 1999, estas foram reformadas, com a finalidade última de se incluir disposições relativas ao consumo sustentável para preservar o bem-estar das presentes e futuras gerações quanto aos aspectos econômicos, sociais e ambientais. (SANTANA, 2014, p. 58)

Destaca-se que esta reforma foi muito significativa, pois o texto original das Diretrizes assegurava apenas os direitos básicos para a efetiva proteção do consumidor e com a inclusão do tópico de fomento ao consumo sustentável, percebe-se que o consumidor assumiu o dever de cooperar, por meio dos seus hábitos de consumo, na busca do objetivo de construir uma sociedade mais sustentável. Na primeira versão, apenas os Estados e fornecedores possuíam deveres e obrigações; já na segunda versão, inclui-se o dever do consumidor de contribuir para a proteção ambiental, por meio da mudança nos seus hábitos de consumo.

Ainda, com relação à modificação que incluiu as disposições sobre a promoção do consumo sustentável no texto das Diretrizes de 1999, Sodré realiza a seguinte reflexão:

[...] não foi o movimento de defesa dos consumidores que exigiu uma mudança nas políticas ambientais. Pelo contrário: a análise histórica demonstra que foi o movimento de defesa do meio ambiente que incluiu o tema dos padrões de consumo e produção sustentáveis na pauta consumerista. Isto porque os primeiros documentos das Nações Unidas que tratam do consumo sustentável nasceram das conferências sobre meio ambiente. (SODRÉ, 2022, p. 16)

Atualmente, as Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor estão na sua terceira versão, sendo que, a última alteração ocorreu em 2015, por meio da Resolução nº 70/186, a qual adicionou orientações específicas para o comércio eletrônico, serviços financeiros e superendividamento do consumidor, bem como determinou a criação do Grupo Intergovernamental de Especialistas em Direito e Política de Proteção ao Consumidor - *Intergovernmental Group of Experts on Consumer Protection Law and Policy (IGE-CONS)*. Essas alterações foram realizadas para atender às novas necessidades dos consumidores atuais, sobretudo, em razão do comércio eletrônico que, revolucionou os hábitos de consumo e expôs o consumidor a novas vulnerabilidades (VIEIRA; CIPRIANO, 2021, p. 115-116).

Sobre o tema, já se referiu que a forma atual de consumir pode impactar diretamente no meio ambiente, nos seguintes termos:

*Recent advances in information and industrial technology have produced novel products and services available to consumers, so that even the way services are contracted and products bought has changed considerably. Today, everything is easier and faster. Products and services are almost immediately available, accessible in so far as a purchase is simply one 'click' away. The challenge here is that consumer information and awareness has not kept pace with the development of new services, new products and new methods of purchasing them. Beyond contractual challenges, these new tools and ways to buy products and services have an important impact in consumer's lives and lifestyles which, in their turn, have also an impact in the environment. The topic of sustainable consumption, different types of waste, waste production and environmental impact must also be considered a result of new ways to purchase products and services, as well as of consumer's choice. (CIPRIANO, 2020, p. 156)<sup>5</sup>*

---

<sup>5</sup> Avanços recentes na tecnologia da informação e no setor industrial produziram novos produtos e serviços disponíveis aos consumidores, de modo que até mesmo a forma como os serviços são contratados e os produtos comprados mudou consideravelmente. Hoje, tudo é mais fácil e rápido. Os produtos e serviços estão disponíveis quase que imediatamente, são acessíveis na medida em que uma compra está a apenas um “click” de distância. O desafio é que a informação e a conscientização do consumidor não acompanharam o desenvolvimento de novos serviços, novos produtos e novos métodos de compra. Para além dos desafios contratuais, estas novas ferramentas e formas de comprar produtos e serviços têm um impacto importante na vida e no estilo de vida dos consumidores e, por sua vez, também têm

Levando em consideração o acima exposto, após a última reforma operada no texto das Diretrizes, a promoção do consumo sustentável passou a fazer parte da “seção “H” (itens 49 até 62) da versão de 2015. Sendo assim, ao se analisarem as disposições contidas nesta seção, constata-se que a ONU orienta a que ocorra uma união entre os Estados Membros, as empresas do setor privado, as organizações sociais relevantes da sociedade civil e o consumidor, para que a promoção do consumo sustentável seja realmente efetiva e eficaz. Nesse sentido, o item 49 das Diretrizes define o consumo sustentável como sendo um dos mecanismos que permite o atendimento das necessidades de bens e serviços das gerações atuais e futuras, de maneira sustentável econômica, social e ambientalmente. (IPSCONSUMO, 2018, p. 11)

O item 50, por sua vez, aborda a responsabilidade compartilhada de todos os membros da sociedade, durante todo o ciclo de produção e consumo, entre os quais se incluem consumidores informados, Estados Membros, empresas e organizações trabalhistas, organizações ambientais e de consumidores. Nesse tocante, as responsabilidades são divididas da seguinte maneira: (I) os Estados Membros são responsáveis pela criação e implementação de políticas para o consumo sustentável, as quais devem ser integradas junto às demais políticas públicas, com prévia consulta às organizações empresariais, ambientais, e de consumidores; (II) as Empresas são responsáveis por fomentar o consumo sustentável através do *designer*, da produção e distribuição dos produtos e serviços; e (III) as Organizações de consumidores e de meio ambiente são responsáveis por viabilizar a participação em debates públicos sobre a pauta do consumo sustentável,

---

impacto no meio ambiente. A temática do consumo sustentável, dos diferentes tipos de resíduos, da produção de resíduos e do impacto ambiental igualmente deve ser considerada como resultado das novas formas de aquisição de produtos e serviços, bem como das escolhas do consumidor. (Tradução livre)



informando o consumidor e desenvolvendo trabalhos com os Estados Membros e empresas para o crescimento de práticas de consumo mais sustentáveis.

Ainda, destacam-se os itens 51, 57, 60, 61 e 62, os quais estabelecem orientações referentes à cooperação entre os Estados Membros, as empresas, agências internacionais e organizações relevantes da sociedade civil. Já os itens 52, 53, 54, 55, 56 e 59 instituem deveres específicos aos Estados Membros. Por fim, o item 59 orienta os Estados Membros a utilizarem uma série de instrumentos econômicos, tais como instrumentos fiscais e de internalização de custos ambientais, para promover o consumo sustentável, levando em consideração as necessidades sociais, a necessidade de desestimular práticas insustentáveis e de incentivar práticas mais sustentáveis, evitando potenciais efeitos negativos para o acesso ao mercado, em especial nos países em desenvolvimento (IPSCONSUMO, 2018, p. 13).

Conforme já mencionado, a inserção do consumidor como agente indispensável para o estímulo do consumo sustentável não interferiu e nem diminuiu a proteção de seus direitos básicos. No contexto da promoção do consumo sustentável, também existe a preocupação em preservar os direitos básicos de proteção, conforme previsto no item 58 das Diretrizes, que busca estimular que os Estados Membros, na criação e no fortalecimento de mecanismos regulatórios efetivos para a proteção dos consumidores, incluam aspectos de consumo sustentável. (IPSCONSUMO, 2018, p. 13)

Por outro lado, é importante resgatar que as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor são classificadas como um instrumento de *soft law*, tal como ocorre com a Agenda 2030. Portanto, são um mecanismo de orientação internacional, que exerce forte influência nas deliberações dos Estados Membros, na medida em que incentivam a adoção de iniciativas, o “desenvolvimento e implementação de leis, políticas e programas de proteção ao consumidor” (VIEIRA; CIPRIANO, 2020, p. 594), mesmo que não sejam vinculantes. Nesse sentido, Fellous caracteriza as

Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor como instrumentos típicos de *soft law*:

[...] que definem as principais temáticas na matéria, a fim de estimular os Estados membros na produção de legislação interna ou regional e, assim, garantir um grau mínimo de proteção do consumidor, além de estimular a cooperação internacional na aplicação de dispositivos comuns que favoreçam a harmonização dos sistemas. (2021, não paginado).

Especificamente, no MERCOSUL, as Diretrizes desempenham papel fundamental, em especial a sessão sobre promoção do consumo sustentável, orientando e incentivando a implementação de mecanismos com o intuito de auxiliar na adoção de ações ambientalmente mais responsáveis no âmbito do bloco econômico, como será visto a continuação.

### 3. Os padrões de produção e consumo no MERCOSUL e a implementação da Agenda 2030 sobre Desenvolvimento Sustentável e das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor

Como dito anteriormente, o MERCOSUL foi fundado, em 1991, pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, por meio do Tratado de Assunção, com o objetivo de instituir um mercado comum para o desenvolvimento da economia regional. A promoção da implementação dos padrões de produção e de consumo sustentáveis, inicialmente, não era um dos objetivos do bloco, muito embora em fevereiro de 1992, os Estados Partes e o Chile tenham assinado a Declaração de Canela, acusando a importância da temática ambiental na região integrada. Não obstante, sob forte influência da ECO-92, ocorrida meses depois na Cidade do Rio de Janeiro, os Estados Partes perceberam a necessidade de desenvolver e implementar normativas específicas com o objetivo de harmonizar a tutela regional ambiental e consumerista.

Nesse sentido, a passos lentos e tímidos, o MERCOSUL começou a inserir a temática da sustentabilidade, especificadamente, relacionada à

implementação de padrões de produção e de consumo sustentáveis, na sua agenda de trabalho. Como consequência, o bloco desenvolveu e está desenvolvendo iniciativas importantes vinculadas ao tema referido.

Desse modo, foi aprovado o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do MERCOSUL (AQMAM)<sup>6</sup>, em 22 de junho de 2001 (MERCOSUL, 2021), tendo sido aditado, em 7 de julho de 2004, pela Decisão nº 14/2004, para a inclusão do Protocolo Adicional ao Acordo Quadro Sobre Meio Ambiente do MERCOSUL<sup>7</sup> (MERCOSUL, 2004). Resumidamente, pode-se afirmar que o AQMAM abriu portas para a harmonização da normativa ambiental no MERCOSUL, a fim de concretizar o desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente, como objetivos a serem buscados, conforme estabelecido no art. 4º do tratado. (D’ISEP, 2017, p. 289)

Posteriormente, em 28 de junho de 2007, o Conselho do Mercado Comum (CMC), pela Decisão nº 26/2007, aprovou a Política de Promoção e Cooperação em Produção e Consumo Sustentáveis no MERCOSUL, com o objetivo de criar uma política ambiental regional mais eficiente, que resulte em uma melhor administração dos recursos naturais, na redução da emissão de poluentes no meio ambiente, na melhoria da qualidade de vida dos residentes, no fomento à economia, na geração de mais empregos e na diminuição do índice de pobreza. Nesse sentido, foram adotados conceitos para a promoção da produção e do consumo sustentáveis, nas letras “b” e “c”, respectivamente:

(b) *Produção Sustentável (PS)*: É aquela que integra sistematicamente as variáveis econômicas, ambientais e sociais na produção de bens e serviços.

---

6 O Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do MERCOSUL (AQMAM) dispõe sobre o fortalecimento da temática ambiental nas agendas de trabalho do MERCOSUL e o papel dos Estados Partes, incentivando a cooperação internacional e estabelecendo melhorias no que diz respeito à preservação ambiental.

7 Protocolo Adicional ao Acordo Quadro Sobre Meio Ambiente do MERCOSUL acrescenta disposições sobre a cooperação entre os Estados Partes diante de situações relacionadas à matéria de emergências ambientais.

(c) *Consumo Sustentável (CS)*: O uso de bens e serviços que respondem às necessidades do ser humano e proporcionam uma melhor qualidade de vida e, ao mesmo tempo, minimizam o uso de recursos naturais, de materiais perigosos e a geração de desperdícios e contaminantes, sem colocar em risco as necessidades das gerações futuras. (MERCOSUL, 2007, p. 3). (Grifamos)

Pese a importância da Decisão nº 26/2007, apenas a Argentina e o Uruguai a incorporaram a seus ordenamentos jurídicos internos, sendo que Brasil e Paraguai estão pendentes, há mais de 15 anos, da internalização referida, o que dificulta a entrada em vigência da normativa (MERCOSUL, 2022) e representa um retrocesso para a integração regional e, sobretudo, para o meio ambiente e a saúde dos habitantes da região.

Por outro lado, outro grande feito do MERCOSUL, ocorreu em 2019, com a aprovação da Resolução nº 36/2019, que reconhece a existência de uma vulnerabilidade estrutural dos consumidores e eleva o consumo sustentável e a informação ao consumidor como princípios que compõem o Sistema MERCOSUL de Proteção do Consumidor, considerado um sistema de Ordem Pública Regional. O consumo sustentável e a informação ao consumidor foram reconhecidos como princípios, nos itens 5 e 11 do artigo 1º da Resolução em destaque, *in verbis*:

5. *Princípio do consumo sustentável*. O sistema de proteção ao consumidor impulsiona o consumo e a produção sustentáveis, em função das necessidades das gerações presentes e futuras. Para isso, entre outras medidas, favorece a minimização do uso de matérias primas e energias não renováveis, bem como a geração de menor quantidade de resíduos e o aumento do uso de energias ou matérias primas renováveis ou produto de reciclagem; (...)

11. *Princípio de Informação*. Os fornecedores devem prestar aos consumidores informação clara, verídica e suficiente que lhes permita fazer escolhas adequadas aos seus desejos e necessidades. (2019, p. 2) (Grifamos).

A transformação do consumo sustentável e do acesso à informação em princípios demonstra a preocupação do MERCOSUL em adotar padrões mais sustentáveis. Entretanto, a Resolução nº 36/2019, até o momento, foi incorporada apenas pelo Paraguai e Uruguai (MERCOSUL, 2022), estando

agora Argentina e Brasil na contramão dos esforços para a sua entrada em vigência.

Nesse contexto, referente à Resolução nº 36/2019, Vieira ressalta que a elevação do consumo sustentável à categoria de princípio pertencente ao Sistema Regional de Defesa do Consumidor do MERCOSUL foi uma importante iniciativa, na medida em que:

*[...] la Resolución n° 36/2019, rescatando el valor ya atribuido a la variable ambiental, eleva el consumo sostenible a la categoría de principio integrante del Sistema MERCOSUR de Defensa del Consumidor, dejando en claro la preocupación con tres ejes principales, a saber: a) la reducción del uso de recursos naturales, sobre todo energía no renovable; b) la disminución de la generación de desperdicios, contaminantes y otras clases de residuos; c) el fomento al incremento del uso de energías y materias primas renovables (a ejemplo de la energía solar, eólica, etc.) o productos de reciclaje.<sup>8</sup> (2020, p. 250-251)*

Atualmente, o MERCOSUL possui dois órgãos fundamentais para a criação e desenvolvimento de iniciativas normativas ambientais e consumeristas, denominados Subgrupo de Trabalho nº 6 (SGT nº 6) sobre meio ambiente e Comitê de Trabalho nº 7 (CT nº 7) sobre consumidor, cuja atuação e iniciativas serão abordados no tópico que segue.

### *3.1 A implementação do ODS nº 12 na agenda de trabalho do SGT nº 6*

Ao mesmo tempo em que o MERCOSUL busca desenvolver a economia regional, sabe-se que grande parte da poluição ambiental é oriunda dos meios insustentáveis de produção e consumo. Portanto, a adoção de iniciativas legais e políticas públicas destinadas ao fomento da economia, aliada à

---

<sup>8</sup> A Resolução nº 36/2019, resgatando o valor já atribuído à variável ambiental, eleva o consumo sustentável à categoria de princípio integrante do Sistema MERCOSUL de Defesa do Consumidor, deixando transparecer a preocupação com três eixos principais, a saber: a) a redução do uso de recursos naturais, sobretudo energia não renovável; b) a diminuição da geração de desperdícios, poluentes e outras categorias de resíduos; c) o fomento do incremento do uso de energias e matérias primas renováveis (a exemplo da energia solar, eólica, etc.) ou produtos de reciclagem. (Tradução livre)

preservação do meio ambiente, é medida necessária. Justamente buscando colocar este objetivo em prática, restou estabelecido que a implementação do ODS nº 12 se daria, principalmente, por meio da atuação do SGT nº 6. Para se entender a importância deste órgão nesta seara, em primeiro lugar, é menester introduzir como se deu a sua criação para, logo, abordar as principais iniciativas vinculadas à sustentabilidade sob a ótica deste artigo.

Sendo assim, por meio da Resolução nº 20/1995<sup>9</sup>, a Reunião Especializada do Meio Ambiente (REMA) foi transformada no SGT nº 6, órgão vinculado ao Grupo Mercado Comum (GMC), desenvolvido especificadamente para deliberar sobre matéria ambiental, com especial ênfase na criação e desenvolvimento de planos de ações e normativas de *hard law*, a exemplo das resoluções e tratados. Dessa forma, a primeira reunião do órgão ocorreu entre os dias 17 e 18 de maio de 1995 (MERCOSUL, 1995). A partir de então, durante as reuniões, o SGT nº 6 vem desenvolvendo iniciativas entre as quais se destacam aquelas vinculadas à produção sustentável, sem desmedro de outras que aqui não serão abordadas, dado o recorte temático desta pesquisa.

Ao se analisarem as atas das reuniões levadas a cabo, verifica-se que o SGT nº 6, na medida do possível, tem tentado criar e desenvolver ações relacionadas à implementação de padrões mais sustentáveis na produção, muito antes da criação da Agenda 2030, ainda sob a égide dos Objetivos do Milênio. Inclusive, algumas iniciativas foram desenvolvidas conforme as metas estabelecidas no ODS nº 12, porém, nas reuniões realizadas nos últimos anos, constata-se a ausência de criação de rascunhos de normativas e planos de ação específicos sobre o ODS em referência, mesmo que tenha sido determinado na LXII Reunião Ordinária do SGT nº 6, realizada entre os dias 22, 23 e 25 de junho de 2015, em Brasília, que o ODS nº 12 deverá constituir um tema potencial para a cooperação no contexto do MERCOSUL,

---

9 Dispõe sobre a criação de dez Subgrupos de Trabalhos, entre eles o SGT nº 6 sobre Meio Ambiente, Reuniões Especializadas sobre Ciência, Tecnologia e Turismo, Grupos Ad-Hoc, bem como o Comitê de Cooperação Técnica MERCOSUL.

promovendo o intercâmbio e o fortalecimento dos países da região em suas iniciativas para mudar os padrões de produção e de consumo com vistas à sustentabilidade, com reflexos em vários outros objetivos de desenvolvimento, tais como a erradicação da pobreza, conforme previsto no item 4.1 da Ata da reunião referida. (MERCOSUL, 2015)

Muito embora a primeira iniciativa relacionada com a temática da produção e consumo sustentáveis tenha sido inserida na pauta da reunião do SGT nº 6, realizada entre os dias 06 e 08 de agosto de 1996, na Cidade de Brasília (MERCOSUL, 1996), antes mesmo da aprovação dos Objetivos do Milênio do ano 2000, cabe destacar que a mesma, vinculada à criação do Selo Verde do MERCOSUL, ainda continua em desenvolvimento pelo SGT nº 6, mesmo após vinte anos da sua inclusão na agenda de trabalho do órgão descrito.

Cabe registrar que nos anos seguintes, o SGT nº 6 criou o plano de ação para a implementação de uma gestão mais adequada das substâncias e produtos químicos, que começou a ser arquitetada durante a reunião realizada entre os dias 09 e 12 de abril de 2002, em Buenos Aires, Argentina (MERCOSUL, 2002). Seu desenvolvimento continuou nas reuniões seguintes e, atualmente, esse plano continua em fase de implementação, tanto que, na reunião realizada entre os dias 24 e 26 de fevereiro de 2022, os representantes das delegações teceram comentários direcionados ao Plano de Ação do MERCOSUL sobre Substâncias Químicas e Produtos Perigosos vigente entre os anos 2021-2024 (item 2.2 da ata). (MERCOSUL, 2022)

A criação dessa iniciativa, muito embora anteceda a Agenda 2030, se relaciona às metas 12.4 e 12.5 do ODS nº 12, que almejam o manejo mais sustentável e menos nocivo dos produtos químicos e de todos os resíduos, ao longo de todo o seu ciclo de vida. Tudo isso em conformidade com o estabelecido pelos acordos internacionais, para que ocorra a redução expressiva de poluentes liberados (meta 12.4), bem como a redução

significativa da produção de resíduos através da prevenção, redução, reciclagem e reuso (item 12.5).

Em 2012, durante as reuniões do SGT nº 6, iniciou-se o debate para o fortalecimento do sistema regional de informações, por meio do Sistema de Informação Ambiental do MERCOSUL (SIAM), destinado a auxiliar na tomada de decisões e a servir como contribuição para a visibilidade das negociações nos fóruns ambientais bloco, para a gestão ambiental integrada, para a formulação de políticas ambientais regionais e para a sensibilização e educação ambiental. (SIAM, 2022)

Este projeto ainda está em fase de desenvolvimento e durante a LXXI Reunião Ordinária do SGT nº 6, realizada em 27 de setembro de 2021 (MERCOSUL, 2021), a Delegação Argentina enfatizou que o MERCOSUL necessita desenvolver um Observatório Ambiental de fácil acesso e com informações confiáveis e constantemente atualizadas, pois, atualmente, o SIAM é um sistema que apresenta dificuldades no acesso. Inclusive, a Delegação em referência reiterou que é responsabilidade dos Estados Partes cooperar para manter uma base de informações atualizadas. Os demais representantes concordaram com o pronunciamento do delegado argentino sobre o desenvolvimento de um sistema de base de dados que proporcione o fácil acesso e a inclusão e atualização de informações.

Com relação à criação do Observatório, é importante esclarecer que esta foi uma sugestão apresentada pela Delegação da Argentina, durante a XXVI Reunião do REMA, realizada em março de 2021, em comemoração aos 30 anos do MERCOSUL, com a clara intenção de amenizar a tensão entre a União Europeia e o bloco sul-americano, no tocante aos pontos divergentes sobre a matéria ambiental que estão inviabilizando a aprovação do Acordo de Livre Comércio, concluído em 2019, após longos 20 anos de negociações.

Nesse sentido, alguns países da Europa (a exemplo da França) vêm demonstrando preocupação com o possível descumprimento das metas relativas ao Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas, pelo MERCOSUL,



tendo em vista os altos níveis de desmatamento da Floresta Amazônica e a precariedade da atual política ambiental brasileira. (VIEIRA; BEN, 2022, p. 321)

Nesse sentido, ainda, com relação à plataforma do SIAM, cabe registrar que o cidadão mercosulino consegue acessá-la normalmente, consultar dados de projetos em desenvolvimento, projetos desenvolvidos, entre outras informações. Contudo, o *site* poderia passar por alterações para facilitar o acesso à informação ambiental. Pese ao exposto, constata-se que este projeto está em consonância com a meta 12.8 do ODS nº 12, que estabelece que os Estados devem garantir que as pessoas, em todos os lugares, recebam informação relevante, bem como conscientização para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza.

Como visto, o SGT nº 6 desenvolve um papel fundamental na harmonização das legislações nacionais relativas à tutela ambiental regional. As reuniões são fundamentais para estabelecer ações necessárias para a preservação do meio ambiente e da qualidade de vida da população. Não obstante, verifica-se uma carência de maiores iniciativas específicas em matéria de fomento à produção (e também ao consumo) sustentável, evidenciando, igualmente, a necessidade de que os temas sejam tratados em esforço conjunto como o trabalho do CT nº 7, por se tratar de temática transversal.

### *3.2. A implementação das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor na agenda de trabalho do CT nº 7*

No ano de 1995, por meio da Diretriz nº 01/1995<sup>10</sup>, foi criado o Comitê Técnico nº 7 (CT nº 7), órgão subordinado à Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), com a principal atribuição de criar iniciativas regionais

---

10 Dispõe sobre a criação de dez Comitês Técnicos, entre eles o Comitê Técnico nº 7 sobre Defesa do Consumidor.

específicas para a proteção do consumidor, na tentativa de harmonizar a legislação nacional dos Estados.

Nesse sentido, o CT nº 7 iniciou os trabalhos no mesmo ano de criação, tendo realizado a sua primeira reunião entre os dias 03 e 06 de abril de 1995, em Assunção, Paraguai (MERCOSUL, 1995). Entretanto, como a criação do órgão precede a inclusão da seção da “promoção do consumo sustentável” no texto das Diretrizes, que ocorreu apenas quatro anos depois, em 1999, percebe-se que o CT nº 7, em um primeiro momento, preocupou-se em deliberar sobre outras questões relacionadas aos direitos básicos e à proteção do consumidor, não tendo abordado a questão da sustentabilidade.

Gradualmente, o CT nº 7 passou a inserir a temática do consumo sustentável nas pautas das reuniões ordinárias e extraordinárias e, conseqüentemente, iniciativas importantes começaram a ganhar forma e algumas ainda estão em desenvolvimento. Registra-se que durante as últimas reuniões, o CT nº 7 desenvolveu iniciativas voltadas ao acesso à informação do consumidor sobre produção e consumo sustentáveis.

Em 2017, durante a reunião realizada entre os dias 20 e 21 de abril, na Cidade de San Salvador de Jujuy/Argentina (MERCOSUL, 2017), as delegações acordaram na criação de um Manual de Boas Práticas Comerciais, nos termos das Diretrizes das Nações Unidas. Inicialmente, a ideia era focada na criação deste instrumento com base no comércio apenas de eletrodomésticos, mas nas reuniões seguintes o projeto foi sofrendo alterações, tendo sido incluída a proposta de criação do Manual de Consumo Sustentável.

A fim de se concretizar o projeto referido, a criação do Manual de Boas Práticas Comerciais e de Sustentabilidade de Produtos foi finalmente encabeçada pela Delegação paraguaia, durante a reunião realizada na modalidade virtual, entre os dias 02 e 03 de junho de 2020. (MERCOSUL, 2020) O rascunho dos textos foi redigido com base no cumprimento das orientações contidas nas Diretrizes das Nações Unidas para Proteção do Consumidor e no ODS nº 12, com o objetivo de possibilitar que o consumidor

tenha acesso à informação sobre a sustentabilidade dos produtos e sobre os princípios relativos às boas práticas comerciais. Sendo assim, verifica-se que ambos estão de acordo com a meta 12.8 do ODS 12 e com a sessão “Programas de Educação e Informação” das Diretrizes, especialmente o item 42, que estabelece que deve haver o incentivo e desenvolvimento de programas específicos de educação e de informação sobre consumo, inclusive sobre os impactos negativos que os hábitos do consumidor podem causar no meio ambiente. (IPSCONSUMO, 2018, p. 13)

No que nos interessa, na reunião realizada em 23 de maio de 2022, restou registrado no item “1.3” da respectiva Ata, que a Delegação uruguaia confirmou que o Manual de Consumo Sustentável já foi revisado pelo Ministro da Economia e que, até o presente momento, está aguardando as considerações do coordenador do SGT nº 6, que o remeterá aos demais coordenadores para comentários e opiniões, o que demonstra um começo de diálogo entre os dois órgãos que trabalham com temas que estão entre si relacionados. (MERCOSUL, 2022)

Após a análise das atas das reuniões de trabalho do CT nº 7, verifica-se que o órgão está empenhado em desenvolver projetos voltados para o consumo sustentável, porém, é perceptível que a finalização das propostas prolonga-se por bastante tempo, o que pode resultar em dificuldades na sua implementação.

#### 4. Considerações finais

O esgotamento dos recursos naturais é uma realidade que precisa ser enfrentada. Ainda se consome muito além da capacidade da natureza, o que vem resultando na constante elevação da temperatura global, em completo desrespeito aos compromissos estabelecidos pelos acordos internacionais. Vinculado a isso, desastres naturais e antropogênicos estão sendo cada vez mais recorrentes. Portanto, a adoção de práticas voltadas à redução do consumo desnecessário, à preocupação com o descarte e também com uma

produção mais limpa são medidas que não podem ser ignoradas se o que se busca é, efetivamente, o bem-estar das gerações atuais e futuras. (VIEIRA; FRAINER, 2022, p. 415)

Com relação aos atos internacionais, como a Agenda 2030 e as Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor, cabe destacar o protagonismo exercido por esses documentos no processo de tomada de decisão por parte dos Estados Membros, na medida em que fomentam a adoção de iniciativas voltadas ao estabelecimento de padrões de produção e de consumo sustentáveis. Ambos documentos são apenas orientações ou recomendações gerais para os Estados, servindo de instrumento para a modificação da legislação interna e implementação de políticas públicas, mas, não se pode negar que mesmo sendo *soft law* exercem forte influência moral sobre os Estados.

No que tange ao MERCOSUL, e buscando responder ao problema de pesquisa, verifica-se que as orientações contidas tanto na Agenda 2030, quanto nas Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor, relativas à implementação de padrões de produção e consumo sustentáveis, têm sido objeto de preocupação. Nesse sentido, o bloco tem aprovado normas de relevo, a exemplo da Resolução nº 36/2019, que inseriu o princípio do consumo sustentável no Direito do MERCOSUL.

Sendo assim, há a intenção de se desenvolver uma tutela regional ambiental e consumerista harmonizada, através da aprovação de normas de *hard law*, mas que muitas vezes se fazem de difícil implementação pelo fato de que nem todos os Estados Partes as internalizam, impossibilitando a sua entrada em vigor. Aqui, infelizmente, o Brasil, tem sido um dos protagonistas na obstaculização da entrada em vigência de normas como a Resolução em referência.

Outrossim, no que se refere à agenda dos órgãos de trabalho especializados, a saber, SGT nº 6 e CT nº 7, constata-se que as delegações possuem forte interesse e engajamento para o desenvolvimento de projetos

baseados nas orientações estabelecidas pelos documentos internacionais estudados. Alguns deles, por exemplo, optam pela via do *soft law*, servindo como orientação e política pública, como é o caso do Manual sobre Consumo Sustentável. Entretanto, muitas iniciativas demoram anos para serem implementadas, como é o caso do Selo Verde MERCOSUL, que está em pauta desde 1996 e ainda está agenda de trabalho do SGT nº 6 como ação a ser realizada.

Como se verifica, o debate sobre questões ambientais vinculadas ao direito do consumidor transformou-se em um assunto multidisciplinar e transnacional, que, portanto, deve ocupar um lugar de destaque na agenda dos Estados e aqui, especificamente, do MERCOSUL. Nesse sentido, deve haver o desenvolvimento de mecanismos de acesso à informação clara e eficaz, para que o consumidor se conscientize a respeito de que suas escolhas podem impactar diretamente no meio ambiente, já que ele é corresponsável pela manutenção de um ecossistema sadio e equilibrado.

Já com relação aos produtores, igualmente corresponsáveis, é de extrema importância que ocorra a implementação de padrões de produção menos nocivos ao meio ambiente, que estejam presentes durante todo o ciclo de vida útil dos produtos, na tentativa de se introduzir, gradualmente, uma economia mais verde em busca da implementação de práticas de sustentabilidade.

## Referências

BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR. **Consumo Sustentável**. Caderno de Investigações Científicas. vol. 3. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/Anexos/consumo-sustentavel.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2021.

CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. Consumer Law and Sustainability: the work of the United Nations. *In*: AMARAL JÚNIOR, Alberto; ALMEIDA, Lucila; VIEIRA, Luciane Klein (Eds.). **Sustainable Consumption: The Right to a Healthy Environment** Cham: Springer, 2020. p. 153-166.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

FELLOUS, Beyla Esther. A contribuição dos preceitos de soft law na Proteção Internacional do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; VIEIRA, Luciane Klein; BAROCELLI, Sergio Sebastián (org.). **Los 30 años del MERCOSUR: avances, retrocesos y desafíos en materia de protección al consumidor**. Buenos Aires: IJ Editores, 2021. Documento não paginado.

HOHENDORFF, Raquel von. Momento de Reflexão: Eu Consumidor no Mundo Atual de Hiperconsumo e as Questões de Consumo Sustentável (Ods 12)!. In: VIEIRA, Luciane Klein. **A proteção do consumidor e o consumo sustentável: a dimensão global e regional do consumo sustentável e as iniciativas nacionais**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2020. p. 147-171.

INSTITUTO DE PESQUISA E ESTUDOS SOCIEDADE E CONSUMO (IPSCONSUMO). **Diretrizes das Nações Unidas de Proteção do Consumidor**. Tradução: Maria Margarete Batalha. [S. l.]: IPSCONSUMO, [2018?]. Tradução não oficial do documento UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2016/1. Disponível em: <http://abrarec.com.br/wp-content/uploads/2018/09/Diretrizes-ONU-Portugues-2018.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

MERCOSUL. **Acordo-quadro sobre Meio Ambiente do MERCOSUL**. Assunção: MERCOSUL, 22 jun. 2001. Disponível em: [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/10921\\_DEC\\_0022001\\_PT\\_Acordo%20Meio%20Ambiente\\_MCS\\_Atata%201\\_01.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/10921_DEC_0022001_PT_Acordo%20Meio%20Ambiente_MCS_Atata%201_01.pdf). Acesso em: 18 maio 2022.

MERCOSUL. Conselho do Mercado Comum (CMC). **Protocolo Adicional ao Acordo Quadro Sobre Meio Ambiente do MERCOSUL para o caso de emergências ambientais**. Puerto Iguazú/ARG: CMC, 2004. Aprovada em 2004 pela Decisão no 14/2004. Disponível em: [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/50959\\_DEC\\_014-2004\\_PT\\_FERR%201\\_ProtAdicAcdoMeioAmbiente.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/50959_DEC_014-2004_PT_FERR%201_ProtAdicAcdoMeioAmbiente.pdf). Acesso em: 31 mai. 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/ SGT n° 6/ATA n° 01/1995**. Montevideu: MERCOSUL, 1995. Disponível em: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/51458\\_SGT6\\_1995\\_ACTA01\\_ES.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/51458_SGT6_1995_ACTA01_ES.pdf). Acesso em: 12 jun. 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/ SGT n° 6/ATA n° 02/1996**. Brasília/DF: MERCOSUL, 1996. Disponível em: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/51460\\_SGT6\\_1996\\_ACTA02\\_PT.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/51460_SGT6_1996_ACTA02_PT.pdf). Acesso em: 12 jun. 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/CMC/DEC. n° 26/07**. Assunção: MERCOSUL, 2007. Disponível em: [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/320\\_DEC\\_0262007\\_PT\\_PolitiCoopePro moProducSusten.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/320_DEC_0262007_PT_PolitiCoopePro moProducSusten.pdf). Acesso em: 30 maio 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/CT n° 7/ATA n° 01/2015**. Brasília/DF: MERCOSUL, 2015. Disponível em: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/57424\\_CT7\\_2015ATA01\\_PT.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/57424_CT7_2015ATA01_PT.pdf). Acesso em: 12 jun. 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/CT n° 7/ATA n° 01/2020**. [S.l.]: MERCOSUL, 2020. Disponível em: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/78010\\_CT7\\_2020\\_ACTA01\\_ES.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/78010_CT7_2020_ACTA01_ES.pdf). Acesso em: 01 jun. 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/CT n° 7/ATA n° 03/2022**. [S.l.]: MERCOSUL, 2022. Disponível em: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/89064\\_CT7-2022ACTA03-ES.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/89064_CT7-2022ACTA03-ES.pdf). Acesso em: 02 jun. 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/CT n° 7/ATA n° 03/2022**. [S.l.]: MERCOSUL, 2022. Disponível em: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/89064\\_CT7-2022-ACTA03-ES.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/89064_CT7-2022-ACTA03-ES.pdf). Acesso em: 02 jun. 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/GMC/RES. n° 36/19**. Santa Fé: MERCOSUL, 2019. Disponível em:

[https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/73866\\_RES\\_0362019\\_PT\\_Defesa%20Consumidor%20Princ%C3%ADpios%20Fundamentais.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/73866_RES_0362019_PT_Defesa%20Consumidor%20Princ%C3%ADpios%20Fundamentais.pdf). Acesso em: 30 maio 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/SGT n° 6/ATA n° 01/2002**. Buenos Aires: MERCOSUL, 2022. Disponível

em: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/15594\\_SGT6\\_2002\\_ACTA01\\_ES.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/15594_SGT6_2002_ACTA01_ES.pdf). Acesso em: 12 jun. 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/SGT n° 6/ATA n° 01/2015**. Brasília/DF: MERCOSUL, 2015. Disponível

em: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/57777\\_SGT6\\_2015\\_ACTA01\\_PT.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/57777_SGT6_2015_ACTA01_PT.pdf). Acesso em: 13 ago. 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/SGT n° 6/ATA n° 01/2022**. [S.l.]: MERCOSUL, 2022. Disponível

em: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/88539\\_SGT6\\_2022\\_ACTA01-Ext\\_ES\\_Vc.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/88539_SGT6_2022_ACTA01-Ext_ES_Vc.pdf). Acesso em: 12 jun. 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/SGT n° 6/ATA n° 03/2021**. [S.l.]: MERCOSUL, 2021. Disponível

em: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/86773\\_SGT6\\_2021\\_ACTA03\\_PT.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/86773_SGT6_2021_ACTA03_PT.pdf). Acesso em: 01 jun. 2022.

MERCOSUL. **Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai**. [Tratado de Assunção]. Assunção, [1991]. Documento não paginado. Disponível

em: [https://www.mre.gov.py/tratados/public\\_web/DetallesTratado.aspx?id=0GXnoF+V0qWCz+EoiVAdUg%3d%3d](https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=0GXnoF+V0qWCz+EoiVAdUg%3d%3d). Acesso em: 18 maio 2022.

MERCOSUR. **Informe Técnico de Comercio Exterior 2021**. Montevideo: UTECEM, 2022. Disponível em:

[https://www.mercosur.int/?wpdm\\_pdf\\_viewer=16724|1656355747637](https://www.mercosur.int/?wpdm_pdf_viewer=16724|1656355747637). Acesso em: 15 jul. 2022.

MERCOSUL. **MERCOSUL/CT n° 7/ATA n° 01/2017**. San Salvador de Jujuy: MERCOSUL, 2017. Disponível

em: [https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/65122\\_CT7\\_2017\\_ACTA01\\_ES.pdf](https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/65122_CT7_2017_ACTA01_ES.pdf). Acesso em: 11 ago. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. [S. l.: s. n.], 2015. Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio), última edição em 13 de outubro de 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2021.

OS 60 ANOS DO DIA DOS CONSUMIDORES. In: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). São Paulo, 15 março 2022. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/os-60-anos-do-dia-dos-consumidores>. Acesso em: 07 jun. 2022.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (PNUMA). **Rumo a uma economia verde: caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza: síntese para tomadores de decisão**. Brasília, DF: PNUMA, 2011. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2514705/mod\\_resource/content/1/economia\\_verde\\_pnuma.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2514705/mod_resource/content/1/economia_verde_pnuma.pdf). Acesso em: 08 jul. 2022.

RODRIGUES, Thiago Oliveira; GERHARDT, Juliana. **ROADMAP ODS 12: uma rota para a sustentabilidade**. Brasília: Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT), 2021. Disponível

em: <https://drive.google.com/file/d/1pNpfiRmTHYsXQR8IpDVvSeRRwFS-0tpm/view>. Acesso em: 05 maio 2022.

SISTEMA DE INFORMAÇÃO AMBIENTAL DO MERCOSUL (SIAM). **Produção e consumo sustentáveis**. Montevideo: MERCOSUL, 2022. Disponível

em:[https://ambiente.mercosur.int/#p\\_62.t\\_16/PRODUCCION\\_Y\\_CONSUMO\\_SUSTENTABLE.html](https://ambiente.mercosur.int/#p_62.t_16/PRODUCCION_Y_CONSUMO_SUSTENTABLE.html). Acesso em: 27 set. 2022.

SODRÉ, Marcelo Gomes. Histórico da formulação das Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor, com destaque para o tema do consumo sustentável. In: VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Victória Maria (coord.). **A implementação das Diretrizes das Nações Unidas de Proteção ao Consumidor, no direito brasileiro**. São Leopoldo: Casa Leiria. p. 15-42. E-book. Disponível em: [www.guaritadigital.com.br/casaleiria/acervo/direito/diretrizesdasnacoesunidas/index.html](http://www.guaritadigital.com.br/casaleiria/acervo/direito/diretrizesdasnacoesunidas/index.html). Acesso em: 01 set 2022.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). **Stockholm Declaration**. Nairóbi: UNEP, [1972]. Documento não paginado. Disponível em: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 set. 2022.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). **2022 High-Level Political Forum on Sustain**. [S. l.]: UNEP, 2022. Disponível em: <https://www.unep.org/pt-br/resources/relatorios/relatorio-de-progresso-sobre-o-plano-decenal-deprogramas-sobre-producao-e>. Acesso: 25 jul. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/76/L.75**. The human right to a clean, healthy and sustainable environment. General Assembly: New York/USA, 2022. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3982508?ln=en#record-files-collapse-header>. Acesso em: 04 jul. 2022.

VIEIRA, Luciane Klein. La elevación del “consumo sostenible” a la categoría de principio, en el MERCOSUR. In: ENGELMANN, Wilson (Coord.). **Sistema do Direito, Novas Tecnologias, Globalização e o Constitucionalismo Contemporâneo: desafios e perspectivas**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2020. p. 243-257.

VIEIRA, Luciane Klein; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. COVID-19 e Direito do Consumidor: desafios atuais e perspectivas para o futuro. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 135, [p. 103-124], maio/jun. 2021.

VIEIRA, Luciane Klein; BEN, Gustavo Vinícius. A Proposta de Criação de um Observatório Ambiental no MERCOSUL e as Possíveis Repercussões No Acordo De Livre Comércio MERCOSUL-União Europeia. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 107, [p. 319-341], jul./set. 2022.

VIEIRA, Luciane Klein; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. A proteção ao consumidor e o desenvolvimento sustentável: as orientações das Nações Unidas para a implementação de práticas de consumo sustentáveis. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 100, [p. 583-610], out./dez. 2020.

VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Victória Maria. COVID-19 e o ODS n. 12: Implicações e perspectivas para o consumo sustentável no cenário Pós-Pandemia. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso; D'AQUINO, Lúcia Souza (org.). **Objetivos do desenvolvimento sustentável e Covid-19: impactos e perspectivas**. Londrina: Thoth, 2022. p. 405-418. p. 413.

Artigo recebido em: 05/01/2023

Aceito para publicação em: 03/02/2023



# Direito internacional do mar e exploração dos fundos marinhos em perspectiva socioeconômica

## *International Law of the Sea and exploitation of the seabed in a socio-economic perspective*

Leonardo de Camargo Subtil<sup>1</sup>  
Poliana Lovatto<sup>2</sup>

**Resumo:** Inserido no Direito Internacional do Mar, este artigo científico delineou, como objetivo geral, investigar os aspectos jurídicos e socioeconômicos decorrentes da exploração econômica dos fundos marinho, traçando dois objetivos específicos: (I) Analisar o desenvolvimento do regime jurídico-exploratório internacional dos fundos marinhos; (II) Compreender a implementação de um modelo econômico capaz de atender ao compartilhamento equitativo de benefícios derivados da exploração dos fundos marinhos em uma perspectiva socioeconômica. Tendo como método de pesquisa o analítico-normativo e a técnica de pesquisa exploratório-bibliográfica, verificou-se que o regime jurídico-ambiental internacional da Área, instituído pela UNCLOS, em sua Parte XI, pelo Acordo de 1994 e pelos Regulamentos e Regras da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISA), apresenta-se progressivamente efetivo na delimitação das normas e regras que delineiam a implementação de um modelo socioeconômico capaz de atender ao compartilhamento equitativo de benefícios econômicos derivados da exploração dos fundos marinhos, entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento. Concluiu-se por uma tendência global de exploração econômica intensa dos fundos marinhos prevista para as próximas décadas. Considerando o esgotamento das jazidas terrestres de minérios, a Área e seus recursos minerais são considerados normativamente como patrimônio comum da humanidade, trazendo, essa exploração econômica, impactos socioeconômicos substantivos aos Estados e à humanidade.

**Palavras-chave:** Direito Internacional do Mar. Fundos Marinhos. Recursos minerais. Exploração econômica. Perspectiva socioeconômica.

**Abstract:** Under International Law of the Sea framework, this scientific paper outlined, as a general objective, to investigate the legal and

---

<sup>1</sup>Presidente do Instituto Brasileiro do Direito do Mar (2022-2025). Coordenador e Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul (Mestrado/Doutorado). Trabalhou no Tribunal Internacional de Direito do Mar, Hamburgo, Alemanha (2015-2016), Nippon Fellowship Programme. Exerceu a função de Visiting Research Fellow no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2015). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2434-6212>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9406983342827340>.

<sup>2</sup> Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública e em Direito e Processo do Trabalho. Bolsista CAPES na Modalidade II. Advogada e professora universitária. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7863-3073>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1888986190822233>.

socioeconomic aspects arising from the economic exploitation of the seabed, tracing two specific objectives: (I) To analyze the development of the international legal-exploratory regime of the seabed ; (II) Understand the implementation of an economic model capable of meeting the equitable sharing of benefits derived from the exploration of the seabed in a socioeconomic perspective. Using the analytical-normative research method and the exploratory-bibliographic research technique, it was verified that the international legal and environmental regime of the Area, instituted by UNCLOS, in its Part XI, by the 1994 Agreement and by the Regulations and Rules of the International Seabed Authority (ISA), is progressively effective in defining the norms and rules that outline the implementation of a socioeconomic model capable of meeting the equitable sharing of economic benefits derived from the exploitation of the seabed, between developed and developing States . It was concluded that there is a global trend of intense economic exploration of the seabed foreseen for the coming decades. Considering the depletion of terrestrial deposits of minerals, the Area and its mineral resources are normatively considered as common heritage of humanity, bringing, this economic exploitation, substantive socioeconomic impacts to States and humanity.

**Keywords:** International Law of the Sea. Seabed. Mineral resources. Economic exploitation. Socioeconomic perspective

## 1. Introdução

A exploração de recursos minerais e de nódulos polimetálicos nos fundos marinhos ou *Área*<sup>3</sup> tem apresentado essencial relevo no Direito Internacional do Mar, em especial, pela conotação econômica e social que estas explorações de minérios podem trazer aos Estados desenvolvidos e em desenvolvimento.

A *Área* e seus recursos minerais são considerados como Patrimônio Comum da Humanidade e cobrem, aproximadamente, 54% da área total dos oceanos. A busca internacional pela sua exploração apresentou um progresso limitado até a década de 1970. Contudo, a partir da última década, de 2010 em diante, houve um aumento constante na procura pela mineração da *Área*, com a finalidade de suprir a crescente demanda da humanidade por matérias-

---

<sup>3</sup>Cumprе ressaltar que a utilização da terminologia “fundos marinhos” dá-se no plano da geologia marinha, tendo sido juridicamente delimitada pela Convenção das Nações Unidas de Direito do Mar (UNCLOS), em seu artigo 1º, como “Área”, a qual compreende “o leito do mar, o solo oceânico e o seu subsolo, além dos limites da jurisdição”. Ambas as nomenclaturas possuem, em síntese, a mesma conotação, apenas são variáveis a depender do campo de estudo que se está analisando.

primas e preencher a lacuna no mercado global causada pelas sobrecargas nas minas terrestres (HAECKEL et al., 2020, p. 327).

Diante dessas constatações e imersa na problemática do Direito Internacional do Mar com a exploração dos fundos marinhos, a presente contribuição científica definiu como problema de pesquisa: Em que medida o Direito Internacional do Mar tem enfrentado as peculiaridades trazidas pela exploração econômica dos fundos marinhos (Área) em perspectiva socioeconômica, quanto à implantação de um modelo econômico capaz de atender ao compartilhamento dos benefícios econômicos exploratórios?

Como hipótese principal, apresenta-se: O regime jurídico-ambiental internacional da Área, instituído pela UNCLOS, em sua Parte XI, pelo Acordo de 1994 e pelos Regulamentos e Regras da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISA), apresenta-se progressivamente efetivo na delimitação de normas e regras que delineiam a implementação de um modelo socioeconômico capaz de atender ao compartilhamento equitativo de benefícios econômicos derivados da exploração dos fundos marinhos, entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento.

Para o desenvolvimento do presente artigo, tem-se como objetivo geral Investigar os aspectos socioeconômicos decorrentes da exploração econômica dos fundos marinhos, tendo sido traçados dois objetivos específicos, quais sejam: (I) Analisar o desenvolvimento do regime jurídico-exploratório internacional dos fundos marinhos; (II) Compreender a implementação de um modelo econômico capaz atender ao compartilhamento equitativo de benefícios derivados da exploração dos fundos marinhos em uma perspectiva socioeconômica.

O método de pesquisa adotado foi o analítico-normativo, de natureza dedutiva, com refino na busca das categorias científicas observadas, atrelando o tema aos fatos e fenômenos sociais vinculados ao problema de pesquisa. Para o desenvolvimento do presente trabalho, será utilizada a técnica de pesquisa exploratória, sendo que este tipo de pesquisa tem como objetivo

proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses e bibliográfica (LAKATOS, 2003, p. 183), com base nas fontes e na doutrina de Direito Internacional, verificando ainda os instrumentos jurídicos internacionais como a UNCLOS, os Regulamentos e as Regras da Autoridade.

## 2. Regime jurídico-exploratório internacional dos fundos marinhos (área)

No primeiro ponto a ser abordado, em torno do regime jurídico-exploratório dos fundos marinhos ou Área, essencial referir que a exploração econômica dos fundos marinhos têm aumentado consideravelmente, sendo que os oceanos passaram a ser vistos como um recurso *em si e por si*, ou seja, as atividades de uso estão atreladas à exploração de minérios e recursos genéticos, colocação de oleodutos, pesquisa marinha, pesca de fundo, uso militar e, inclusive, armazenamento de dióxido de carbono no fundo do mar (BANET; CHURCHILL; ELFERINK, 2020, p. 06-07).

Tais circunstâncias fazem com que haja uma corrida entre os Estados e as Empresas privadas pelo domínio de maior espaço exploratório no mar profundo e nos fundos marinhos. Para os atos exploratórios, vigorava a liberdade dos mares (*mare liberum*) (LEE, 2012. p. 233), derivada juridicamente do princípio da liberdade dos mares<sup>4</sup>, instituído no século XVII, que “limita essencialmente direitos e jurisdições nacionais sobre os oceanos a um estreito cinturão de mar em torno da costa de uma nação” (UNITED NATIONS, 2012).

---

<sup>4</sup>A questão relativa ao princípio da liberdade dos mares vem passando por diversas fases de compreensão e desenvolvimento. A Idade Antiga teve como marco a possibilidade de apropriação dos mares. Já no período romano, para os juristas romanos, o mar era considerado uma *res communis omnium*, portanto, não passível de apropriação. Equipara-se o mar, sob a ótica da liberdade dos mares, ao ar, à chuva, o ao céu. Não há dono”. (ZANELLA, 2017. p. 47-48)

A primeira grande busca exploratória que mobilizou diversos Estados foi o petróleo<sup>5</sup>. No final de 1960, estendeu-se o distanciamento entre a costa dos Estados e o ato exploratório, bem como a profundidade. O ritmo e o nível comercial de exploração adotaram um rumo nunca antes visto. Após um começo modesto em 1947, no Golfo do México, a produção *offshore* de petróleo, ainda inferior a um milhão de toneladas em 1954, havia crescido para quase 400 milhões de toneladas. O equipamento de perfuração de petróleo já chegava a 4.000 metros abaixo da superfície do oceano (UNITED NATIONS, 2012).

Já a corrida pelo conhecimento para a exploração de minérios e nódulos polimetálicos foi iniciada nos anos 1970 e 1980, quando consórcios internacionais, constituídos por mais de 40 empresas de mineração, e agências governamentais de dezesseis países<sup>6</sup>, passaram a investir milhões em pesquisas e empreendimentos (SOUZA, 2000, p. 457).

---

<sup>5</sup>A indústria petrolífera teve início no século IXX, em 1858, na Pensilvânia. Esta exploração não se limitou às jazidas terrestres. No findar do século XIX, nas águas litorâneas de Summerland, na Califórnia, se iniciou a exploração de petróleo em alto mar”. RANGEL, Vicente Marotta. Fundos Oceânicos. (BEIRÃO; PEREIRA, 2014, p. 468)

<sup>6</sup> “Quatro consórcios formados nos Estados Unidos entre 1974 e 1977: (I) *Kennecott Consortium*(KCON) criado em janeiro de 1974, incluindo uma empresa americana, duas inglesas, uma japonesa e uma canadense. (II) *Ocean Mining Associates* (OMA), formado em 1974 por duas empresas americanas, uma belga e cinco japonesas. (III) *Ocean Management Incorporated*(OMI), fundada em 1975 por uma empresa canadense, quatro alemãs e dezenove japonesas. (IV) *Ocean Minerals Company*(OMCO), formada em 1977 por duas empresas americanas e uma holandesa.” Ainda, “na França, a Sociedade Le Nickel e o Centro National para a Exploração dos oceanos se associaram em 1970 para conduzirem as primeiras prospecções no sul do Oceano Pacífico. Em 1974, o Comissariado para Energia Atômica (CEA – França) e o Estaleiro de France Dunkerque se associaram aos precedentes para formarem a Associação Francesa para o Estudo e a Prospecção de Nódulos - IFREMER-AFERNOD. A partir do início dos anos 80 os russos iniciaram uma prospecção sistemática no oceano Pacífico utilizando navios de grande porte. Em 1985 eles constituíram uma empresa de mineração para nódulos polimetálicos (Yuzhmorgeologiya), a qual, contando com mais de 1200 funcionários, desenvolveu vários equipamentos especialmente adaptados à prospecção dos nódulos. O Japão criou em 1982 uma empresa de mineração, DeepOceanResearchandDevelopment (DORD), a qual agrupava 49 organismos, incluindo alguns que já faziam parte dos consórcios formados nos Estados Unidos. A Índia começou a prospecção do oceano Índico no início dos anos 80, contando com meios técnicos da Alemanha. Em seguida, desenvolveu sua própria competência para continuar seus trabalhos por conta própria. Em meados dos anos 80, vários países socialistas, incluindo Polônia, Bulgária, Cuba, República Checa, República Eslovaca e Federação Russa, constituíram um consórcio internacional (*Interoceanmetal* – IOM), para prospectar nódulos no oceano Pacífico Central.

Nesse sentido, importante referir que muitas foram as tentativas de empresas privadas e de Estados pelo domínio dos fundos marinhos, considerando-se os grandes potenciais econômicos e científicos que ali se encontram. Em 1974, uma empresa americana *Deep Sea Ventures Inc.* tentou tomar posse exclusiva do fundo do mar além das jurisdições nacionais na zona de Clarion, alegando que os fundos marinhos eram *res nullis*. Diante do referido pedido, os Estados Unidos, Canadá, Reino Unido e Austrália rejeitaram-no. Sendo que dessas disputas “é que surgiu o debate se os fundos marinhos e seus recursos eram considerados *res communis* ou Patrimônio Comum da Humanidade” (EGEDE, 2011. p. 56, tradução livre).

A partir da década de 1960, o direito aos recursos dos fundos marinhos passou a ser discutido sobre a ideia traçada por duas correntes, quais sejam: (I) Estados industrializados que buscavam a liberdade exploratória; (II) Estados em desenvolvimento que combatiam em um sistema contrário, no sentido de que os recursos do fundo do mar só poderiam ser explorados para beneficiar toda a humanidade (BANET; CHURCHILL; ELFERINK, 2020, p. 142).

Diante desse cenário, de substantivas evoluções científicas e comerciais de exploração dos fundos marinhos, em 1967, o Embaixador Arvid Pardo, representante de Malta, durante a Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), pronunciou a preocupação de que os Estados desenvolvidos se apropriassem, por meio de uma corrida desmensurada, dos recursos constantes no fundo do mar, concretizando a ideia do que viria a se tornar o princípio do “Patrimônio Comum da Humanidade” (SOUZA, 2000, p. 457).

Este princípio surgiu como uma antítese aos princípios da soberania e da liberdade dos mares, os quais têm o objetivo de preservar os interesses dos Estados. Já o princípio do Patrimônio Comum da Humanidade apresenta duas dimensões conceituais: (I) Transespacial, pois inclui a humanidade, ou

---

Os anos 80 também a China e a Coreia constituíram suas empresas para exploração de nódulos polimetálicos.” (SOUZA, 2000. p. 458).

seja, todas as pessoas do planeta; (II) Transtemporal, atingindo em sua essência, o interesse das presentes e futuras gerações (TANAKA, 2012, p. 19). De forma equilibrada, transcendendo para proteção social e econômica.

Diante de toda mobilização envolvendo aspectos sociais de disputas entre Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento, estes alcançaram sua visão de compartilhamento dos benefícios econômicos em muitos aspectos importantes. Cita-se a gestão do modo de exploração, sustentada pelo princípio de que o fundo do mar constitui um Patrimônio Comum da Humanidade (PUREZA, 1998, p. 212), não podendo ser alienada unilateralmente (BANET; CHURCHILL; ELFERINK, 2020, p. 142). Os elementos básicos traçados pelo princípio do Patrimônio Comum da Humanidade assentam-se na seguinte premissa:

*The basic elements of the regime of common heritage of mankind, applying to the seabed beyond the limits of national jurisdiction, are the prohibition of national appropriation, the destination of the seabed for peaceful purposes, the use of the seabed and its resources for the benefit of mankind as a whole with particular consideration for the interests and needs of developing countries, the establishment of an international organization entitled to act on behalf of mankind in the exercise of rights over the resources. (SCOVAZZI, 2019. p. 207).*

Quando implementada a aplicação do princípio do Patrimônio Comum da Humanidade na gestão da exploração dos fundos marinhos, passa-se a vigorar a permissão de utilização exclusivamente para fins pacíficos do solo e do subsolo do mar, já que a afetação dos recursos deve ser em prol do bem comum dos povos. Nessa linha, o princípio do Patrimônio Comum da Humanidade garantiu a efetividade ao princípio da liberdade e da igualdade:

Um dos principais mecanismos para a garantia da liberdade efetiva e da igualdade dos mares a todos os Estados previstos na Convenção de Montego Bay foi a definição do regime jurídico de Patrimônio Comum da Humanidade aos fundos marinhos e oceânicos internacionais. O regime de Patrimônio Comum da Humanidade, elaborado sob a ótica de uma solidariedade planetária na gestão e no aproveitamento dos fundos oceânicos, substitui a mera internacionalização negativa do conceito romano de *res communis omnium* por uma internacionalização positiva, pelo estabelecimento de um mecanismo de gestão conjunta da Área por

uma organização internacional e pelo acréscimo de um elemento de justiça distributiva. (TRINDADE, 2003, p. 68).

Trata-se de um entendimento de que os bens ali havidos são patrimônio de todos e não pertencem a ninguém em particular. Esses devem ter uma administração parcimoniosa que salvaguarde os interesses e oportunidade de consumo das gerações futuras (ZANIROTO, 2017). Outro ponto de relevo é que este princípio e os regulamentos internacionais na matéria pendem a uma gestão e exploração voltadas para uma economia social, buscando o equilíbrio econômico dos Estados, tanto os desenvolvidos como os em desenvolvimento. Do conceito do princípio do Patrimônio Comum da Humanidade, identifica-se que:

*First, it deals with territories that are not subject to appropriation of any kind, public or private, national or corporate, and though no one owns it, everyone manages it. Second, all peoples, with states acting in a representative capacity, are expected to share in the management of the territory and therefore are to be represented in any international institution set up in this regard. Third, any natural resources exploited from the territory and any economic benefits are to be shared amongst all peoples. Fourth, the territory is to be used exclusively for peaceful purposes. Fifth, it should be open to scientific research by any particular state, if such research does not adversely affect the environment and the results of that research are made available as soon as possible to other states, which request for it. (EGEDE, 2011, p. 60)*

Com a regra do Patrimônio Comum da Humanidade, busca-se um igualitarismo universalista, mas não um “igualitarismo de meios, mas também de resultados. Ou, um igualitarismo que impera quer na fase de exploração quer na fase de aproveitamento dos recursos da Área” (PUREZA, 1998, p. 211). Sendo assim, por meio da nova ordem econômica internacional, nenhuma forma de repartição de benefícios poderia ser alheia aos países em desenvolvimento.

Quando a comunidade internacional internaliza a ideia de compartilhamento de benefícios, em razão da ordem política dos países em desenvolvimento, conjuntamente, emergiu a necessidade de uma economia



diferenciada, capaz de suportar essas novas concepções. Decorrente desta, em 1979, foi apresentada, na Conferência das Nações Unidas, a Declaração<sup>7</sup> sobre o estabelecimento da *New International Economic Order* (NIEO).

Até a incorporação da NIEO, havia conflitos de interesses entre os Estados desenvolvidos e em desenvolvimento; já, a partir desta, entendeu-se que os interesses não podem ser divergentes, mas, sim, convergentes, a fim de se buscar a solução de problemas econômicos mundiais que são de interesse comum dos Estados.

A NIEO surgiu com o fim de que os Estados desenvolvidos possuam a responsabilidade de equilibrar as desigualdades econômicas. Houve uma dupla interpretação: (I) De um lado, os Estados desenvolvidos viam esta nova ordem jurídica internacional provendo que todos os Estados teriam acesso aos benefícios derivados dos recursos contidos na Área; (II) Por outro lado, acreditava-se que os Estados desenvolvidos seriam obrigados a compartilhar seus lucros com os Estados em desenvolvimento de forma equitativa (LEE, 2012, p. 16).

Essa última análise está baseada no sentido de que quando um Estado desenvolvido explora os recursos que são considerados Patrimônio Comum da Humanidade, estes estão privando os demais Estados em desenvolvimento, que possuem menos tecnologia e investimento monetário, de explorar ou fazer uso dos recursos. Prevê, em síntese, para a interpretação socioeconômica da exploração dos fundos marinhos, que toda a comunidade internacional possui direitos sobre a Área e seus recursos, e os Estados em desenvolvimento devem

---

<sup>7</sup>“Bearing in mind the spirit, purposes and principles of the Charter of the United Nations to promote the economic advancement and social progress of all peoples. Solemnly proclaim our united determination to work urgently for the Establishment of a New International Economic Order based on equity, sovereign equality, interdependence, common interest and cooperation among all States, irrespective of their economic and social systems which shall correct inequalities and redress existing injustices, make it possible to eliminate the widening gap between the developed and the developing countries and ensure steadily accelerating economic and social development and peace and justice for present and future generations”.(GENERAL ASSEMBLY, 1974)

receber direitos, de preferência, oriundos da distribuição da receita proveniente dos atos exploratórios (EGEDE, 2011, p. 60-61).

Tais nuances desencadearam movimentos para a criação de um instrumento internacional que abarcasse grande parte das peculiaridades dos fundos marinhos (BASTOS, 2018, p. 247). A resposta veio com a criação da UNCLOS<sup>8</sup>, Parte XI, de 1982, e o Acordo de 1994<sup>9</sup>, pertinente à implementação efetiva do que dispunha o novo regime jurídico global socioeconômico. O novo regime jurídico não foi aceito e ratificado de imediato pela maioria dos Estados, tendo passado por diversas disputas de interesses, que versavam sobre a posição econômica dos Estados desenvolvidos e em desenvolvimento<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup>“A Convenção selou o abandono definitivo do Direito do Mar Clássico, que já vinha sofrendo abalos significativos desde 1945, com a proclamação Truman, passando pelas Convenções de Genebra de 1958. Conforme analisa René-Jean Dupuy, no Direito Internacional clássico, o mar só tinha uma dimensão, a superfície, uma vez que se regulavam apenas questões relativas à navegação. Apenas no século XX, com os desenvolvimentos que levaram à negociação e conclusão da CNUDM, pôde o mar adquirir uma forma jurídica pluridimensional, pois passaram a ser disciplinados também o espaço aéreo suprajacente (altura) e os fundos marinhos (profundidade), bem como as utilizações possíveis dessas três dimensões do mar.” (TRINDADE, 2003, p. 67).

<sup>9</sup>“Entretanto, até a vigência da UNCLOS, em 16 de novembro de 1994, houve onze sessões ao longo de 9 anos, quais sejam: 1º Sessão: Nova York: 3 a 15 de dezembro de 1973. 2º Sessão: Caracas: 20 de junho a 29 de agosto de 1974. 3º Sessão: Genebra: 17 de março a 9 de maio de 1975. 4º Sessão: Nova York: 15 de março a 7 de maio de 1976. 5º Sessão: Nova York: 2 de agosto a 17 de setembro de 1976. 6º Sessão: Nova York: 23 de maio a 17 julho de 1977. 7º Sessão: Genebra: 28 de março a 19 de maio de 1978. E Nova York: 21 de agosto a 15 de setembro de 1978. 8º Sessão: Genebra: 19 de março a 27 de abril de 1979. E Nova York: 19 de julho a 24 de agosto de 1979. 9º Sessão: Nova York: 3 de março a 4 de abril de 1980. E Genebra: 28 de julho a 29 de agosto de 1980. 10º Sessão: Nova York: 9 de março a 24 de abril de 1981. E Genebra: 3 a 28 de agosto de 1981 – Projeto de Convenção sobre o Direito do Mar. 11º Sessão: Nova York: 1 de março a 30 de abril de 1982 – Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. E Nova York: 22 a 24 de setembro de 1982. Cerimônia de assinatura ocorreu em Montego Bay, na Jamaica, de 7 a 10 de dezembro de 1982”. (ZANELLA, 2017. p. 80).

<sup>10</sup>“Quando se analisa a ordem cronológica de ratificação da UNCLOS, é possível observar a discrepâncias entre a aceitação por partes dos Estados em desenvolvimento e os desenvolvidos. Justamente com base no plano de fundo que versa sobre a mineração econômica dos fundos marinhos e os impactos que o novo modelo econômico poderia causar à economia destes”. (UNITED NATIONS, não paginado).

A Parte XI relativa aos fundos marinhos da UNCLOS enfrentou resistência dos Estados desenvolvidos<sup>11</sup>, pois se vinha de uma ideia de exploração dos minérios fundada na organização tradicional, com base nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, com a menor interferência externa (ANDREOLA, 2010, p. 33).

A UNCLOS trouxe consigo um novo regime jurídico, o qual prevê, dentre um dos seus objetivos, a igualdade de condições no acesso aos mares, trazendo uma liberdade efetiva, não apenas no sentido jurídico-formal. Buscando implementar a liberdade a todos os Estados, sejam eles desenvolvidos ou não, com uma igualdade de acesso e de uso dos mares e seus recursos (TRINDADE, 2003, p. 68).

Após o estudo do desenvolvimento do regime jurídico-exploratório de mineração dos fundos marinhos, inicia-se a análise da perspectiva socioeconômica, por meio da qual será estudado o modelo econômico a ser implantado para a exploração da Área e de seus recursos, que atente ao compartilhamento equitativo dos benefícios econômicos exploratórios aos Estados.

### 3. Modelo econômico de compartilhamento equitativo de benefícios na exploração dos fundos marinhos em perspectiva socioeconômica

---

<sup>11</sup>“Na sessão final de negociação de 23 de abril de 1982, os Estados Unidos solicitaram uma votação e a Convenção sobre o Direito do Mar foi adotada com 130 votos a favor, com 4 votos contra e 17 abstenções. Dos quatro Estados que votaram contra sua adoção, apenas os Estados Unidos expressaram objeções firmes quanto aos termos das disposições da Parte XI da Convenção sobre o Direito do Mar, Israel deu seu voto negativo devido à posição dada à Palestina Organização de Libertação ao abrigo da Convenção, enquanto a Turquia e a Venezuela votaram contra a Convenção devido a disputas de delimitação marítima com vizinhos. No entanto, a declaração mais reveladora foi dos Estados que se abstiveram, nomeadamente a Bélgica, a Bulgária, a Bielorrússia, a Checoslováquia, a Alemanha Oriental, a Alemanha Ocidental, Hungria, Itália, Luxemburgo, Mongólia, Holanda, Polônia, Espanha, União Soviética União, Tailândia, Ucrânia e Reino Unido, como a maioria fez porque eles tinham as mesmas objeções que as dos Estados Unidos”. (LEE, 2012, p. 243, tradução livre).

No Preâmbulo da UNCLOS, observa-se a presença da ideia de cooperação e busca de um fim social em prol da humanidade. Foi estabelecido que a Área, para além dos limites das jurisdições nacionais, assim como seus recursos, são Patrimônio Comum da Humanidade. Assim, a exploração deve ser realizada em benefício da humanidade, independentemente da localização geográfica dos Estados, buscando o fortalecimento da paz, segurança, cooperação e relações amistosas entre os Estados, tudo em conformidade com os princípios da justiça e da igualdade de direitos, promovendo, assim, o progresso econômico e social de todos os povos do mundo.

A Área e seus recursos são considerados normativamente pela UNCLOS como Patrimônio Comum da Humanidade, sendo que “recursos” são considerados todos os recursos minerais sólidos, líquidos ou gasosos *in situ*<sup>12</sup> na Área, no leito do mar ou no seu subsolo, incluindo os nódulos polimetálicos. Uma vez que estes recursos são extraídos da Área, são classificados como minerais, nos termos dos artigos 136 e 133, da UNCLOS.

Não obstante, o artigo 137, parágrafo 10, dispunha que “nenhum Estado pode reivindicar ou exercer soberania ou direitos de soberania sobre qualquer parte da Área ou seus recursos; nenhum Estado ou pessoa física ou jurídica pode apropriar-se de qualquer parte ou Área ou seus recursos”. A esse parágrafo, adita-se o parágrafo 2º, pelo qual “todos os direitos sobre recursos da Área pertencem à humanidade em geral”, em cujo nome atuará a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, ou seja, uma Organização Internacional criada pela UNCLOS que, em seus artigos 156 e 157, dispõe que “por intermédio da qual os Estados-Partes da Convenção organizam e controlam as atividades na Área, particularmente com vista à gestão dos recursos nela existentes”.

O princípio do Patrimônio Comum da Humanidade concentra-se na humanidade como um novo ator no cenário internacional. Para tanto, a

---

<sup>12</sup>*In situ*: Classifica-se quando os recursos minerais e os nódulos polimetálicos estão no local de sua constituição natural, ou seja, nos fundos marinhos.

UNCLOS criou a Autoridade como um órgão operacional, agindo em nome da humanidade (TANAKA, 2012, p. 19). Os benefícios das explorações devem ser revertidos em prol de toda humanidade, conforme consta no artigo 140 da UNCLOS “independentemente da localização geográfica dos Estados, seja costeiro ou terra-bloqueado, e tomando em particular considerar os interesses e necessidades de desenvolvimento de Estados e de povos que não atingiram total independência ou outros autogovernantes”.

Ainda, a Autoridade deve prever a partilha equitativa dos benefícios econômicos derivados das atividades exploratórias, devendo desenvolver um mecanismo não discriminatório<sup>13</sup>. A Assembleia da Autoridade deve aprovar, mediante recomendação, emitida ou não pelo seu Conselho, as Regras e Regulamentos sobre o compartilhamento equitativo de benefícios financeiros e econômicos derivados da exploração, em virtude do artigo 160, parágrafo 2º, “f”, “i” da UNCLOS.

Reflete-se que a extração econômica dos fundos marinhos poderá trazer retornos financeiros significativos, mas também levanta desafios de governança, em especial para a Autoridade. Esta desempenha um papel inter-relacionado com uma gama de questões complexas que afetam tanto como a

---

<sup>13</sup>Nessesentido, por meio do Parecer Consultivo nº 17, o Câmara de Controvérsias do TIDM aduziu que: “The approach of the Convention to this is particularly evident in the provisions granting a preference to developing States that wish to engage in mining in areas of the deep seabed reserved for the Authority (Annex III, articles 8 and 9, of the Convention); in the obligation of States to promote international cooperation in marine scientific research in the Area in order to ensure that programmes are developed “for the benefit of developing States” (article 143, paragraph 3, of the Convention); and in the obligation of the Authority and of States Parties to promote the transfer of technology to developing States (article 144, paragraph 1, of the Convention and section 5 of the Annex to the 1994 Agreement), and to provide training opportunities for personnel from developing States (article 144, paragraph 2, of the Convention and section 5 of the Annex to the 1994 Agreement); in the permission granted to the Authority in the exercise of its powers and functions to give special consideration to developing States, notwithstanding the rule against discrimination (article 152 of the Convention); and in the obligation of the Council to take “into particular consideration the interests and needs of developing States” in recommending, and approving, respectively, rules regulations and procedures on the equitable sharing of financial and other benefits derived from activities in the Area (articles 160, paragraph 2(f)(i), and 162, paragraph 2(o)(i), of the Convention)”. (INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA, 2011, p. 53)

indústria irá se desenvolver ao longo do tempo, bem como o modo que esse desenvolvimento irá de fato beneficiar a humanidade economicamente (LODGE, 2017).

O conceito de patrimônio comum engloba imperativos de desenvolvimento, comerciais e ecológicos aparentemente conflitantes. Com a mineração do fundo do mar cada vez mais próxima de se tornar uma realidade, a identificação da forma como será procedida a avaliação das situações econômicas e ambientais e suas ramificações é elementar, a fim de se atingir um equilíbrio (JAECKEL, 2020, p. 664).

A UNCLOS também estabelece as regras que regem os pagamentos e contribuições em espécie que devem ser feitos pelos Estados Partes, ou empresas patrocinadas pelos Estados Partes, com respeito à receita da exploração de recursos não vivos na Área (OCHOA, 2021, p. 116). Os Estados deverão realizar contribuições, que deverão ser distribuídas entre os Estados-Partes da UNCLOS, com base nos critérios do compartilhamento equitativo, levando em destaque os Estados em desenvolvimento. Durante os primeiros anos de constituição da Autoridade, a sua manutenção era realizada pela Organização das Nações Unidas. Após 1997, esta passou a ser financiada anualmente pelos Estados-Partes, de acordo com suas cotas de contribuição às Nações Unidas, sendo as maiores contribuições realizadas por: “Japão 25%, Alemanha 15%, França 10%, Itália 8% e Reino Unido em 8%”, tais percentuais, aferidos sobre uma contribuição de 5.253.200 dólares (SOUZA, 2000, p. 462).

A Autoridade regulamentou uma taxa de inscrição, derivada do processamento de um plano de trabalho de exploração, que deve ser paga da seguinte forma: (a) Uma taxa fixa de 500.000 dólares ou seu equivalente em uma moeda conversível, pagável pelo requerente no momento da apresentação da inscrição; (b) Na votação para aprovação do candidato que submeteu o plano de trabalho, uma taxa fixa de 50.000 dólares ou seu equivalente em moeda livremente conversível, pagável pelo requerente no

momento da apresentação de uma solicitação (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, 2010, p. 13-15).

Há, ainda, a taxa anual que é calculada do seguinte modo: (I) 5 dólares multiplicados pelo fator área<sup>14</sup> a partir da data do primeiro aniversário do contrato; (II) 10 dólares multiplicados pelo fator área a partir da data da primeira renúncia de acordo com a regra 27 (2)<sup>15</sup>; e (III) 20 dólares multiplicados pelo fator área a partir da data da segunda renúncia de acordo com a regra 27 (3) (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, 2013, 15-26)<sup>16</sup><sup>17</sup><sup>18</sup>.

A exploração dos oceanos está presente em larga escala e traz implicações relevantes aos Estados, dado que os oceanos cobrem cerca de 70% da superfície da terra (SANDS et al., 2012, p. 409). Assim, longos foram os debates para criação do novo modelo econômico que pudesse abarcar o modo de repartição equitativa dos benefícios econômicos resultantes da exploração.

---

<sup>14</sup>“O “fator de área” "significa o número de quilômetros quadrados compreendidos na exploração na data em que o pagamento periódico em questão se torna vencimento”. (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, 2010, p. 14, tradução livre)

<sup>15</sup>“Regra 27, nº 2. A área total atribuída ao contratante nos termos do contrato não deve exceder 10.000 quilômetros quadrados. O contratante deve renunciar a partes da área afetada de acordo com o seguinte cronograma: (a) Até o final do oitavo ano a partir da data do contrato, o contratante deve ter abandonado pelo menos 50% da área original que lhe foi atribuída; (b) Até o final do décimo ano a partir da data do contrato, o contratante deve ter abandonado pelo menos 75% da área original que lhe foi atribuída; (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, 2010, p. 17, tradução Livre)

<sup>16</sup>“Regra 27, nº 3. O contratante pode, a qualquer momento, renunciar a partes da área a ele atribuídas emantes do cronograma estabelecido no parágrafo 2, desde que um contratante não deve renunciar a qualquer parte adicional dessa área quando a área restante após a devolução não exceda 2.500 quilômetros quadrados” (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, 2010, p. 17, tradução livre)

<sup>17</sup>INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. Council. **Decision of the Council of the International Seabed Authority relating to amendments to the regulations on prospecting and exploration for polymetallic nodules in the Area and related matters.** 15-26 July 2013. ISBA/19/C/17. Disponível em: [https://isa.org.jm/files/files/documents/isa-19c-17\\_0.pdf](https://isa.org.jm/files/files/documents/isa-19c-17_0.pdf). Acesso em: 06 jun. 2020. p. 15.

<sup>18</sup>“2. The annual fee shall be calculated as follows: (i) 5 United States dollars multiplied by the area factor from the date of the first anniversary of the contract; (ii) 10 United States dollars multiplied by the area factor from the date of the first relinquishment in accordance with regulation 27(2); and (iii) 20 United States dollars multiplied by the area factor from the date of the second relinquishment in accordance with regulation 27(3)”. (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, 2010, p. 14)

No entanto, somente em julho de 2018, na vigésima quarta Sessão do Comitê de Finanças, foram iniciadas as avaliações para a elaboração das primeiras Regras, Regulamentos e Procedimentos que serão as diretrizes para a implementação da repartição equitativa dos benefícios (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, 2018).

Durante a referida Sessão, frisou-se a essencialidade da abordagem da repartição equitativa, que não pode adotar critérios discriminatórios, mas que deve atentar-se aos interesses e às necessidades dos Estados em desenvolvimento. Um estudo de modelo econômico para mineração de nódulos polimetálicos foi solicitado pelo Conselho da Autoridade, desenvolvido pelo *Massachusetts Institute of Technology* (MIT). Referido modelo foi analisado na primeira reunião do Grupo de Trabalho do Conselho da Autoridade, realizada em 21 e 22 de fevereiro de 2019, na *Conference Center* de Kingston, Jamaica, e, após, na vigésima quinta Sessão do Conselho (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, 2019).

Já na vigésima quinta Sessão, ocorrida em julho de 2019, foi informado da realização do Relatório requerido, em 2018, que identificou problemas que precisam ser abordados, incluindo possíveis critérios a serem levados em consideração e mecanismos de distribuição. Concordou-se que era prematuro o Comitê realizar qualquer recomendação ao Conselho e à Assembleia da Autoridade, quanto à forma a ser adotada de repartição dos benefícios econômicos resultantes da exploração da Área (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, 2018).

A Autoridade possui arrecadações de duas espécies oriundas dos contratos exploratórios autorizados: (I) Taxas administrativas que estão presentes em todos os contratos de forma variável; (II) Fundo de Doação, destinado para cobrir questões ambientais e de pesquisas científicas e tecnológicas (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, 2019).

Sendo assim, a implantação de um novo modelo econômico enfrenta desafios no sentido de que o ato exploratório da Área ainda é recente, os lucros



resultam de forma mais vagarosa e não se possui a certeza dos rendimentos ao final do contrato de exploração. Não há como determinar uma forma de pagamento à Autoridade, que apenas maximizasse a receita desta, pois a mineração apenas ocorreria se as empresas obtivessem rendimentos suficientes para a compensação das despesas consideradas básicas para operar em alto-mar, bem como lucros. Todavia, os objetivos e princípios buscados para o novo mecanismo de pagamento para a Autoridade (2019, p. 11-12) são:

- a) Assegurar “ótimas” receitas para Autoridade, ou seja, é a busca pelo justo retorno financeiro ante à exploração de recursos que são considerados como Patrimônio Comum da Humanidade. Este se alicerça no princípio da eficácia do mecanismo financeiro para atingir os objetivos;
- b) Atrair investimentos e tecnologia: busca-se a competição na indústria de mineração, evitando impelir que as contribuições financeiras causem um desinvestimento;
- c) Que os Contratados recebam tratamento igual e tenham comparabilidade financeira: com base no princípio da equidade, semelhantes transações comerciais devem ter asseguradas paridade financeiras e fiscais;
- d) Que o sistema de pagamentos à Autoridade seja justo: ocorrência de pagamento mínimo, taxa de produção ou royalties, para garantir um retorno desde o início da produção. Sistema fiscal ou de pagamento deve ter um baixo impacto financeiro que permita a recuperação do investimento inicial. O sistema também deve ser flexível para acomodar ciclos econômicos<sup>19</sup>;
- e) Fornecer meios adequados para determinar compliance pelo Contratante: ou seja, as partes do contrato devem apoiar o mecanismo, sempre que possível;
- f) Que seja um mecanismo de pagamento compreensível tanto para a Autoridade quanto para o Contratante: o Acordo aplicado para a Parte XI permite que haja um compartilhamento de participação nos lucros, semelhante ao Imposto sobre os lucros, sendo possível a existência de novas propostas. Aduz-se, ainda, que quanto maiores as complexidades de um mecanismo, maior o potencial de manipulação; busca-se fornecer segurança aos investidores;

---

<sup>19</sup>“A “fair” system highlights a number of considerations and objectives. In a terrestrial mining context, it is generally accepted that a progressive system is fairer. That is, the financial return to the resource owner should increase with increasing levels of operator profitability.” (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, p. 11).

g) As taxas, de quaisquer pagamentos, devem ser iguais ou semelhantes ao estabelecido na mineração terrestre: os Contratados na Área não devem ter vantagens, nem desvantagens sobre as operações e regimes terrestres comparáveis<sup>20</sup>. Ou seja, o regime deve ser competitivo.

Nesse último ponto, deverá ser levada em consideração a competitividade entre a exploração no mar profundo e nas jazidas terrestres, na fase propriamente dita de exploração da Área. O total de investimento para o monitoramento ambiental que inclui coleta de dados da linha base, desenvolvimento da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) e o monitoramento dos impactos – é de aproximadamente 1.000.000 dólares, já o *Operational Expenditure* (OPEX)<sup>21</sup> médio total é de 3.250.000 dólares por ano. Para a fase de exploração, o *Capital Expenditure* (CAPEX)<sup>22</sup> total associado à gestão e monitoramento ambiental é modelado em 6.000.000 dólares a cada cinco anos, correspondendo a apenas à aquisição das amarras; e o OPEX anual esperado é de 20.050.000 dólares, para cada ano durante o período de exploração (KIRCHAIN; FIELD; ROTH, 2019, p. 49 -50).

Ainda, há os custos de fornecimento e transporte de tripulação “operação de embarcação de mineração com uma taxa anual, produção de 3 milhões de toneladas de nódulos secos, estimamos um OPEX total para o navio de suprimento de 4.200.000 dólares por ano e 1.260.000 dólares por ano para o navio de apoio à tripulação OPEX” (KIRCHAIN; FIELD; ROTH, 2019, p.50).

---

<sup>20</sup>“Setting a royalty rate in a range is challenging. Different grades and the metallurgical quality of any ore; extraction expenses will vary; the distance to the processing market and the differences in contractor cost bases. In a land-based environment, there is no commonality in the adoption of royalty rates. Rates have arisen through unilateral imposition by States or through a consultative process. Equally, a “range” is dynamic. Recently, land-based regimes have suffered from periods of fiscal instability. At the beginning of the century, ad valorem royalty rates were typically in a range of 2-3%. Rates in a range of 4%-6% are now common. That said many States have reduced their corporate income tax rates during the same period.” (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, p. 12).

<sup>21</sup>Despesas operacionais.

<sup>22</sup>Despesas de capital.

Há um modelo de custos de coleta de nódulos para avaliação de investimentos com manutenções e custos operacionais anuais para todo o processo de exploração minerária, incluindo: (I) Coleta; (II) Lift; (III) Navio de mineração; (IV) Água processada; (V) Monitoramento ambiental; (IV) Transporte.

Além dos custos para a exploração em si, os coletores dos minérios terão custos com a Autoridade (I) Taxas Administrativas; e com os Estados Patrocinadores que será, em regra, imposto de renda corporativo, estes incluindo taxas de imposto de renda corporativo, variam de acordo com o país. Um valor típico de 25% foi usado para a taxa de imposto de renda das empresas na análise do MIT (KIRCHAIN; FIELD; ROTH, 2019, p.54). Geralmente, as empresas privadas ou públicas realizam consórcios com Estados Patrocinadores, sendo que estes impostos variam dependendo de cada Estado.

Existem variações de taxas de aplicação de contrato (I), administração anual (II), taxa anual de relatório durante o contrato (III), taxa fixa anual com base no pagamento de royalties ou em lucros que os excedam (IV). Os pagamentos à Autoridade foram modelados no relatório em royalties baseados em valor (*ad-valorem*)<sup>23</sup>, lucro ou ambos.

No fim do Relatório, foi apresentada a melhor opção a ser implantada pela Autoridade, e ponderações sobre a necessidade de repartição com os países em desenvolvimento, implementação do Fundo de Assistência, bem como os impactos ambientais:

---

<sup>23</sup>“Impende que os sistemas de pagamento típicos relacionados à extração são: a) Royalties baseados em unidades: não é recomendada a aplicação, pois geralmente baseados em unidades limitada a recursos de baixo valor. Também chamado de royalties "específicos" e tipicamente aplicada como quantidade específica por tonelada”; b) Royalties baseados em valor ou Ad-valorem: pagamento ocorre de forma proporcional do valor de mercado dos recursos de minério. Mas responde a alterações nos valores dos recursos; c) Baseado em lucro: pagamento é proporcional ao lucro da atividade de mineração em um determinado período de tempo; As duas últimas opções foram utilizadas no relatório fornecido pelo MIT”. (KIRCHAIN et al. 2019. p. 10-11).

a) um sistema somente *ad-valorem* de duas etapas ou b) sistema combinado *ad-valorem* e baseado em lucro para cada IRR do coletor de destino. Os resultados apresentados aqui todos assumem uma taxa de cobrança de fundo de responsabilidade ambiental de 1% do valor bruto do metal coletado até máximo de US \$ 500 milhões por local da mina e uma taxa de imposto estadual Patrocinadora assumida de 25% do lucro. (KIRCHAIN; FIELD; ROTH, 2019, p. 75, tradução livre)

O Fundo de Doação, criado pela Autoridade, conduz à realização de pesquisas científicas marinhas colaborativas para o benefício da humanidade, adotando duas atividades principais: “[a]poiando a participação de cientistas qualificados e pessoal técnico de países em desenvolvimento em programas e atividades de pesquisa científica marinha, fornecendo oportunidades para esses cientistas participarem de iniciativas relevantes” (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, 2019).

Ressalta-se que a maioria dos Estados que têm sido beneficiados pelos recursos financeiros do Fundo de Doação são países em desenvolvimento indo ao encontro do que preceitua a UNCLOS e o Plano instituído pelo regime dos fundos marinhos, de cooperação e de equilíbrio em termos de desenvolvimento<sup>24</sup>. Assim, são criadas condições para que a pesquisa e o desenvolvimento dos Estados sejam simultâneos.

Analisa-se que a Autoridade está em fase de desenvolvimento de um mecanismo financeiro que seja capaz de trazer efetividade aos instrumentos internacionais que preveem a cooperação e a divisão equitativa entre os Estados desenvolvidos e em desenvolvimento. Há uma demanda crescente pelos minérios constantes nos fundos marinhos pelo aumento de tecnologias e das indústrias que demandam destes recursos ao contraponto do

---

<sup>24</sup>Um total de 83 cientistas ou funcionários do governo de 43 países foram beneficiários do apoio financeiro do Fundo de Doação. Os destinatários foram da Argentina, Bangladesh, Bolívia (Estado Plurinacional), Brasil, Bulgária, Camarões, Chile, China, Colômbia, Ilhas Cook, Costa Rica, Egito, Fiji, Grécia, Guiana, Índia, Indonésia, Irã, Jamaica, Madagascar, Malásia, Maldivas, Malta, Maurítânia, Maurício, Micronésia, Namíbia, Nigéria, Palau, Papua Nova Guiné, Peru, Filipinas, Federação Russa, Serra Leoa, África do Sul, Sri Lanka, Suriname, Tailândia, Tonga, Trinidad e Tobago, Tunísia, Turquia e Vietnã”. (INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY, não paginado).

crescimento populacional, com uma elevação de oferta e procura no mercado capitalista global.

Na década de 1980, a extração global de minérios era de 40 bilhões de toneladas, já, nos anos dois mil, passou para 70 bilhões de toneladas, com um aumento anual de 2%. Estima-se que, nas próximas duas décadas, serão atingidas extrações de 100 bilhões de toneladas de minérios, o que *per se*, considerando o aumento de demanda, impulsionará o interesse na mineração oceânica, solução, para muitos, frente uma possível carência no mercado global (OECD, 2016, p. 67).

Ocorre que, mesmo diante deste crescimento esperado da demanda por minérios, os substantivos impactos ambientais poderão afetar a exploração no âmbito comercial:

*However, specifically on the environmental front, political interest is already gathering momentum. For example, the declaration from the G7 summit in Germany in 2015 identified environmental impact assessment (EIA) and scientific research as priority issues for sustainable deep-sea mining. Indeed, as the recent EcoDeep-SIP Workshop (2015) in Tokyo emphasised, the deep seabed is a particularly complex set of interconnected ecosystems that are vulnerable to disturbance, but about which scientific knowledge is very limited. EIA for deep-sea mining is highlighted as a key componente for ensuring effective protection of deep-sea ecosystems. The shipping and shipbuilding industries stand to gain considerably from the anticipated growth and continuing industrialisation of the world economy in the coming years. Demand for iron ore, bauxite/alumina and phosphate rock (as well as coal and grain) will see seaborne trade in the five main bulk categories expand strongly. (OECD, 2016, p. 68)*

A extração marinha de minérios e de gás representa um dos maiores setores da Economia Azul. Na União Europeia, 13% (22,8 bilhões de euros) do valor bruto adicionado estabelecido na economia. Representa 4% dos empregos (163.374 pessoas) (SCHOLAERT, 2020, p. 27). Significativos são os impactos sociais e econômicos que derivam da exploração de minérios nos oceanos, enfatizando a premente necessidade de implementação de um novo modelo econômico que preveja todas as nuances trazidas pela UNCLOS.

Em recente Relatório publicado pela União Europeia (EUROPEAN COMMISSION, 2019, p. 73), a mineração dos fundos marinhos passa a ser considerada como uma alternativa viável à produção de matéria-prima de diversos minerais, considerando que a União Europeia depende da importação de metais minerais, sendo a sua produção doméstica limitada a 3% da produção mundial. Entretanto, os altos custos, as incertezas tecnológicas e os possíveis impactos ambientais<sup>25</sup>, derivados da exploração em altas profundidades, inibem uma exploração comercial em um curto prazo.

Diante do analisado, observa-se que a propulsão da exploração com fins comerciais nos fundos marinhos depende muito dos próximos passos que serão adotados pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISA), no sentido de que incumbe a esta disciplinar o novo modelo econômico que garanta a repartição equitativa de benefícios resultantes da exploração entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento, o que propiciará efetividade à perspectiva socioeconômica trazida pela UNCLOS e pelo Acordo de 1994.

### 3. Conclusão

O regime-jurídico internacional dos fundos marinhos instituído pela UNCLOS, em sua Parte XI, e pelo Acordo de 1994, definiu como Patrimônio Comum da Humanidade a Área e os recursos minerais nela contidos, alterando a sua gestão para que houvesse uma manifesta modificação na estrutura jurídico-social, almejando a distribuição equitativa dos benefícios

---

<sup>25</sup>Investimentos têm sido subsidiados pela União Europeia a fim de ampliar o conhecimento sobre os possíveis impactos da exploração. Tradução livre: “MIDAS: Gerenciando o impacto do alto mar Exploração de Recursos, 2013-2016, € 9 milhões de euros. Mineração Azul: Soluções Inovadoras para o Exploração e extração sustentáveis de Recursos Minerais do Mar Profundo, 2014-2018, 10 milhões de euros. VAMOS: Exploração de minas alternativas viáveis System, 2015-2018, 9 milhões de euros. Blue Nodules: soluções inovadoras para a coleta e processamento sustentáveis de nódulos polimetálicos do fundo do mar, 2016-2020, 8 milhões de euros. ROBUSTO: Robótica Exploração Technologies, 2015-2020, 6 milhões de euros. Além disso, a Iniciativa de Programação Conjunta Mares e oceanos saudáveis e produtivos (JPI Oceanos) financiou os projetos Mining Impact: Aspectos ecológicos da mineração do fundo do mar, 2013-2022, 22,9 milhões de euros.” (EUROPEAN COMMISSION, 2019, p. 75, tradução livre).

econômicos que viessem a resultar das atividades exploratórias de recursos minerários.

Foi nesse contexto inovador e complexo que foi estabelecido o seguinte problema de pesquisa: Em que medida o Direito Internacional do Mar tem enfrentado as peculiaridades trazidas pela exploração econômica dos fundos marinhos (Área) em perspectiva socioeconômica, quanto à implantação de um modelo econômico capaz de atender ao compartilhamento dos benefícios econômicos exploratórios? Confirmou-se a hipótese principal de que o regime jurídico-ambiental internacional da Área, instituído pela UNCLOS, em sua Parte XI, pelo Acordo de 1994 e pelos Regulamentos e Regras da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISA), apresenta-se progressivamente efetivo na delimitação de normas e regras que delineiam a implementação de um modelo socioeconômico capaz de atender ao compartilhamento equitativo de benefícios econômicos derivados da exploração dos fundos marinhos, entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento.

Quanto ao primeiro objetivo específico delimitado, essencial referir que, na perspectiva socioeconômica da exploração dos fundos marinhos, a UNCLOS estabeleceu que a Área, assim como seus recursos, são Patrimônio Comum da Humanidade. Assim, foi incorporado ao Direito Internacional do Mar uma nova visão jurídica aplicada à cooperação e à equitatividade entre os Estados desenvolvidos e em desenvolvimento, sendo que tal situação é perfectibilizada por meio do princípio do Patrimônio Comum da Humanidade, e, para tanto, sua exploração depende de Regras e Regulamentos estipulados pela Autoridade, incumbida de proteger este patrimônio em nome de toda humanidade, propiciando efetividade à perspectiva socioeconômica trazida pela UNCLOS e pelo Acordo de 1994.

Quanto ao segundo objetivo específico estabelecido, constatou-se que ainda não houve criação de Regras e Regulamentos que implementassem a repartição equitativa de benefícios. Quanto à nova ordem econômica de repartição de benefícios, residem controvérsias sobre quais seriam,

efetivamente, os lucros que os exploradores aufeririam, já que a mineração, em escala comercial, não foi ainda iniciada, tendo que existir um contraponto entre a repartição de benefícios e os lucros que poderiam ser auferidos pelo setor privado global, sob pena de inviabilizar a execução das atividades minerárias na Área.

Observa-se que a ordem econômica, com base em uma perspectiva socioeconômica, assenta-se na ideia de que os Estados desenvolvidos possuem a responsabilidade de equilibrar as desigualdades econômicas vivenciadas pelos Estados em desenvolvimento. Para tanto, quando um Estado desenvolvido explora a Área e seus recursos, que são considerados um patrimônio comum da humanidade, acabam por privar os demais Estados em desenvolvimento, que possuem menos tecnologias e investimentos financeiros, o que vai de encontro à ideia de repartição econômica equitativa.

Conjuntamente a este cenário, foi possível identificar um aumento progressivo no setor da extração marinha de minérios, apresentando parcela considerável na Economia Azul. O mercado mundial de mineração marinha pode valer cerca de US \$ 7 bilhões até o final de 2026 (WORLD OCEAN INITIATIVE, 2019). Diante do crescimento do consumo mundial por minérios e o esgotamento das jazidas terrestres, acredita-se que a exploração comercial da Área apresentará significativo aumento de procura nas próximas décadas. Tal fato trará impactos significativos, tanto economicamente como socialmente, aos Estados e à humanidade, o que demanda ao Direito Internacional do Mar uma postura jurídica ativa e rápida.

Conclui-se que a interpretação socioeconômica da exploração dos fundos marinhos se dá no sentido de que toda comunidade internacional possui direitos sobre a Área e seus recursos, e os Estados em desenvolvimento devem receber direitos de preferência, oriundos da distribuição da receita proveniente dos atos exploratórios, propiciando uma repartição econômica equitativa.



## Referências

- ANDREOLA, Susana Cordenonsi. **Fundos marinhos**: regulamentação pelo direito internacional. Curitiba: Juará, 2010.
- BANET, Catherine; CHURCHILL, Robin; ELFERINK, Alex Oude. **The Law of the Seabed**. Vol. 90. Boston: BrillNijhoff, 2020.
- BEIRÃO, André Panno; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Reflexos sobre a convenção do direito do mar**. Brasília: FUNAG, 2014. Disponível em: [http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao\\_do\\_Direito\\_do\\_Mar.pdf](http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf). Acesso em: 13 mar. 2020.
- EGEDE, Edwin. **Africa and the deep seabed regime: politics and international law of the common heritage of mankind**. Berlin: Springer, 2011.
- EUROPEAN COMMISSION. **The EU blue economy report**. 2019. Publications Office of the European Union. Luxembourg. Disponível em: <https://prod5.assets-cdn.io/event/3769/assets/8442090163-fc038d4d6f.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.
- GENERAL ASSEMBLY. **Declaration on the establishment of a new internationaleconomicorder**, 3201 (S-VI) de 1 de maio de 1974. Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Responsibilities and obligations of states sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area(request for advisory opinion submitted to the seabed disputes chamber) list of cases: n.º. 17. 1º february 2011**. Disponível em: <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-17/>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. Council. **Decision of the Assembly of the International Seabed Authority relating to the regulations on prospecting and exploration for polymetallic sulphides in the Area**. November 2010. ISBA/16/A/12/Rev.1. Disponível em: <https://www.isa.org.jm/documents/isba16a12-rev-1>. Acesso em: 06 junh. 2020.
- INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. Council. **Decision of the Council of the International Seabed Authority relating to amendments to the regulations on prospecting and exploration for polymetallic nodules in the Area and related matters**. 15-26 July 2013. ISBA/19/C/17. Disponível em: [https://isa.org.jm/files/files/documents/isba-19c-17\\_0.pdf](https://isa.org.jm/files/files/documents/isba-19c-17_0.pdf). Acesso em: 06 jun. 2020.
- INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. **The 24th Session of the International Seabed Authority**. Disponível em: <https://www.isa.org.jm/sessions/24th-session-2018>. Acesso em: 06. Jun. 2020.
- INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. **MIT Comparative study of economic models for polymetallic nodule mining**. Disponível em: <https://www.isa.org.jm/news/mit-comparative-study-economic-models-polymetallic-nodule-mining-now-available-online>. Acesso em: 01 mar. 2020.
- INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. **Rules, regulations and procedures on the equitable sharing of financial and other economic benefits derived from activities in the Area**. 2-27 jul. 2018. Disponível em: <https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/files/documents/isba24-fc4-en.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.
- INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. **Benefits fund**. Disponível em: <https://www.isa.org.jm/benefits-fund>. Acesso em: 02 mar. 2020.
- INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. **Endowment fund**. Disponível em: <https://www.isa.org.jm/contractors/endowment-fund>. Acesso em: 02 mar. 2020.
- INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. **Developing a regulatory framework for mineral exploitation in the Area**. Disponível em: [Rev. Fac. Dir. | Uberlândia, MG | v. 50 | n. 2 | pp. 148-174 | jul./dez. 2022 | ISSN 2178-0498](https://ran-</a></p></div><div data-bbox=)

[s3.s3.amazonaws.com/isa.org/jm/s3fs-](https://s3.s3.amazonaws.com/isa.org/jm/s3fs-public/documents/EN/WorkingPapers/DiscussionPaper-FinMech.pdf)

[public/documents/EN/WorkingPapers/DiscussionPaper-FinMech.pdf](https://s3.s3.amazonaws.com/isa.org/jm/s3fs-public/documents/EN/WorkingPapers/DiscussionPaper-FinMech.pdf). Acesso em: 02 mar. 2020.

KIRCHAIN, Randolph; FIELD, Frank R; ROTH, Richard. **Report to the International Seabed Authority on the development of an economic model and system of payments for the exploitation of polymetallic nodules in the Area**. Massachusetts Institute of Technology. Cambridge: Material Systems Laboratory. 31 Mar. 2019.

JAECKEL, Aline. **Benefitting from the common heritage of humankind: from expectation to reality**. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003

LEE, Ricky J. **Law and regulation of commercial mining of minerals in outer space**. Vol. 7. New York: Springer, 2012.

LODGE, Michael W et al. **Sharing and preserving the resources in the deep sea**. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2017.

OCHOA, Christiana. **Contracts on the Seabed**. *Yale Journal of International Law*, 2021.

OECD (2016). **The ocean economy in 2030**. Paris, ISBN 978-92-64-25172-4. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264251724-en>. Acesso em: 02 mar. 2020.

PUREZA, José Manuel. **O Patrimônio Comum da Humanidade: rumo a um Direito Internacional da solidariedade**. Porto: Rainho & Neves Ltda, 1998.

RANGEL, Vicente Marotta. Fundos Oceânicos. In: BEIRÃO, André Panno; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Reflexos sobre a convenção do direito do mar**. Brasília: FUNAG, 2014. Disponível em: [http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao do Direito do Mar.pdf](http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao%20do%20Direito%20do%20Mar.pdf). Acesso em: 13 mar. 2020.

SANDS, Philippe; PEEL, Jacqueline; FABRA, Adriana; MACKENZIE, Ruth. **Principles of international environmental law**. 3. ed. Cambridge University Press, 2012.

SOUZA, Kaiser G. de. Recursos minerais marinhos além das jurisdições nacionais. **Brazilian Journal of Geophysics**, Brasília, Vol. 18, n. 3, 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbg/a/P69vTXxrgS77PxHKHCPDHTy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 fev. 2020.

SCOVAZZI, Tullio. **The concept of common heritage of mankind and the genetic resources of the seabed beyond the limits of national jurisdiction**. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6302557.pdf>. Acesso em: 1 set. 2019.

SCHOLAERT, Frederikp. **The blue economy overview and EU policy framework**. EPRS European Parliamentary Research Service. 2020. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/646152/EPRS\\_IDA\(2020\)646152\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/646152/EPRS_IDA(2020)646152_EN.pdf). Acesso em: 03 mar. 2020.

TANAKA, Yoshifumi. **The International Law of the Sea**. Cambridge: University Press, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A nova dimensão do Direito Internacional público**. Vol. 1. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003. Disponível em: [http://funag.gov.br/biblioteca/download/277-A nova dimens%C3%A3o do direito internacional publico vol i.pdf](http://funag.gov.br/biblioteca/download/277-A%20nova%20dimens%C3%A3o%20do%20direito%20internacional%20publico%20vol%20i.pdf). Acesso em: 13 mar. 2020.

UN. **Ocean & Law of the Sea**. Disponível em: [https://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/convention\\_historical\\_perspective.htm](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_historical_perspective.htm). Acesso em: 21 fev. 2020.

UN. **Lists of ratifications of accessions and successions to the Convention and the Related Agreements**. Disponível em:

[https://www.un.org/depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm](https://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm).

Acesso em: 01 de mar. 2020.

UNCLOS (1982). **United Nations Convention on the Law of the Sea**. Concluded at Montego Bay on 10 december 1982. Disponível em: [https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/text/unclos/unclos\\_e.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/text/unclos/unclos_e.pdf). Acesso em: 24 abr. 2021.

WORLD OCEAN INITIATIVE. **International Seabed Authority under pressure over deep-sea mining impacts**. 16 ago. 2019. Disponível em: <https://www.woi.economist.com/international-seabed-authority-under-pressure-over-deep-sea-mining-impacts/>. Acesso em: 12 out. 2020.

ZANIRATO, Silvia Helena. **Patrimônio da humanidade**: controvérsias conceituais e legais na definição de bem comum, 2017. Disponível em: <http://anppas.org.br/encontro5/cd/artigos/GT15-359-289-20100902115329.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2019.

ZANELLA, Tiago V. **Manual de Direito do Mar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

Artigo recebido em: 18/08/2022.

Aceito para publicação em: 05/01/2023.

# Países Emergentes e a Mudança no Paradigma dos Investimentos Internacionais

## *Emerging Countries and the Shift in the International Investment Paradigm*

Thiago Ferreira Almeida<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo objetiva reconhecer a existência de um novo paradigma dos investimentos internacionais. Esse paradigma, iniciado a partir do século XXI, decorre do reposicionamento dos países emergentes. O trabalho está estruturado em duas partes. Primeiro, primou-se pelo reconhecimento de um grupo específico de países emergentes, que apresentam importância econômica, política, jurídica e nas relações internacionais. Esse grupo corresponde aos onze países do G20 Financeiro, que se qualificam como o G11. Em um segundo momento, analisou-se o reconhecimento de um novo paradigma dos investimentos internacionais, pautados por acordos bilaterais mais balanceados, no nível bilateral, novos acordos regionais abrangentes, a envolver temas de liberalização comercial e de investimentos e, principalmente, pela liderança das economias emergentes no G20 Financeiro e nas Conferências Ministeriais da OMC sobre facilitação e promoção do investimento. Tais alterações no paradigma repercutem no Direito Internacional do Investimento, a incorporar a necessidade de um debate contemporâneo por uma reforma em seus institutos em atendimento ao maior reposicionamento das economias emergentes no sistema internacional.

**Palavras-Chave:** Novo Paradigma; Investimentos Internacionais; Países Emergentes; G20 Financeiro; Direito Internacional do Investimento.

**Abstract:** The article aims to recognize the existence of a new international investment paradigm. This paradigm, which started in the XXI century, results from the repositioning of emerging countries. The work is structured in two parts. First, it highlighted the recognition of a specific group of emerging countries, which have economic, political, legal importance and in the international relations. This group corresponds to the eleven countries in the Financial G20, which qualify as the G11. In a second moment, it

---

<sup>1</sup> Brazilian Ph.D. researcher invited to the Faculty of Law of University of Geneva (UNIGE), Switzerland, under the supervision of the Professor Dr. Makane Mbengue. He is also a Ph.D. student of International Investment Law at the Federal University of Minas Gerais (UFMG), Brazil. Professor of MBA of Infrastructure, Concessions and Public-Private Partnerships at Pontifical Catholic University (PUC Minas) and of the Summer Course 2022 - Jean Monnet Center of Excellence at the Federal University of Minas Gerais, Brazil. Thiago was awarded with a full scholarship in the 1st Winter Course of The Hague Academy of International Law, The Netherlands (2019). Career civil servant of Minas Gerais State, Brazil (2011-2021). Master's in international law at UFMG (2014); Bachelor in Law at UFMG, Brazil (2012); Bachelor in Public Management at João Pinheiro Foundation, Brazil (2010); Specialization in Economics at the University of Turin, Italy (2009).

analysed the recognition of a new paradigm of international investments, guided by more balanced bilateral agreements, at the bilateral level, new comprehensive regional agreements, involving themes of trade liberalization and investment, and, primarily, by the leadership of the emerging economies in the Financial G20 and WTO Ministerial Conferences on facilitating and promoting investment. Such changes in the paradigm have repercussions on the International Investment Law, by incorporating the need for a contemporary debate for a reform of its institutes in order to meet the greater repositioning of emerging economies in the international system.

**Keywords:** New Paradigm; International Investments; Emerging Countries; Financial G20; International Investment Law.

## 1. Introdução

Apesar do Direito Internacional se fundamentar em uma igualdade jurídica dos Estados soberanos, o sistema internacional é caracterizado por diferenças políticas, sociais, culturais e, sobretudo, econômicas, que permeiam as relações entre os seus sujeitos e instituições ao longo da história. A desigualdade econômica reconhece-se na existência do grupo de países desenvolvidos (ou de industrialização antiga) e em desenvolvimento. Dentre esse último, um conjunto de países de industrialização tardia com forte crescimento econômico nas últimas décadas destaca-se no século XXI: os países emergentes. Esses países, como Brasil, China e Índia, reconhecem-se em grupos de crescente importância no sistema internacional na atualidade,

por meio do G20 Financeiro (XU, 2019, p. 29)<sup>2</sup> e BRICS<sup>3</sup> (SORNARAJAH, 2017, p. 67; HOWSE, 2010, p. 21; BROUDE *et al.*, 2011, p. 2; ALVAREZ, 2011, p. 144-145).

Outras economias emergentes se destacam em diferentes associações, como o MINT, formado pelo México, Indonésia, Nigéria e Turquia (ASONGU; ODHIAMBO, 2018, p. 4-5),<sup>4</sup> os Tigres Asiáticos, formados por Hong Kong, Cingapura, Taiwan e Coreia do Sul (CHOW, 2010, p. 3)<sup>5</sup> e os países do Golfo Pérsico, formado pelos Emirados Árabes Unidos, Arábia Saudita, Qatar, Omã, Kwait e Bahrein. Os países do Golfo Pérsico, além da China, Rússia e Cingapura se destacam pela proeminência de seus fundos soberanos (*Sovereign Wealth Funds* - SWFs) no sistema financeiro global. Estima-se que 2/3 de todos os SWFs no mundo se encontram em economias emergentes

---

<sup>2</sup> O G20 Financeiro foi criado em 1999, em decorrência da crise financeira do México (1994), dos Tigres Asiáticos (1997) e da Rússia (1998). Contudo, a sua proeminência como principal fórum a regular a estabilidade econômica global adveio somente com a crise financeira de 2008, suplantando o G7. A alteração do G7 para o G20 Financeiro é decorrente da atuação concertada dos emergentes e da grande participação no crescimento econômico, principalmente a partir do século XXI. No seu conjunto, os 19 países e a União Europeia correspondem a 90% do PIB global, 80% do comércio internacional e a 2/3 da população mundial. Além disso, o G20 Financeiro é integrado pela União Europeia e por 19 Estados, sendo 11 emergentes (África do Sul, Arábia Saudita, Argentina, Brasil, China, Coreia do Sul, Índia, Indonésia, México, Rússia e Turquia), que incorpora também todos os cinco integrantes do BRICS (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, s.d.b). Importante diferenciar o G20 Financeiro, criado em 1999 e dedicado à cooperação e estabilidade financeira global, do G20 comercial, criado dentro da Organização Mundial do Comércio (OMC), com o objetivo de coordenar as posições de países em desenvolvimento a pressionar reformas no setor agrícola. Atualmente, o G20 comercial é composto por 23 países (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2017b). O presente artigo de pesquisa analisará exclusivamente o G20 Financeiro e, para fins de uniformização do entendimento, os termos *G20 Financeiro* e *G20* serão utilizados como sinônimos.

<sup>3</sup>O acrônimo BRIC – Brasil, Rússia, Índia e China – é um conceito criado em 2001 por Jim O’Neill, do Goldman Sachs, que afirmou que esses quatro países juntos poderiam superar as seis maiores economias ocidentais no mundo em 30 anos. Em 2010, o grupo aprovou a entrada da África do Sul, formando o acrônimo BRICS (O’NEIL, 2001; JONES, 2012; STUENKEL, 2015; COOPER, 2016; ALMEIDA; SILVA, 2018).

<sup>4</sup>É atribuído também a Jim O’Neil, o criador do acrônimo BRIC em 2001, o termo MINT (BBC, 2014).

<sup>5</sup>O Fundo Monetário Internacional (FMI) reconhece Hong Kong como Região Administrativa Especial da República Popular da China, apresentando dados econômicos de forma separada, apesar de ser parte do território chinês (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2022). De forma semelhante, Taiwan é considerada pelo FMI como província da China (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2021).

(CLARK *et al.*, 2013, p. 121-122; YI-CHONG; BAHGAT, 2010, p. 2-3; SORNARAJAH, 2017, p. 86).<sup>6</sup>

Outro destaque são as estatais que investem em setores estratégicos, como o petrolífero, em outros países, com destaque para a atuação da China (SORNARAJAH, 2017, p. 82; BARRAL, 2015, p. 6; NOONAN, 2013, p. 26-27).

Essa realidade multipolar do século XXI, de maior participação dos países emergentes nos fluxos de investimento, atesta a alteração do paradigma do sistema financeiro internacional: os países emergentes, ainda como tradicionais importadores, passam a exportar capital, inclusive para países desenvolvidos. Esse novo paradigma, portanto, permite reconhecer o grupo dos emergentes que se destacam do grande conjunto dos países em desenvolvimento.

O presente artigo objetiva, em um primeiro momento, traçar as linhas gerais para a identificação dos países emergentes no que concerne aos fluxos internacionais no século XXI. Em seguida, apresenta-se a mudança de paradigma no sistema internacional dos investimentos, a partir da análise bilateral, regional e multilateral. Por fim, a conclusão encerra o debate proposto.

## **2. Os países emergentes no fluxo de investimentos internacionais**

Pode-se categorizar os países, a partir dos fluxos de investimentos internacionais, em três grupos: (i) tradicionais exportadores de capital, (ii) emergentes, enquanto novos exportadores e tradicionais importadores de capital e (iii) tradicionais importadores de capital.

---

<sup>6</sup> Conforme dados do Sovereign Wealth Fund Institute, O Fundo Global de Pensão Governamental da Noruega possui o maior capital no mundo, no montante de 1,3 trilhões de dólares. À exceção do fundo soberano norueguês, a quase totalidade dos fundos soberanos com maiores ativos encontram-se na Ásia (principalmente China) e nos países árabes (SOVEREIGN WEALTH FUND INSTITUTE, 2021).

O sentido do fluxo de investimento se constitui, portanto, como o parâmetro principal. Entretanto, os dados sobre renda nacional *per capita* e índice de desenvolvimento humano, além do posicionamento relevante nos fóruns sobre o sistema financeiro internacional, também contribuem na identificação de um país como emergente. Lado outro, tais índices são específicos de determinadas organizações internacionais econômicas e, em certo aspecto, podem se apresentar como conflitantes entre si.

Hodiernamente, o conceito de países desenvolvidos, em desenvolvimento e emergentes não é pacífico.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> No que se refere à tentativa de um conceito delimitado de países emergentes, diferentes organizações internacionais estabelecem parâmetros a categorizar países como desenvolvidos, em desenvolvimento ou emergentes. O Grupo Banco Mundial adota a classificação baseada na Renda Nacional Bruta *per capita* - RNB *per capita* (*Gross National Income per capita* - GNI *per capita*) conforme dados de 2019: (i) os países de renda baixa (*low-income economies*) são aqueles com RNB *per capita* inferior ou igual a US\$1.035,00; (ii) os de renda média-baixa (*low-middle-income economies*) são aqueles com RNB *per capita* entre US\$ 1.036,00 e US\$ 4.045,00; (iii) os de renda média-alta (*upper-middle-income economies*) são aqueles com RNB *per capita* entre US\$ 4.046,00 e US\$ 12.535,00; e (iv) os de renda alta (*high-income economies*) são aqueles com RNB *per capita* de US\$ 12.536,00 ou superior. Considerando a divisão do Grupo Banco Mundial, uma possibilidade de consenso seria enquadrar as economias de renda *média-alta* (Brasil, China, Turquia e Indonésia) e *alta* (Coreia do Sul, Arábia Saudita, Cingapura e Emirados Árabes Unidos) como economias emergentes. Todavia, a Índia é enquadrada como país de *renda média-baixa*. Já o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) utiliza o critério do Índice de Desenvolvimento Humano - IDH (*Human Development Index* - HDI). O IDH considera três dimensões básicas: educação (taxa de alfabetização e taxa de matrícula), longevidade (esperança de vida ao nascer) e renda (PIB *per capita*). Nessa divisão, os países se agrupam em quatro categorias: (i) muito alto desenvolvimento humano (0,800 a 1,000); (ii) alto desenvolvimento humano (0,700 a 0,799); (iii) médio desenvolvimento humano (0,550 a 0,699); e (iv) baixo desenvolvimento humano (abaixo de 0,550). Os países emergentes se situam no grupo *muito alto desenvolvimento humano* (Argentina, Arábia Saudita e Coreia do Sul) e *alto desenvolvimento humano* (Brasil, China, México e Turquia). Contudo, o parâmetro pelo IDH situa a Índia, África do Sul e Indonésia no grupo de *médio desenvolvimento humano*. O Fundo Monetário Internacional (FMI) categoriza os países em: *países avançados* (*advanced economies*) e *economias emergentes e em desenvolvimento* (*emerging and developing economies*), mantendo a tradicional divisão entre desenvolvidos (*avançados*) e em desenvolvimento (*emergentes e em desenvolvimento*). Outro ponto, o FMI inclui a China como uma economia avançada, assim como Cingapura e Coreia do Sul. Ressalta-se que o Fundo não utiliza um parâmetro único, como o PNUD (IDH) ou o Banco Mundial (RNB *per capita*), e sim uma confluência de fatores, sendo os principais: (i) nível de renda *per capita*; (ii) diversificação de exportações; e (iii) nível de integração no sistema financeiro global. Por sua vez, a Organização das Nações Unidas (ONU) divide os países em três grupos: (i) *economias desenvolvidas*; (ii) *economias em transição* (países da ex-URSS e ex-Iugoslávia); e (iii) *economias em desenvolvimento*. Em específico, essa divisão é a adotada pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). Em algumas análises a ONU



Dessa forma, conceitua-se os países emergentes como o conjunto de Estados tradicionalmente importadores e recentes exportadores de capital estrangeiro para países desenvolvidos ou em desenvolvimento.

Em uma tentativa de localizar tais países emergentes, recorre-se à importância do G20 Financeiro, decorrente da proeminência dos países emergentes (XU, 2019, p. 29; HERDEGEN, 2016, p. 36-38) que se destacam econômica e politicamente nos níveis regional e global e apresentam desenvolvimento industrial e mercado consumidor relevante, além de apresentarem indicadores de renda nacional e de desenvolvimento humano médio ou médio-alto. A partir disso, pode-se concentrar o estudo dos países emergentes naqueles que integram o G20 Financeiro, que envolvem os membros do BRICS e do MINT.

Nesse sentido, os onze países emergentes do G20 Financeiro (África do Sul, Arábia Saudita, Argentina, Brasil, China, Coreia do Sul, Índia, Indonésia, México, Rússia e Turquia),<sup>8</sup> atenderiam à representação geográfica: três países da América Latina, um país da África, sete países asiáticos.<sup>9,10</sup> Além de integrantes do BRICS, parte de seus membros integram

---

utiliza a mesma divisão do Grupo Banco Mundial (Renda Nacional Bruta *per capita*). Além disso, a organização destaca um agrupamento específico dos países menos desenvolvidos (*Least Developed Countries* - LDC), conforme parâmetros de RNB *per capita*, IDH e índice de vulnerabilidade econômica. A Organização Mundial do Comércio (OMC) também utiliza a divisão entre economias desenvolvidas e em desenvolvimento, dando especial atenção ao grupo de economias menos desenvolvidas (LDC). A categorização da OMC não é arbitrária e cada membro define o seu *status* como desenvolvido ou em desenvolvimento. Contudo, outros membros podem questionar a auto-afirmação de um Estado, já que a condição de país em desenvolvimento permite o usufruto de benefícios, como o Sistema Generalizado de Preferências (*Generalized System of Preferences*- GSP). Inova a OMC ao permitir que cada membro escolha a sua classificação. (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2019; WORLD BANK GROUP, 2020; INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2020; UNITED NATIONS, 2020; WORLD TRADE ORGANIZATION, s.d.b; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2021).

<sup>8</sup>Apesar de a Nigéria ser parte do MINT, não é integrante do G20 Financeiro.

<sup>9</sup>A Rússia possui território nos continentes europeu e asiático.

<sup>10</sup>Em virtude da impossibilidade de investigar todo o grupo de países emergentes, cuja atribuição dessa categoria é divergente na doutrina e noas classificações de organizações internacionais, optou-se pela escolha dos países que, além da importância econômica, principalmente para o fluxo de capital, se constituem como atores internacionais de importância nas relações internacionais contemporâneas.

o grupo BASIC, formado por Brasil, África do Sul, Índia e China, que coordenam as questões relacionadas às mudanças climáticas,<sup>11</sup> e o grupo IBSA (ou IBAS), composto por Índia, Brasil e África do Sul, a discutir de forma coordenada a reforma do sistema multilateral por uma maior representatividade, como o Conselho de Segurança das Nações Unidas.<sup>12</sup>

Destarte, a definição do grupo de países emergentes a apresentar importância não apenas econômica, mas sobretudo nas relações internacionais e jurídicas, poderia se utilizar do recorte apresentado pelo G20 Financeiro. Em síntese, os países emergentes corresponderiam às onze economias emergentes do G20 Financeiro, formado o Grupo dos 11 (G11).

### **3. A mudança no paradigma dos investimentos internacionais**

O atual contexto do fluxo de investimentos internacionais, caracterizado por uma maior participação das economias emergentes no sistema financeiro internacional, gera alterações substanciais no Direito Internacional do Investimento, ramo do Direito Internacional Econômico (HERDEGEN, 2016, p. 3-4). Essa disciplina possui como objeto o investimento internacional e visa regular as relações entre Estados, organizações internacionais econômicas e de desenvolvimento e investidores (indivíduos e empresas transnacionais). Esse sistema jurídico, integrante de um Direito Internacional Público, deve ser entendido de forma crítica, a incorporar a perspectiva dos países emergentes e a reconhecer as estruturas de manutenção da desigualdade econômica e de perpetuação de institutos historicamente constituídos a proteger unilateralmente o investidor estrangeiro, em prejuízo aos países em desenvolvimento.

---

<sup>11</sup>O último encontro foi a 24ª Reunião Ministerial ocorrida na China, em 2017 (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2017).

<sup>12</sup>A última declaração do Fórum IBAS ocorreu em 2020 (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2020).

Enquanto que o fluxo de investimentos internacionais tradicionalmente seguia um único sentido (origem de um investidor nacional de país desenvolvido para um país em desenvolvimento), o Direito Internacional do Investimento assegurava a proteção integral e unilateral do investidor estrangeiro, inclusive criando uma forma específica de solução de controvérsias: arbitragem *ad hoc* Investidor-Estado.

A partir da modificação do paradigma do fluxo de investimentos, marcado pela pluralidade de origens de capital e, principalmente, confrontados com a realidade de países emergentes exportando capital aos países desenvolvidos, reconheceu-se a necessidade de criar acordos de investimentos mais balanceados, bem como reformar os institutos do Direito Internacional do Investimento. Tais movimentos obedecem, em parte, a uma defesa dos países desenvolvidos em modificar as suas políticas internas públicas (regulamentações ambientais, sociais e de segurança nacional). Esse entendimento demonstra a flexibilização da proteção universal ao investidor estrangeiro (SORNARAJAH, 2017, p. 67; NOONAN, 2013, p. 24-26; ZHAO, 2013, p. 110).

Outrossim, observa-se a atuação pró-ativa dos países emergentes na exportação de capitais, principalmente por meio de estruturas de investimento públicas, como fundos soberanos, estatais e bancos multilaterais de desenvolvimento (*Multilateral Development Banks* - MDBs) e a partir das novas instituições advindas da decisão em ampliar a sua representatividade internacional, como o Novo Banco de Desenvolvimento (NDB),<sup>13</sup> o Banco de Investimento e Infraestrutura da Ásia (ASIAN INFRASTRUCTURE INVESTMENT BANK, s.d.) e o Banco de Desenvolvimento da América Latina (CAF) (BRASIL, 2013). Os países que lideram a criação de instituições alternativas inserem-se no grupo das onze economias emergentes do G20 Financeiro, constituindo-se como importantes atores na cooperação Sul-Sul

---

<sup>13</sup>Também chamado de Banco dos BRICS (New Development Bank), sua criação ocorreu na Cúpula dos BRICS de Fortaleza, Brazil, em 2014 (NEW DEVELOPMENT BANK, 2014).

(XU, 2019, p. 31; RINALDI, 2018, p. 112; CHITENDERU, 2018, p. 120; SUCHODOLSKI; DEMEULEMEESTER, 2018, p. 2).

Dessa forma, a mudança de paradigma dos emergentes como exportadores de capital se observa em três níveis: (i) bilateral, tendo o Brasil<sup>14</sup> e a China estabelecendo modelos alternativos de acordos bilaterais de investimento (BARRAL, 2015, p. 5-6; TUNG, 2010, p. 256; BERGER, 2011, p. 176); (ii) regional, por meio da existência de novos “mega-acordos regionais”, como o da União Europeia-Mercosul, as áreas de livre comércio da África (AFRICAN UNION, s.d.) e Ásia e Pacífico (ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS, 2009 – e *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* – CPTTP)<sup>15</sup> (HERDEGEN, 2016, p. 20; MBENGUE; SCHACHERER, 2017, p. 419); e (iii) multilateral, pela atuação do G20 Financeiro e da OMC nas discussões sobre um acordo de facilitação ao investimento, proposto pelos emergentes, principalmente pela China e Brasil por meio do grupo informal *Friends of Investment Facilitation for Development* (FIFD) (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2017a), que difere das anteriores tentativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e OMC (SHAN, 2005, p. 307).

Essa mudança do paradigma dos investimentos internacionais pela ampliação da presença dos emergentes leva à necessidade de investigar as adequações do Direito Internacional do Investimento, quanto à evolução histórica e à sua estrutura desigual, rígida e fragmentária.

Pela compreensão histórica, o Direito Internacional do Investimento caracteriza-se por ser hegemônico, revelando uma estrutura rígida e desigual de imposição de regras de proteção internacional do investidor estrangeiro em prejuízo aos Estados importadores de capital. A compreensão da sua

---

<sup>14</sup>Desde 2015, o Brasil adotou um modelo de acordo sobre investimentos chamado de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento (ACFI) (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2021).

<sup>15</sup>O CPTTP substituiu o TTP (Trans-Pacific Partnership - TPP), devido a recusa do governo Trump dos Estados Unidos em assiná-lo (GOVERNMENT OF AUSTRALIA, 2018).

historicidade permite verificar que suas estruturas originam-se no século XVI, com as grandes navegações e invasões na América, África e Ásia, por meio da dominação militar, econômica e social da metrópole sobre a colônia e, posteriormente, pela gradativa substituição do uso da força por institutos jurídicos a perpetuar uma proteção unilateral do investidor a nível internacional (MILES, 2013, p. 37; ANGHIE, 2004, p. 316; ANGHIE, 2012, p. 315-316).

A abordagem do terceiro mundista do Direito Internacional (*Third World Approach to International Law – TWAIL*) reconhece a persistência de estruturas colonialistas no Direito Internacional, decorrentes de um sistema hegemônico europeu, que datam do debate da descolonização afro-asiática até ao atual contexto da globalização (FIDLER, 2003, p. 30-31).<sup>16</sup> Essa abordagem defende um estudo do Direito Internacional pós-colonial e reformista, reconhecendo a importância de romper com a concepção centralizada de um Direito Internacional, produto histórico do contexto europeu imperialista (ESLAVA; PAHUJA, 2011, p. 106-112; GALLIÉ, 2012, p. 2; MUTUA, 2000, p. 33). Nesse raciocínio, os investimentos internacionais se constituem como um dos principais instrumentos de dominação hegemônica e de perpetuação de práticas coloniais no Terceiro Mundo (VAN HARTEN, 2011, p. 25).

A estrutura fragmentária do Direito do Investimento Internacional (FUKUNAGA, 2010, p. 34; SCHILL, 2014, p. 114) é observada nos sistemas de solução de controvérsias eminentemente bilaterais, por meio de arbitragens *ad hoc* Estado-Estado e Investidor-Estado. O modelo arbitral é desprovido de uma jurisprudência consolidada, sendo marcada por decisões conflitantes. Apesar do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos

---

<sup>16</sup> Registra-se a atualidade no entendimento de que os países em desenvolvimento são integrantes do Terceiro Mundo, uma vez que persiste uma dominação econômico-jurídica do Direito Internacional hegemônico. O Segundo Mundo foi assimilado ao Terceiro Mundo após 1991, uma vez que o critério de divisão passa a ser econômico e não mais ideológico (CHIMNI, 2006, p. 5).

sobre Investimentos (ICSID)<sup>17</sup> se configurar como instância de solução de conflitos entre investidores externos e Estados, as recentes denúncias à Convenção de Washington de 1965 e a tratados bilaterais de investimentos demonstram uma tendência de revisão dos fundamentos do Direito Internacional na busca de soluções alternativas ao modelo Investidor-Estado, principalmente na América Latina, dado o número relevante de casos no ICSID (HERDEGEN, 2016, p. 433).<sup>18</sup> Releva-se também a inexistência de uma corte de apelação, como existente no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, a rever eventuais abusos e incoerências das decisões arbitrais,<sup>19</sup> ou mesmo indica-se a proposta da União Europeia em criar um tribunal internacional sobre o investimento (que envolveria um tribunal de primeira instância e um tribunal de apelação). (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018)

A mudança de paradigma decorrente da alteração dos fluxos de investimentos internacionais não objetiva reduzir as ineficiências na estrutura do Direito Internacional do Investimento. Pelo contrário, objetiva evidenciar as suas contradições e, a partir da perspectiva dos países emergentes tanto como exportadores como importadores de capital, investigar

---

<sup>17</sup>O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* - ICSID) foi criado pela Convenção de Washington de 1965 e corresponde a uma das cinco organizações que compõem o Grupo Banco Mundial (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, s.d.).

<sup>18</sup>Registra-se a denúncia da Convenção de Washington de 1965, que criou o ICSID, pela Bolívia (em 2007) e Equador (em 2009). Além disso, o Equador decidiu-se pela denúncia de nove acordos bilaterais de investimento em 2008 (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2010). A Venezuela registrou denúncia da referida convenção do ICSID somente em 2012 (RIPINSKY, 2012).

<sup>19</sup>O Órgão de Apelação da OMC encontra-se definido no art. 17 do Entendimento Relativo às Regras e Procedimentos Solução de Controvérsias (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*- DSU). O Órgão de Apelação da OMC analisa exclusivamente questões de direito decididas pelos painéis, sendo formado por sete membros, dos quais três são selecionados para compor a análise de um caso em particular. Apesar de reconhecer que cerca de 90% das decisões do Órgão de Apelação são cumpridas, o evento do bloqueio dos Estados Unidos em aprovar a recondução do segundo mandato do Seung Wha Chang levanta questões sobre a necessidade de revisar a sua estrutura. (WORLD TRADE ORGANIZATION, s.d.a; DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 97-99;123; JOHNSON, 2019).

a existência de adaptações jurídicas em seus institutos a contribuir para a sua evolução e verificação de implicações no desenvolvimento dos países.

A relevância do tema, portanto, reside na caracterização do Direito Internacional do Investimento em seus fundamentos inerentes de uma ciência jurídica e, como tal, inserida no Direito Internacional. Por sua vez, a estrutura dessa disciplina, por ser fragmentária em seus instrumentos e decisões arbitrais *ad hoc*, é incapaz de engendrar um reconhecimento de um costume internacional consistente.<sup>2021</sup>

A proposta de reforma do sistema de investimentos internacionais da UNCTAD (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2018, p. 14) descreve a sua evolução histórica em quatro etapas: (i) Era da Infância (1950-1964), em que surgem os primeiros acordos bilaterais (iniciado com o acordo entre Alemanha e Paquistão em 1959) (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 1959), além das primeiras convenções regionais e internacionais sobre a temática da integração e regulação comercial e de investimentos, por meio do

---

<sup>20</sup> Conforme o Relatório Mundial de Investimentos da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), de 2020, existem em vigor 2.654 acordos internacionais sobre investimento (acordos bilaterais e de livre comércio com disposições sobre investimentos). Contudo, as duas décadas dos século XXI demonstram forte decréscimo do número de assinatura de acordos, sendo inclusive o ano de 2019 mais denúncias de instrumentos existentes (34) que novas assinaturas (22). A título de comparação, no ano de 1995 teve mais de 200 tratados assinados sobre investimento. Observa-se uma maior concentração de assinatura de tratados dessa temática na década de 1990, período este marcado pela disseminação de práticas neoliberais. Interesse observar que o mesmo relatório demonstra um sistemático aumento de casos arbitrais sobre investimento a partir do século XXI. No ano de 2017, foram registrados mais de 80 casos. Entre 1987 a 2019, registram-se 1023 casos arbitrais. O número de assinaturas de novos acordos de investimentos diminui enquanto o número de casos arbitrais aumenta. Observa-se que os conflitos sobre investimentos no atual modelo arbitral pode ser considerado como uma causa persistente a alterar o posicionamento dos países a se tornarem signatários dessas espécies de tratados sobre investimentos (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2020b, p. 106-110).

<sup>21</sup> José A. F. Costa considera que as regras internacionais de proteção ao investidor, presentes em inúmeros BITs, justificam a existência de um Direito Internacional costumeiro. Contudo, a crença de uma regra específica em BITs, em sua maioria sob um modelo proveniente de países exportadores de capital, demonstra uma posição unilateral e desconsidera o debate amplo com posições dos países em desenvolvimento (COSTA, 2010, p. 171-173).

GATT de 1947,<sup>22</sup> a Convenção de Nova Iorque de 1958 (BRASIL, 2002), a criação da Comunidade Econômica Europeia em 1957,<sup>23</sup> bem como o marco do posicionamento dos países recém-independentes com a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a soberania permanente dos recursos naturais (UNITED NATIONS, 1962); (ii) Era da Dicotomia (1965-1989), com a criação do ICSID em 1965 e da UNCITRAL em 1966<sup>24</sup> e a inclusão do modelo de solução de controvérsias pela arbitragem Investidor-Estado e, por outro lado, o período foi marcado por uma maior divisão das posições entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, com a aprovação da Resolução da Assembleia Geral que criava a Nova Ordem Econômica Internacional em 1974 (UNITED NATIONS, 1974); (iii) Era da Proliferação (1990-2007), caracterizada por um crescimento vertiginoso do número de BITs assinados e início dos primeiros casos arbitrais Investidor-Estado, pelo surgimento dos primeiros blocos econômicos, como o NAFTA em 1994 e a APEC em 1994,<sup>25</sup> bem como pela assinatura do Tratado da Carta de Energia de 1994<sup>26</sup> e do Tratado de Marraqueche de 1994 que criava a OMC (BRASIL,

---

<sup>22</sup>Com a recusa dos Estados Unidos em assinar a Carta de Havana de 1948, que criava a Organização Internacional do Comércio, aprovou-se as disposições temporárias do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade - GATT), de 1947, que se mantiveram até a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1994 (MOTA, 2005, p. 22-26).

<sup>23</sup>A década de 1950 no continente europeu foi caracterizada pela formação das primeiras organizações de integração comercial, a partir da assinatura do Tratado de Paris que criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço de 1951 (European Coal and Steel Community - ECSC) e pelo Tratado de Roma que criou a Comunidade Europeia de Energia Atômica (European Atomic Energy Community - EURATOM) e a Comunidade Econômica Europeia (European Economic Community - EEC), em 1957 (CRAIG; DE BÚRCA, 2008, p. 3-7).

<sup>24</sup>A Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) foi estabelecida pela Resolução 2205(XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, com o objetivo de atuar nas disparidades das normas nacionais sobre comércio internacional a criar obstáculos no fluxo do comércio (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, s.d.).

<sup>25</sup>Trata-se de um fórum econômico regional criado em 1989 que envolve 21 países da Ásia e Pacífico (ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION, s.d.).

<sup>26</sup>O Tratado da Carta de Energia (Energy Charter Treaty - ECT) foi assinado em 1998 com o objetivo de definir regras multilaterais no setor de energia, com a previsão de solução de controvérsias pelo modelo arbitral Investidor-Estado (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, s.d.b).



1994) e, por fim, pela tentativa sem sucesso de um acordo multilateral de investimento da OCDE em discussão durante os anos de 1995-1998 (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, s.d); e (iv) Era da Reorientação (2008 ao presente), marcado por uma redução considerável do número de novos BITs e aumento dos casos arbitrais Investidor-Estado, além das previsões do Tratado de Lisboa da União Europeia de 2008 que define o tema dos investimentos estrangeiros como competência exclusiva da política comercial comum da Comissão Europeia<sup>27</sup>.

Apesar da posição da UNCTAD em interpretar a evolução das normas sobre investimentos internacionais como um caminho de equilíbrio, via defesa por tratados balanceados a garantir proteção ao investidor e ao Estado importador de capital, é necessário investigar os fundamentos do Direito Internacional do Investimento que mantêm determinados comportamentos perniciosos em prejuízo aos países em desenvolvimento, impedindo o alcance de um desenvolvimento perene.

Do grupo dos países emergentes integrantes do G20 Financeiro, o Brasil destaca-se em sua posição soberanista ao refutar a ratificação dos acordos bilaterais de investimento assinados na década de 1990. Sob o argumento de que as disposições dos BITs atribuíam tratamento superior ao investidor estrangeiro na solução via arbitragem Investidor-Estado, o governo brasileiro desenvolveu em 2015 um modelo próprio, chamado de Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento (ACFI), que se caracteriza por uma lógica de prevenção de conflitos entre investidores e Estados. Considerando que o Brasil se constitui como mercado historicamente atrativo a

---

<sup>27</sup> Artigo 207, ex-artigo 133. TCE (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

investimentos, questiona-se se esses acordos seriam relevantes na atração de investimentos.<sup>2829</sup>

Após décadas de isolamento ao longo do século XX, a China implantou seu programa de investimentos em 1982 e, no início do século XXI, adotou uma mudança de política nacional quanto aos investimentos diretos estrangeiros. É possível verificar a existência de três diferentes comportamentos da China em relação aos acordos internacionais de proteção ao investimento. Um primeiro momento de maior proteção frente aos investimentos estrangeiros, em uma situação em que o país se caracterizava essencialmente como importador de capital (1982-1998). Um segundo momento em que o país adota a estratégia de internacionalização de sua economia e adere a acordos de investimento de forma mais ampla, bem como ao sistema de solução de conflitos Investidor-Estado pela ICSID e UNCITRAL. Por fim, um terceiro momento em que se constitui pela sua condição majoritária de exportadora de capital, mesmo ainda sendo importante importadora de capital. Essa última realidade é caracterizada por acordos balanceados e maior proteção internacional aos seus investidores, principalmente às estatais chinesas (SAUVANT; NOLAN, 2015, p. 22-23; TUNG, 2010, p. 256; CORDOVIL; CARVALHO, 2015, p. 81).

---

<sup>28</sup>Entre 1994 a 1999, o Brasil assinou 14 BITs com Portugal (1994), Chile (1994), Reino Unido (1994), Suíça (1994), França (1995), Finlândia (1995), Itália (1995), Dinamarca (1995), Venezuela (1995), Coreia do Sul (1995), Alemanha (1995), Cuba (1997), Países Baixos (1998) e com a União Econômica da Bélgica e Luxemburgo (1999), sendo nenhum desses ratificados. Entre 2015 a 2020, o Brasil assinou 13 ACFIs com o Moçambique (2015), Angola (2015 e ratificado em 2017), México (2015 e ratificado em 2018), Malauí (2015), Colômbia (2015), Chile (2015), Etiópia (2018), Suriname (2018), Guiana (2018), Emirados Árabes Unidos (2019), Marrocos (2019), Equador (2019) e Índia (2020). (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, s.d.a).

<sup>29</sup>O ACFI assinado entre o Brasil e a Índia em 25 de janeiro de 2020 apresenta dispositivos específicos como as obrigações de responsabilidade social corporativa (arts. 11 e 12), o Comitê Conjunto de Administração do Tratado (art. 13), o Ponto Focal Nacional ou Ombudsman (art. 14) e o Procedimento de Prevenção de Disputas (art. 18), que se assemelha às consultas na OMC. Além disso, o ACFI define a solução de conflitos por arbitragem *ad hoc* Estado-Estado (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2020a).

Dessa forma, a China, a partir do século XXI, passa a celebrar mais BITs com países em desenvolvimento, afastando-se de uma posição de defesa de regras nacionais enquanto *FDI-importing*, para uma posição de defesa de investimentos em situação de *FDI-exporting* (BERGER, 2011, p. 176).

Além da abordagem bilateral sobre investimentos, ressaltam-se as tratativas regionais para facilitação comercial e criação de áreas de integração econômica, que se tornaram comuns frente à ausência de consenso na Rodada de Doha da OMC. A existência de acordos regionais de integração econômica pode ser compreendido como uma erosão da OMC, vide a existência de regras suplementares às normas da OMC, configurando a expressão *spaghetti bowl*. Além disso, os novos acordos mega-regionais incrementam essa situação de sobreposição de normas e, por sua vez, tornam mais nítida a fragmentação do Direito Internacional do Investimento (HERDEGEN, 2016, p. 20; TUNG, 2010. p. 253).

Dentre os principais no sistema internacional, citam-se o Acordo USMCA (*United States-Mexico-Canada Agreement*),<sup>30</sup> as áreas de livre comércio da África (*African Continental Free Trade Area – AfCFTA*)<sup>31</sup> e Ásia e Pacífico (*Regional Comprehensive Economic Partnership – RCEP – e Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership – CPTTP*).<sup>32</sup> Já nas relações comerciais e de investimentos entre os emergentes

---

<sup>30</sup>O Acordo USMCA substituiu em 2020 o anterior Acordo de Livre Comércio da América do Norte (*North American Free Trade Agreement- NAFTA*), assinado em 1994 (UNITED STATES GOVERNMENT, 2020).

<sup>31</sup>Junto ao AfCFTA, registra a aprovação do Código Pan-Africano de Investimentos (Pan-African Investment Code - PAIC), de 2016, como um instrumento de promoção de investimentos que trouxe inovações sob perspectiva dos países africanos (UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA, 2016).

<sup>32</sup>Na esteira dos acordos RCEP e CPTTP, ressalta-se a existência da Área de Livre Comércio ASEAN-China (*ASEAN-China Free Trade Area*), fundada em 2002 e o Acordo Compreensivo sobre Investimentos da ASEAN (*ASEAN Comprehensive Investment Agreement- ACIA*) celebrado em 2009 (ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS, 2015; ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS, 2009).

do G20 Financeiro e a União Europeia (UE), citam-se os acordos com a Turquia,<sup>33</sup> Mercosul<sup>34</sup> e China.<sup>3536</sup>

No plano multilateral, registram-se propostas de acordo global sobre investimentos, tanto pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OECD) com o Acordo Multilateral sobre Investimento (MAI), debatido entre os anos de 1995 a 1998, quanto pelas Conferências Ministeriais da OMC de Cingapura a Cancún, entre os anos de 1996 a 2003. Tais propostas originaram-se da posição dos tradicionais exportadores de capital a implementar um regramento multilateral de proteção ao investidor, expandindo o modelo tradicional bilateral e afastaram qualquer incorporação de disposições de interesse dos países importadores de capital (LAMP, 2019, p. 17).

O tema da normatização multilateral sobre investimentos internacionais retornou na Conferência do G20 Financeiro em 2016, sob a presidência da China. O comunicado final ressaltou a necessidade de cooperação financeira em atuação conjunta com os Bancos Multilaterais de Desenvolvimento a atuar especificamente em projetos de infraestrutura e desenvolvimento sustentável, como catalisadores de investimentos privados (G20 2016 CHINA, 2016). A partir do encontro em Hangzhou, as delegações da China, Brasil e de demais países reuniram-se na formação de um diálogo

---

<sup>33</sup>O Acordo de União Aduaneira entre a União Europeia e a Turquia, celebrado em 1995, consiste na fase final do Acordo de Associação celebrado com as Comunidades Europeias e Turquia em 1963 (EUROPEAN COMMISSION, s.d.).

<sup>34</sup>O Acordo de Associação entre a UE e Mercosul alcançou a conclusão das negociações em Bruxelas, em 28 de junho de 2019 (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, s.d.a).

<sup>35</sup>Em 30 dezembro de 2020, a União Europeia sinalizou positivamente sobre uma futura assinatura do Acordo Compreensivo de Investimentos com a China (*EU-China Comprehensive Agreement on Investments - EU-China CAI*), demonstrando a possibilidade de incremento de investimentos entre o bloco europeu e o país chinês (EUROPEAN COMMISSION, 2021).

<sup>36</sup>A Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (*Transatlantic Trade and Investment Partnership- TTIP*) é o acordo entre a UE e os Estados Unidos, cujas discussões ocorreram entre 2013 e 2016. A decisão do Conselho da União Europeia de 2019 atestou que as diretivas de negociação do Conselho tornaram-se obsoletas frente à decisão do governo Trump dos Estados Unidos em denunciar o Acordo de Paris de 2015 sobre mudanças climáticas (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, s.d.).

informal chamado Amigos da Facilitação de Investimento para o Desenvolvimento (*Friends of Investment Facilitation for Development – FIFD*). Outro grupo informal criado em 2017, a fim de tratar a temática de facilitação de investimentos, foi o MITKA, composto pelo México, Indonésia, Coreia do Sul, Turquia e Austrália (BALIÑO *et al.*, 2020, p. 7). Observa-se que o MITKA e o FIFD são iniciativas de países emergentes (à exceção da Austrália), com o objetivo de propor um debate sobre investimentos mais condizente com a realidade internacional multipolar. Na última reunião do G20 Financeiro, realizada de forma virtual, sob a coordenação da Arábia Saudita em novembro de 2020, a declaração restringiu-se ao reconhecimento dos impactos na saúde e no sistema econômico mundial, em virtude dos efeitos da pandemia do COVID-19 (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2021).

Na Conferência Ministerial da OMC de 2017, em Buenos Aires, foi emitida a Declaração Ministerial Conjunta sobre Facilitação de Investimentos para o Desenvolvimento, assinada por 70 países, em sua maioria, países em desenvolvimento e emergentes, a fim de iniciar discussões estruturadas sobre desenvolvimento em um quadro multilateral de facilitação ao investimento (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2017c).

Em novembro de 2019, foi assinada a Declaração Ministerial Conjunta sobre Facilitação de Investimentos para o Desenvolvimento, reforçando o posicionamento adotado em Buenos Aires, bem como reconhecendo a importância das Discussões Estruturadas sobre Facilitação de Investimentos para o Desenvolvimento (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2019).

Ao longo do ano de 2020, membros da OMC participaram das discussões estruturadas nos meses de setembro a dezembro com o objetivo de alcançar uma minuta a ser apresentada na 12ª Conferência Ministerial em 2021. Até fevereiro de 2021, registra-se 106 membros da OMC envolvidos nessa discussão (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2022). A 12ª Conferência Ministerial da OMC, em que será

debatida a minuta de acordo multilateral de facilitação do investimento para o desenvolvimento, ocorrerá em Genebra (Suíça), em novembro de 2021.<sup>37</sup>

Apesar do sigilo das minutas de acordo multilateral de facilitação do investimento, o comunicado conjunto do Brasil e Argentina, de 2017, estabelece alguns elementos a constar no acordo: transparência, ponto focal nacional ou *Ombudsman*, incorporação da responsabilidade social corporativa, tratamento diferenciado a nações menos desenvolvidas e assistência técnica. Observa-se que a proposta baseia-se no modelo ACFI, como uma alternativa aos modelos tradicionais de BITs (BALIÑO *et al.*, 2020, p. 8). (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2017d)

#### 4. Conclusão

A partir do exposto, observa-se a evolução do Direito Internacional do Investimento a partir do reconhecimento de um novo paradigma dos investimentos internacionais, pautados por acordos bilaterais mais balanceados, no nível bilateral, novos acordos regionais abrangentes, a envolver temas de liberalização comercial e de investimentos e, principalmente, pela liderança das economias emergentes no G20 Financeiro e nas Conferências Ministeriais da OMC sobre facilitação e promoção do investimento.

O presente artigo insere-se no debate crítico do Direito Internacional do Investimento, em que países emergentes, cientes da sua preponderância econômica, tornam-se os principais críticos das estruturas tradicionais que perpetuam da divisão histórica entre centro e periferia. Busca-se, portanto, subsídios teóricos para a construção de uma Teoria Geral do Direito Internacional do Investimento sob a perspectiva dos onze emergentes

---

<sup>37</sup>A 12ª Conferência Ministerial, de 2020 no Casaquistão foi adiada em virtude da pandemia do COVID-19 (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2022).

inseridos no G20 Financeiro, a alterar o atual sistema jurídico hegemônico, imposto à América Latina, África e Ásia.

O artigo se posiciona de forma crítica, alinhada ao TWAAIL e ao debate contemporâneo, a fim de reconhecer a necessidade de definir um sistema internacional do investimento diversificado e orientado para as realidades dos países do Terceiro Mundo.

Sobretudo, o artigo evidenciou que um novo paradigma dos investimentos internacionais se demonstra no século XXI, a partir do reposicionamento dos países emergentes do G20 Financeiro (G11). Esse reconhecimento da preponderância econômica internacional dos emergentes abarca a forma como novos instrumentos jurídicos e instituições irão atuar no sistema financeiro internacional, pautando-se por uma maior representatividade dos emergentes em fóruns internacionais, em instâncias de decisão de organizações internacionais, principalmente nos bancos multilaterais de investimento, e em eventuais decisões arbitrais sobre investimentos.

## Referências

- AFRICAN UNION - AU. **African Continental Free Trade Area (AfCFTA)**. Disponível em: <https://africa-eu-partnership.org/en/afcfta>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- ALMEIDA, Thiago Ferreira; SILVA, Roberto Luiz. The Development Bank of BRICS. *BRICS Law Journal*, v. 5, n. 4, 2018.
- ALVAREZ, Jose E. **The Public International Law Regime Governing International Investment**. The Hague Academy of International Law. The Hague: AIL-Pocket, 2011.
- ANGHIE, Antony. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- ANGHIE, Antony. **LatCrit and Twail**. V. 42. Published by California Western International Law Journal - CWSL Scholarly Commons, 2012.
- ASIAN INFRASTRUCTURE INVESTMENT BANK - AIIB. **Articles of Agreement**. Disponível em: [https://www.aiib.org/en/about-aiib/basic-documents/\\_download/articles-of-agreement/basic\\_document\\_english-bank\\_articles\\_of\\_agreement.pdf](https://www.aiib.org/en/about-aiib/basic-documents/_download/articles-of-agreement/basic_document_english-bank_articles_of_agreement.pdf). Acesso em: 26 mar. 2021.
- ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION - APEC. **About APEC**. Disponível em: <https://www.apec.org/About-Us/About-APEC>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- 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, v. 1, jun. 2018.

- ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS - ASEAN. **ASEAN Comprehensive Investment Agreement**. 2009. Disponível em: [investasean.asean.org/files/upload/Doc%2005%20-%20ACIA.pdf](http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2005%20-%20ACIA.pdf). Acesso em: 21 mar. 2021.
- ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS - ASEAN. **ASEAN-China Free Trade Area**. 2015. Disponível em: [www.asean.org/storage/images/2015/October/outreach-document/Edited%20ACFTA.pdf](http://www.asean.org/storage/images/2015/October/outreach-document/Edited%20ACFTA.pdf). Acesso em: 21 mar. 2021.
- ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS - ASEAN. Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement (RCEP). 2020. **Legal Text of the RCEP Agreement**. Disponível em: <https://rcepsec.org/legal-text/>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- BALIÑO, Sofía; BRAUCH, Martin Dietrich; JOSE, Rashmi. **Investment Facilitation: History and the latest developments in the structured discussions**. International Institute for Sustainable Development. Jan. 2020. Disponível em: <https://www.iisd.org/system/files/publications/investment-facilitation.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- BARRAL, Welber. Brazil and China: Trade in the Twenty-First Century. *In*: WEI, Dan (ed.). **Settlements of Trade Disputes between China and Latin American Countries**. v. 1. Berlin Heidelberg: Springer, 2015.
- BBC. **The Mint countries: Next economic giants?** 6 jan. 2014. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/magazine-25548060>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- BERGER, Axel. The Politics of China's Investment Treaty-Making Program. *In*: BROUDE, Tomer; BUSCH, Marc L.; PORGES, Amelia (eds.). **The Politics of International Economic Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- BRASIL. **Decreto Federal nº. 4.311, de 23 de julho de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4311.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm). Acesso em: 22 mar. 2021.
- BRASIL. **Decreto Federal nº. 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm). Acesso em 22 mar. 2021.
- BRASIL. **Decreto Federal nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em 23 mar. 2021.
- BRASIL. **Decreto Federal nº. 7.927, de 18 de fevereiro de 2013**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D7927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D7927.htm). Acesso em: 26 mar. 2021.
- BROUDE, Tomer; BRUSCH, Marc L.; PORGES, Amelia. Introduction. Some Observations on the Politics of International Economic Law. *In*: BROUDE, Tomer; BRUSCH, Marc L.; PORGES, Amelia (eds.). **The Politics of International Economic Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. **International Community Law Review**, v. 8, n. 3, p. 3–27, 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. Newadi (Doutorado) - Universidade Nelson Mandela, 2018.
- CHOW, Hwee Kwan. Asian Tigers' Choices: An Overview. Asian Development Bank Institute - ADBI. **Working Papers Series**, n. 238, ago. 2010.
- CLARK, Gordon L.; DIXON, Adam D.; MONK, Ashby H. B. **Sovereign Wealth Funds. Legitimacy, Governance, and Global Power**. Princeton: Princeton University Press, 2013.
- COOPER, Andrew F. **The BRICS: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2016.



CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Aline de. Antidumping, Public Interest and the Chinese Challenge. Chapter 5. *In*: WEI, Dan (ed.). **Settlements of Trade Disputes between China and Latin American Countries**. Laws in Emerging Economies. v. 1. Berlin Heidelberg: Springer, 2015.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **EU negotiating texts in TTIP**. S.d. Disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230>. Acesso em: 21 mar. 2021.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes**. Bruxelas, 20 mar. 2018. Disponível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. **EU Law: Text, Cases and Materials**. 4. ed. Oxford: Oxford University, 2008.

DUNOFF, Jeffrey L; POLLACK, Mark A. **O Trilema Judicial**. Tradução Lucas Carlos Lima e Lucas Mendes Felipe. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

ESLAVA, Luis. PAHUJA, Sundhya. Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law. **Trade, Law and Development**, v. III, n. 1, Spring 2011.

EUROPEAN COMMISSION. **EU and China reach agreement in principle on investment**. 30 dez. 2021. Disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2233>. Acesso em: 21 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **Turkey: Customs Unions and preferential arrangements**. S.d. Disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/calculation-customs-duties/rules-origin/customs-unions/turkey-customs-unions-preferential-arrangements\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/calculation-customs-duties/rules-origin/customs-unions/turkey-customs-unions-preferential-arrangements_en). Acesso em: 21 mar. 2021.

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.

FUKUNAGA, Yuka. Global economic institutions and the autonomy of development policy: a pluralist approach. *In*: FRANKEL, Susy; LEWIS, Meredith K. (eds.). **International Economic Law and National Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

G20 2016 CHINA. **G20 Leaders' Communiqué: Hangzhou Summit**. Hangzhou, 4-5 set. 2016. Ministério de Relações Exteriores da China. Disponível em: [http://www.g20chn.org/English/Documents/Current/201609/t20160906\\_3395.html](http://www.g20chn.org/English/Documents/Current/201609/t20160906_3395.html). Acesso em: 21 mar. 2021.

GOVERNMENT OF AUSTRALIA. **Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership – CPTTP**. Full text. Santiago, 08 mar. 2018. Disponível em: <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/tpp-11-treaty-text.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

HERDEGEN, Matthias. **Principles of International Economic Law**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HOWSE, Robert. The end of the globalization debate: continued. *In*: FRANKEL, Susy; LEWIS, Meredith K. (eds.). **International Economics Law and National Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES - ICSID. **About ICSID**. S.d. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/about>. Acesso em: 22 mar. 2021.

INTERNATIONAL MONETARY FUND - IMF. **People's Republic of China Hong Kong Special Administrative Region**. 2022. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Countries/HKG>. Acesso em: 18 mar. 2022.

INTERNATIONAL MONETARY FUND - IMF. **Taiwan Province of China**. 2021. Disponível em: <https://www.imf.org/external/datamapper/profile/TWN>. Acesso em: 18 mar. 2021.

INTERNATIONAL MONETARY FUND - IMF. **World Economic Outlook**. Database-WEO Groups and Aggregates Information. 2020. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2020/02/weodata/groups.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.

JOHNSON, Keith. How Trump May Finally Kill the WTO. **Foreign Policy**. Report. 9 dez. 2019. Disponível em: <https://foreignpolicy.com/2019/12/09/trump-may-kill-wto-finally-appellate-body-world-trade-organization/>. Acesso em: 21 mar. 2021.

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

LAMP, Nicolas. Strategies for Developing Countries in Multilateral Trade Negotiations at the World Trade Organization, *In*: PAUWELYN, Joost; WANG, Mengyi (eds.). **Building legal capacity for a more inclusive globalization**. Geneva: The Graduate Institute, 2019.

MBENGUE, Makane Moïse; SCHACHERER, Stefanie. The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 18, n. 3, 2017.

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

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos - ACFI**. 2021. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/negociacoes-comerciais-internacionais/acordos-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi>. Acesso em: 21 mar. 2021.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES - MRE. **Declaração Conjunta Emitida na Conclusão da 24ª Reunião Ministerial do BASIC sobre Mudança do Clima**. Pequim, 11 abr. 2017. Disponível em: <http://antigo.itamaraty.gov.br/es/notas-a-la-prensa/16125-declaracion-conjunta-adoptada-al-termino-de-la-24-reunion-ministerial-del-basic-sobre-el-cambio-climatico-beijing-china-11-de-abril-del-2017-portugues#port>. Acesso em: 26 mar. 2021.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES - MRE. **Declaração de Líderes do G20 da Cúpula de Riade**. 22 nov. 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/mre/pt-br/canais\\_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/2020/declaracao-de-lideres-do-g20-da-cupula-de-riade-2013-16-e-17-11-2020](https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/2020/declaracao-de-lideres-do-g20-da-cupula-de-riade-2013-16-e-17-11-2020). Acesso em: 22 mar. 2021.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES - MRE. **Fórum de Diálogo Índia, Brasil, África do Sul (IBAS) Comunicado Ministerial Conjunto sobre a Reforma do Conselho de Segurança da ONU**. 16 set. 2020. Disponível em: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/21754-forum-de-dialogo-india-brasil-africa-do-sul-ibas-comunicado-ministerial-conjunto-sobre-a-reforma-do-conselho-de-seguranca-da-onu>. Acesso em: 26 mar. 2021.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES - MRE. **Mercosul-União Europeia**. S.d. Disponível em: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15557-mercosul-uniao-europeia>. Acesso em: 21 mar. 2021.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES - MRE. **O Brasil no G20**. S.d. Disponível em: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15586-brasil-g20>. Acesso em: 18 mar. 2021.

MOTA, Pedro Infante. **O Sistema GATT/OMC**. Introdução Histórica e Princípios Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2005.

- MUTUA, Makau. What is TWAIL? **Proceedings of the ASIL Annual Meeting**, 31, 94, 2000.
- NEW DEVELOPMENT BANK - NDB. **Agreement on the New Development Bank**. 2014. Disponível em: <https://www.ndb.int/wp-content/themes/ndb/pdf/Agreement-on-the-New-Development-Bank.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.
- NOONAN, Norma C. The Global Leadership of the USA and the Emerging Powers. *In*: NADKARNI, Vidya; NOONAN, Norma C. (eds.) **Emerging Powers in a Comparative Perspective**. The Political and Economic Rise of the BRIC Countries. New York: Bloomsbury, 2013.
- O'NEIL, Jim. **Building Better Global Economic BRICs**. nº 66. Goldman Sachs, 2001.
- RINALDI, Augusto. The New Development Bank: challenges and interests. **Revista de Estudos Internacionais (REI)**, v. 9, n. 1, 2018.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. **Multilateral Agreement on Investment**. S.d. Disponível em: <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- RIPINSKY, Sergey. **Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve**. Analysis. *International Treaty News - ITN*: 13 abr. 2012. Disponível em: [www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/](http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/). Acesso em: 21 mar. 2021.
- SAUVANT, Karl P.; NOLAN, Michael D. **China's Outward FDI and International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- SCHILL, Stephan W. Ordering Paradigms in International Investment Law: Bilateralism - Multilateralism - Multilateralization. *In*: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). **The Foundations of International Investment Law**. Bringing Theory Into Practice. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- SHAN, Wenhua. **The Legal Framework of EU-China Investment Relations: A Critical Appraisal**. Portland: Hart Publishing, 2005.
- SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- SOVEREIGN WEALTH FUND INSTITUTE - SWFI. **Top 95 Largest Sovereign Wealth Fund Rankings by Total Assets**. 2021. Disponível em: <https://www.swfinstitute.org/fund-rankings/sovereign-wealth-fund>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- STUENKEL, Oliver. **The BRICS and the future of global order**. Lanham: Lexington Books, 2015.
- SUCHODOLSKI, Sergio Gusmão; DEMEULEMEESTER, Julien Marcel. The BRICS Coming of Age and the New Development Bank. **Global Policy**, v. 9, n. 4, 2018.
- TUNG, Ko-Yung. Foreign investors vs sovereign states: towards a global framework, BIT by BIT. *In*: FRANKEL, Susy; LEWIS, Meredith Kolsly (eds.). **International Economic Law and National Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Funcionamento da União Europeia - TFUE**. Versão consolidada. 07 jun. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=PT>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW - UNCITRAL. **About UNCITRAL**. S.d. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/about>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- UNCTAD. **Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Índia**. 2020. *International Investment*

Agreements Navigator. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5913/download>. Acesso em: 21 mar. 2021.

UNCTAD. **Bilateral Investment Treaties (BITs) of Brazil**. Internacional Investment Agreements Navigator. S.d. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>. Acesso em: 21 mar. 2021.

UNCTAD. **Classification of economies**. 2021. Disponível em: [https://stats.unctad.org/handbook/Annexes/Classifications.html#ref\\_Hoffmeister\\_2020](https://stats.unctad.org/handbook/Annexes/Classifications.html#ref_Hoffmeister_2020). Acesso em 18 mar. 2021.

UNCTAD. **Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims**. IIA Issues Note, n. 2, dez. 2010. Disponível em: [https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaeia20106\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaeia20106_en.pdf). Acesso em: 21 mar. 2021.

UNCTAD. **Germany - Pakistan BIT (1959)**. Investment Policy Hub. 1959. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1732/germany---pakistan-bit-1959->. Acesso em 22 mar. 2021.

UNCTAD. **Investment Policy Monitor**. Issue 24, fev. 2002. Disponível em: [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d2\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d2_en.pdf). Acesso em: 22 mar. 2021.

UNCTAD. **The Energy Charter Treaty, Trade Amendment and Related Documents**. Investment Policy Hub. S.d. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2427/download>. Acesso em: 22 mar. 2021.

UNCTAD. **UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime**. 2018. Disponível em: [https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD\\_Reform\\_Package\\_2018.pdf](https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf). Acesso em: 22 mar. 2021.

UNCTAD. **World Investment Report 2020. International production beyond the pandemic**. 2020. Disponível em: [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_en.pdf). Acesso em: 21 mar. 2021.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME - UNDP. **Technical notes**. Calculating the human development indices. 2019. Disponível em: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019\\_technical\\_notes.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019_technical_notes.pdf). Acesso em: 22 jan. 2021.

UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA - UNECA. **Draft Pan-African Investment Code**. 26 mar. 2016. Disponível em: <https://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/23009/b11560526.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 mar. 2021.

UNITED NATIONS. **Declaration on the Establishment of a New International Economic Order**. General Assembly Resolution 3201 (S-VI). 01 maio 1974. Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

UNITED NATIONS. **Permanent Sovereignty over Natural Resources**. General Assembly Resolution 1803 (XVII). 14 dez. 1962. Disponível em: [https://legal.un.org/avl/ha/ga\\_1803/ga\\_1803.html](https://legal.un.org/avl/ha/ga_1803/ga_1803.html). Acesso em: 22 mar. 2021.

UNITED NATIONS. **World Economic Situation and Prospects**. Statistical Annex. 2020. Disponível em: [https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESP2020\\_Annex.pdf](https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESP2020_Annex.pdf). Acesso em: 22 jan. 2021.

UNITED STATES GOVERNMENT. **Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada**. Office of the United States Trade Representative. 2020. Disponível em: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>. Acesso em: 21 mar. 2021.

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

WORLD BANK GROUP. **World Bank Country and Lending Groups**. 2020. Disponível em: <https://datahelpdesk.worldbank.org/knowledgebase/articles/906519>. Acesso em: 22 jan. 2021.

WTO. **Appellate Body**. S.d. Disponível em: [www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/appellate\\_body\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm). Acesso em 21 mar. 2021.

WTO. **Friends of Investment Facilitation for Development - FIFD**. Proposal for a WTO informal dialogue on investment facilitation for development. 21 abr. 2017. Disponível em: [docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?Language=E&CatalogueIdList=236954,236782,236668,236429,236189,236149,235960,235961,235962,235526&CurrentCatalogueIdIndex=6&FullTextHash=371857150](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?Language=E&CatalogueIdList=236954,236782,236668,236429,236189,236149,235960,235961,235962,235526&CurrentCatalogueIdIndex=6&FullTextHash=371857150).

Acesso em: 21 mar. 2021.

WTO. **Groups in the negotiations**. 18 dez. 2017. Disponível em: [www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/negotiating\\_groups\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/negotiating_groups_e.htm). Acesso em 18 mar. 2021.

WTO. **Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development**. Conferência Ministerial de Buenos Aires. 13 dez. 2017. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=240870](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=240870). Acesso em: 22 mar. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO. **Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development**. 22 nov. 2019. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/1072r1.pdf&Open=True>. Acesso em: 22 mar. 2021.

WTO. **Joint Statement by heads of multilateral development banks and the WTO on supporting trade finance during the COVID-19 crisis**. 01 jul. 2020. Disponível em: [www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/trfin\\_01jul20\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/news_e/news20_e/trfin_01jul20_e.pdf). Acesso em: 22 mar. 2021.

WTO. **Possible elements of a WTO instrument on investment facilitation**. Communication from Argentina and Brazil. JOB/GC/124. 24 abr. 2017. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=236414,236189,236149,235996,235960,235961,235962,235526,235438&CurrentCatalogueIdIndex=6&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=236414,236189,236149,235996,235960,235961,235962,235526,235438&CurrentCatalogueIdIndex=6&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True). Acesso em: 22 mar. 2021.

WTO. **Twelfth WTO Ministerial Conference**. 2022. Disponível em: [www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/mc12\\_e/mc12\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc12_e/mc12_e.htm). Acesso em: 22 ago. 2022.

WTO. **Who are the developing countries in the WTO?**S.d. Disponível em: [www.wto.org/english/tratop\\_e/devel\\_e/d1who\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/d1who_e.htm). Acesso em: 22 jan. 2021.

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

YI-CHONG, Xu; BAHGAT, Gawdat (eds). **The Political Economy of Sovereign Wealth Funds**. International Political Economic Series. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

ZHAO, Suisheng. China: A Reluctant Global Power in the Search for its Rightful Place. *In*: NADKARNI, Vidya; NOONAN, Norma C. (eds.) **Emerging Powers in a Comparative Perspective**. The Political and Economic Rise of the BRIC Countries. New York: Bloomsbury, 2013.

Artigo recebido em: 20/01/2022.

Aceito para publicação em: 05/01/2023.

# Conceitos de Corrupção e Sua Percepção em Países Desenvolvidos

## *Concepts of Corruption and Their Perception in Developed Countries*

*Antenor Alves Silva<sup>1</sup>*

**Resumo:** Corrupção é um fenômeno sociopolítico, temporal e espacialmente disperso, mesmo que de modo não uniforme. Por conta disso, torna-se objeto de interesse das mais diversas áreas do conhecimento humano – da Filosofia, passando pela Ciência Política e pelas Ciências Sociais, até o Direito –, pois está diretamente relacionado a uma série de problemas sociais, que demanda soluções cada vez mais eficientes aos grupos humanos diretamente afetados pelos seus efeitos. Uma das semelhanças notáveis no significado de corrupção, onde quer que seja considerada, é a conotação de degradação, em maior ou menor grau, de algum parâmetro moral estabelecido – especialmente se considerada a coisa pública, o que talvez induza o pesquisador a compreendê-lo como um mal cometido ao coletivo. Assim, o estudo sobre a fragilidade da moralidade humana, mesmo que panorâmico, pode ter países considerados menos corruptos, que apresentam quadro econômico desenvolvido, como ponto de partida metodológico válido.  
**Palavras-chave:** Corrupção. Direito. Moralidade.

**Abstract:** Corruption is a sociopolitical phenomenon, temporally and spatially dispersed, even if not uniformly. Because of this, it becomes an object of interest in the most diverse areas of human knowledge – from Philosophy, through Political Science and Social Sciences, to Law –, since it is directly related to a series of social problems, which demand solutions each time, increasingly efficient to the human groups directly affected by its effects. One of the notable similarities in the meaning of corruption, wherever it is considered, is the connotation of degradation, to a greater or lesser degree, of some established moral parameter - especially if considered the public thing, which perhaps induces the researcher to understand it as an evil committed to the collective. Thus, the study on the fragility of human morality, even if panoramic, may have countries considered less corrupt, which have a developed economic framework, as a valid methodological starting point.

**Keywords:** Corruption. Law. Morality.

---

<sup>1</sup> Mestre em Geografia pela Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Especialista em Direito Político e Prática Eleitoral pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (Cers). Especialista em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (Uniasselvi). Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Castelo Branco (UCB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Lucas (UniSL). Licenciado em Geografia pela Universidade Federal de Roraima (UFRR). Discente na Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura na Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (Emeron). Técnico em Assuntos Educacionais na Fundação Universidade Federal de Rondônia (Unir). Advogado (OAB/RO). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8551-1288>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3853067192570075>.

## 1. Introdução

Com vistas a justificar a motivação que levou ao desenvolvimento do presente tema, parece adequado iniciar a construção deste artigo suscitando a sua pergunta provocadora, que expõe o problema a ser resolvido: a percepção de corrupção, como fenômeno político-social heterogeneamente distribuído ao redor do mundo, pode estar diretamente relacionada com fatores mais complexos, tais como cultura e economia?

Independentemente do esforço teórico empregado, não existe resposta fácil ou sequer precisa para essa questão, pois não é possível determinar quando a corrupção passou a fazer parte das relações humanas. Portanto, se não é possível discernir como nem quando a corrupção passou a influenciar a realidade humana, parte-se do pressuposto de que tal informação não é tão relevante para a presente discussão.

Todavia, soa razoável inferir *a priori* que a ocorrência da corrupção nas relações humanas está diretamente relacionada ao conceito de moralidade, pois trata-se de um agente de entropia em um cenário social previamente organizado por regras de conduta coletivas. Daí, passa a importar a compreensão dos significados relacionados ao verbete *corrupção*, próximo passo metodológico para melhor refinamento da presente proposta.

Considerando a realidade brasileira, é possível que, em um exercício teórico, tenda-se a correlacionar corrupção a processos eleitorais e à própria política, talvez o que não seria uma novidade em si mesma. A propósito, quem nunca ouviu, como brasileiro, pelo menos uma dessas frases: “o candidato x rouba, mas faz”<sup>2</sup>, “garantiram que vão asfaltar a nossa rua se a gente votar no candidato y”, “vão encher o tanque do carro se eu apoiar o candidato z”,

---

<sup>2</sup>De acordo com Pereira e Melo (2015, p. 88), “[...] ‘Rouba, mas faz’ [...] é uma expressão familiar para acadêmicos que estudam a política brasileira. A frase original é atribuída ao estilo político de Ademar de Barros, ex-Governador de São Paulo (1948-1951 e 1963-1966), Prefeito da capital do estado (1957-1961) [...]. ‘Rouba mas faz’ descreve um padrão no qual empreendedorismo e corrupção estão profundamente interligados. [...] [tradução nossa]

“vão conseguir um [cargo] comissionado pro meu filho se nossa família apoiar o candidato b”, “o candidato a pediu só uma parte do salário para trabalhar com ele quando ele ganhar” etc.?

Por óbvio, a análise em questão permitirá, muitas vezes, figuras de linguagem como meio de leitura do fenômeno *corrupção* – momentos em que o sentido da palavra comportará, sem grandes ressalvas, a mesma carga semântica de *estragar* ou de *perverter*, por exemplo. Para tanto, em caráter propedêutico, faz-se necessária a abordagem semântico-etimológica do vocábulo *corrupção*.

Superado o entendimento necessário sobre os possíveis significados de *corrupção* e suas também possíveis implicações, esta pesquisa, pautada pelo caráter dedutivo essencialmente em revisão bibliográfica relativamente ampla, visa avançar para breve análise dos casos dos quatro países percebidos como os menos corruptos na atualidade: Dinamarca, Nova Zelândia, Finlândia e Singapura, com objetivo de vislumbrar possíveis relações entre economia, cultura e deterioração da moral coletiva.

## 2. Das origens da corrupção e suas possíveis acepções.

### 2.1 Uma breve análise semântico-etimológica de corrupção.

Como hipótese investigativa inicial, parte-se da premissa na qual é razoável considerar que *corrupção* é uma questão tão antiga quanto a própria política (FERRAZ, 1988, p. 38), aliás, quanto a própria Humanidade (FERREIRA FILHO, 1991, p. 1-2 e 5-6; ABRICA, 2014, p. 94; e SANTANO, 2015, p. 127), haja vista as pistas deixadas pela História, pela Semântica e pela Etimologia. Nesse sentido, inicialmente, o esforço metodológico ora empregado recai sobre a origem e o significado do próprio termo.

Ao coadunar com a hipótese aduzida acerca da antiguidade atribuída à palavra, Garcia (2004, p. 203) explica as possibilidades de sua interpretação,



ao passo em que sugere a universalidade ao fenômeno *corrupção*, remontando sua percepção às primeiras relações sociais humanas:

[...] Sob o prisma léxico, múltiplos são os significados do termo *corrupção*. Tanto pode indicar a idéia [*sic.*] de destruição como a de mera degradação, ocasião em que assumirá uma perspectiva natural, como acontecimento efetivamente verificado na realidade fenomênica, ou meramente valorativa. Etimologicamente, *corrupção* deriva do latim *rumpere*, equivalente a romper, dividir, gerando o vocábulo *corrumperere*, que, por sua vez, significa deterioração, depravação, alteração, sendo largamente coibida pelos povos civilizados. [...] a *corrupção*, tal qual o câncer, é um mal universal. Combatida com empenho e aparentemente controlada, não tarda em infectar outro órgão. Iniciado novo combate e mais uma vez sufocada, pouco se espera até que a metástase se implemente e mude a sede da afecção. Este ciclo, quase que inevitável na origem e lamentável nas conseqüências [*sic.*] deletérias que produz no organismo social, é tão antigo quanto o homem.[...]

Observa-se que, embora que de modo pouco explícito, Garcia admite a possibilidade da existência de níveis de prejuízo em face do bem comum, ou seja, que determinada ação perniciosa pode provocar danos tanto superficiais (“degradação”) quanto substanciais (“destruição”) nas relações políticas, interferindo no ordenamento social e maior ou menor grau, a depender da natureza do ato ou da sequência de atos corrompedores – o que faz bastante sentido.

Portanto, considerando a impossibilidade da ausência da *corrupção* no mundo contemporâneo, o cerne da questão passa de *se há corrupção* para *o quanto há de corrupção* (FERREIRA FILHO, 1991, p. 1), coadunando com o questionamento de Treisman: o porquê de haver mais *corrupção* em determinados países do que em outros (TREISMAN, 2000, p. 399). Mas, o que significa *corromper*?

Pela semântica, de acordo com o *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* (CORROMPER, 2022), o verbo *corromper*, do qual deriva a palavra *corrupção*, apresenta quatro acepções diferentes, mas essencialmente correlatas, atribuídas a si:

[...] (latim *corrumpo*, *-ere*, destruir, fazer rebendar [*sic.*], estragar, alterar)  
*verbo transitivo e pronominal*

1. Alterar ou alterar-se para um estado ético ou moralmente negativo. = CONTAMINAR, PERVERTER, VICIAR
2. Tornar ou ficar podre. = ESTRAGAR  
*verbo transitivo*
3. Oferecer algo, geralmente dinheiro ou bens, para que se faça ou consiga uma coisa ilegal. = PEITAR, SUBORNAR
4. Seduzir para conseguir algo. [grifos do autor] [...]

Verifica-se que a maioria das ideias transmitidas remetem a uma ação potencialmente negativa de um sujeito sobre um objeto (ou outro sujeito) – alterar, contaminar, perverter, viciar, tornar podre, estragar, peitar, subornar ou seduzir –, embora também coexistam com as formas *passivas* de corrupção, que nada mais são ações negativas que ocorrem em desfavor de um objeto, que sofreu uma ação externa, ou de um sujeito, vítima de si mesmo, por ação ou omissão – alterar-se, tornar-se podre, estragar-se.

Essa constatação pode ser corroborada por meio de estudo etimológico realizado por Cunha (CORROMPER, 2001, p. 220), no seu *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*, que permite perceber a aplicabilidade e a carga semântica do verbo *corromper*. Por meio desse estudo, Cunha (2001, p. 220), no seu *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*, relaciona o verbete da seguinte forma: “**corrupção** → CORROMPER”, ou seja, *corrupção* deriva de *corromper*.

Portanto, a depender do contexto, já se faz possível perceber a polissemia contida no verbete *corrupção* (FERREIRA FILHO, 1991, p. 2; e CORRUPÇÃO, 2022), relacionado diretamente com o verbo *corromper*, já apresentado. Em todo caso, Ferreira Filho (1991, p. 2-3) avança explicando que

[...] Etimologicamente, o termo vem do latim *corruptio*, cujo sentido próprio é ‘deterioração, alteração’, cujo sentido figurado é ‘depravação’, isto é, ‘corrupção’. O verbo correspondente é *corrumpere*, que, no sentido próprio, quer dizer ‘rebentar’, ou ‘fazer arrebentar’, como rebentam as frutas podres; no sentido figurado, significa ‘estragar, adulterar, deteriorar, corromper’... Já em latim o seu sentido é metafórico. Exprime uma analogia, a analogia da podridão física das frutas - que as destrói e traz a destruição para as que a elas tocam – com a ‘podridão’ moral do homem – que o destrói e o torna destrutivo para a comunidade. [...]

Dessa forma, após esboçada a provável origem do termo *corrupção*, mesmo que de modo amplo, o próximo passo metodológico necessário é a tentativa de apreensão de possíveis conceitos para a palavra, assim como sua aplicabilidade perante o problema proposto.

## 2.2. Por uma tentativa conceitual para *corrupção*.

Conforme demonstrado, a palavra *corrupção* é carregada de sentidos de difícil apreensão (WATSON e HIRSCH, 2010, p. 43; e BARRETT e ZIRKER, 2017, p. 42). Sob esse ponto de vista, Abrika (2014, p. 93) aduz que

[...] O tratamento do fenômeno da corrupção, como um fato social associado à moral que se manifesta sob múltiplas formas difíceis de definir, foi reservado desde cedo aos espaços infranacionais de certos países de desenvolvimento tardio, fazendo referência à pequena corrupção de proximidade relevante de práticas de corrupção cotidiana das sociedades tradicionais do tipo clientelista, fundadas sobre relações sociais e de pertencimento ao meio local. [...] [tradução nossa]

Da mesma forma, Mény (1995, p. 12) explica o quanto é difícil definir o que é corrupção:

[...] Definir corrupção não é fácil, haja vista exatamente as variações culturais na hierarquia dos valores, na definição recíproca de público e de privado, na atitude mais ou menos permissiva das elites e da opinião pública. A corrupção pode ser definida como uma troca clandestina entre dois 'mercados', o 'mercado político e/ou administrativo' e o mercado econômico e social. Essa troca é oculta porque viola os padrões públicos, legais e éticos e sacrifica o interesse geral em face dos interesses privados (pessoais, corporativos, partidários etc.). Por fim, essa transação que permite que atores privados tenham acesso a recursos públicos (contratos, financiamentos, decisões etc.) de modo privilegiado e enviesado ([seja por] ausência de transparência ou de concorrência) traga para os atores públicos corruptos os benefícios materiais presentes ou futuros para si mesmos ou para a organização da qual são membros. [...] [tradução nossa]

É importante observar que a abordagem de Mény trata a corrupção como um mercado ilícito, uma espécie de deturpação de um sistema moral e amplamente aceitável no âmbito de dado grupo social, o que pode ajudar a entender como a degeneração de um contrato social pode trazer prejuízos para o coletivo.

Em seguida, coadunando com os demais autores, mas primando pela necessidade de diferenciação entre gênero e espécies de corrupção, Chaves (2013, p. 235) explica que

[...] Não obstante seja o objetivo deste trabalho o tratamento de temas relativos à corrupção privada, torna-se necessário, como tarefa primeira, a definição do conceito jurídico de corrupção. Tal delimitação conceitual afigura-se como tarefa imprescindível à especificação do significado de corrupção privada, estabelecendo-se uma relação de gênero e espécie entre os dois termos. [...]

Cabe assinalar que os sentidos mencionados em torno do tema ou verbete *corrupção*, independentemente do autor considerado, remetem ao negativo, pois estão relacionados à desestruturação de algo pré-existente, que, por sua vez, remeteria ao sentido oposto, ou seja, a algo essencialmente positivo, e que segundo Abrika tem suas raízes nas menores escalas geográficas possíveis.

Assim, é racional pensar, em uma análise inicial, que corrupção na política é algo ruim por se pressupor que a política é algo bom, em outros termos, algo que deveria ser íntegro, e que é passível de ser considerado em variadas escalas de influência, que poderiam ir desde a local à global.

Jain (2001, p. 73), reconhece a dificuldade conceitual envolvida e busca delinear o conceito de *corrupção* a partir dos seguintes termos:

[...] Uma das dificuldades de estudar corrupção está em defini-la. Embora pareça ser um problema semântico, a forma como a corrupção é definida, na verdade, acaba por determinar o que é modelado e medido. Embora seja difícil chegar a um acordo sobre uma definição precisa, é consenso que corrupção se refere a atos nos quais o poder do cargo público é usado para favorecimento pessoal infringindo as regras do jogo. [...] No entanto, as pessoas que realizam essas atividades frequentemente envolvem servidores públicos e políticos para que suas operações sobrevivam e [...] em suas formas mais simples, esses atos podem influenciar a política governamental.[...] [tradução nossa]

Observe-se que o autor procura estabelecer uma relação entre a palavra e o fenômeno, o que fica evidente no momento em que trata do “que é modelado e medido”, ou seja, quando trata de parâmetros racionalizáveis.

É interessante notar que a constatação de Jain presume que o Poder Público, por se tratar de uma instituição democrática, seria o polo positivo, passível de ser corrompido pelas mais variadas formas de destruição moral-funcional perpetradas por grupos especializados em obter ganhos indevidos, seja por meio de fraude ou tráfico de drogas, por exemplo.

De modo um tanto mais sistemático, Néron (2014, p. 104), assinala que

[...] Vários palestrantes da literatura recente em Filosofia Política que trata de corrupção têm procurado defender uma concepção ‘institucional’ da corrupção, em oposição a uma concepção ‘individual’. Segundo eles, é a hora de restabelecer a ligação com as interpretações mais ambiciosas sobre corrupção e identificar suas implicações. [...] [tradução nossa]

Assim, é reforçada a premissa na qual o próprio conceito de *corrupção*, quando aplicado ao escopo desta investigação, demanda certas referências, pois não há que se falar em “corrupção em si mesma”, especialmente em nome da objetividade e de um recorte epistemológico adequado e exequível.

Então, com parâmetros aparentemente estabelecidos, a apreensão do fenômeno *corrupção* se torna mais objetiva, sugerindo que parte da questão-problema está muito mais relacionada a uma expectativa de funcionalidade de certo sistema de forças sociopolíticas, que podem ser ameaçadas por ações entrópicas. Fraiha (2014, p. 60) explica de modo pragmático, de modo alinhado com a proposta deste artigo, que

[...] Dado [*sic.*] a extensão do tema da corrupção, não se está diante de uma teoria sobre o fenômeno, antes são apresentadas abordagens, as quais implicam em distintos conteúdos de juízo moral, substâncias, consequências e normatizações contra a corrupção. [...] Ao expor as nuances e as especificidades que circundam o fenômeno da corrupção são possíveis [*sic.*] garantir mais chances de atingir boas descrições e inferências válidas sobre causas e efeitos das práticas corruptas.

De fato, a percepção do autor ajuda a explicar que, por ora, não há o interesse teórico de dar conta do fenômeno *corrupção* em sua plenitude, pois este transita por várias áreas do conhecimento, como a Sociologia, a Antropologia, a Ciência Política etc. Todavia, há a intenção de utilizá-lo como

possível ponto de abordagem metodológica para vislumbrar mais adiante possíveis implicações sob o prisma do Direito. Nesse sentido, e de modo pragmático, Martínez (2004, p. 43) explica que

[...] defini, em outra oportunidade, a corrupção *como a utilização de uma determinada posição, seja qual for, para obter para si ou para outro um benefício indevido, qualquer que seja sua natureza*. Não interessa se o benefício seja econômico para que haja corrupção. Não interessa que haja dano para o Estado ou à instituição à qual o corrupto pertence. Não interessa tampouco se o sujeito é funcionário público ou não. O que importa são duas coisas: a) que um sujeito, em virtude de ocupar uma determinada posição, seja qual for e onde for, obtenha um benefício para si ou para outrem, e que, se não tivesse essa posição, não o poderia fazê-lo; b) que esse benefício seja ilegítimo. [...] [grifos do autor] [tradução nossa]

Note-se que o entendimento do autor se detém na caracterização do sujeito e da ilicitude do benefício, seja quem for o potencial e indevido beneficiário. Abramo (2005, p. 34) já suscitava sobre a dificuldade da apreensão do fenômeno *corrupção* ao fazer um breve panorama sobre seu estudo sistemático:

[...] Em 1978, Susan Rose-Ackerman publicou seu *Corruption: a study in political economy*, em que argumenta que o papel e o impacto da corrupção sobre a economia e as organizações políticas são mais extensos e profundos do que até então se sustentava. [...] Se a corrupção é importante economicamente, então se torna importante medi-la. Mas isso traz de imediato um problema intransponível. Como os atos de corrupção são secretos, e como a parcela detectada nada informa sobre o volume agregado das transações ilícitas, medidas diretas estão fora de questão. As medidas indiretas dominam o terreno. A questão é saber qual é o conteúdo informativo dessas mensurações. [...] [grifos do autor]

É evidente que a abordagem trazida por Abramo parte de uma premissa econômica, mas é racional admitir que, entre outras consequências lógicas, não é possível dissociá-la de questões políticas e, por extensão, jurídicas.

Apesar do indicativo de existência de um índice que tenta mensurar a corrupção – o Índice de Percepção de Corrupção da *Transparency International* [Transparência Internacional], organização independente alemã – (ABRAMO, 2005, p. 34; e KRAUSE e MÉNDEZ, 2009,

p. 181), evidentemente não tão objetivo quanto deveria, e, por isso, alvo de inúmeras críticas, esta pesquisa não se deterá sobre tal tema, por se tratar de um universo de estudo praticamente autônomo e consideravelmente abrangente em termos territoriais (ROSE-ACKERMAN, 1997, p. 32) e conceituais (JAIN, 2001, p. 76-77).

Warren realiza um *constructo* metodológico ao sistematizar os tipos de corrupção, relacionando-os a instituições e práticas de democracia (o Estado, as esferas públicas, as sociedades civis e as economias de mercado):

a) A corrupção de Estado diferencia de modo um tanto mais detalhado os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo entre si, atribuindo-lhes características funcionais distintas e seus respectivos pontos fracos (WARREN, 2004, p. 335-338);

b) A corrupção das esferas públicas parte do pressuposto no qual o povo é um dos elementos do Estado, não o Estado propriamente dito, importando os processos deliberativos autênticos, livres de perversões, dissimulações, obscuridades etc., cuja ausência caracterizaria corrupção (WARREN, 2004, p. 338-339);

c) A corrupção das sociedades civis reside na exclusão, ou seja, quando uma dessas estruturas pretende obter somente para si o poder da representação do todo, estabelecendo o monopólio do discurso (WARREN, 2004, p. 339-340); e

d) A corrupção das economias de mercado, ao ser considerada, apresenta um problema inicial, que são suas funções democráticas potencialmente ambíguas, pois podem apoiar tanto regimes democráticos quanto autoritários. Em todo caso, o fator *exclusão* pode ser decisivo no aumento do fenômeno corrupção sob essa abordagem (WARREN, 2004, p. 340-341).

Rose-Ackerman (1997, p. 31) realiza uma abordagem teórico-metodológica que possui a seguinte premissa maior:

[...] A corrupção ocorre na interface entre os setores público e privado. Sempre que um servidor público tem poder discricionário sobre a distribuição de um benefício ou de um encargo sobre o setor privado, são criados incentivos ao suborno. [...] A conexão adequada entre dinheiro e política é profunda e será resolvida de modo diferente por cada país. No entanto, a análise econômica pode considerar incentivos para [o estabelecimento de] recompensas para agentes governamentais, avaliando suas consequências e sugerindo reformas. [...] [tradução nossa]

Observe-se que o tratamento que a autora dispensa ao tema *corrupção*, apesar de ser um tanto amplo, é notadamente propositivo. Aqui, percebe-se que há uma alusão implícita ao trinômio necessidade-oportunidade-corruptibilidade, no qual o agente público é o potencial ponto fraco para a existência da corrupção nos termos propostos.

A despeito da clareza conceitual proposta por Rose-Ackerman (1997, p. 56), seu texto se embasa em certo grau de realismo – ou mesmo pessimismo, a depender do ponto de vista – quando declara que

[...] A corrupção nunca poderá ser inteiramente eliminada. Sob muitas condições realistas, seria simplesmente muito caro reduzir a corrupção a zero. Além disso, um foco mais firme sobre a prevenção à corrupção pode ter um efeito negativo sobre as liberdades pessoais e aos direitos humanos. Tal foco poderia produzir um governo mais rígido e insensível. Assim, o objetivo não é alcançar a completa retidão, mas um aumento fundamental da honestidade e da eficiência, da justiça e da legitimidade política do governo. [...] [tradução nossa]

Trata-se de uma consideração bastante plausível, especialmente por não ser possível ter o pleno conhecimento da natureza da corrupção. Ademais, também é razoável pressupor que o aumento de normas não resolveria, pois trata-se de uma questão de sensibilização ética da população, seja qual for o arranjo político-econômico considerado, e da governança, no sentido mais amplo do termo.

Sobre a conceituação de corrupção, Lin e Yu (2014, p. 142) ratificam a dificuldade delineada até então:

[...] Mesmo que questões substanciais sobre a definição de corrupção permaneçam indefinidas, acadêmicos e profissionais interessados no



fenômeno multifacetado e complexo da corrupção não têm sido impedidos de tentar medi-lo. Os primeiros esforços foram baseados na obtenção de medições objetivas (ou [metodologicamente] rígidas), tais como o número de prisões e de condenações por corrupção, contagens de reportagens jornalísticas sobre corrupção e outros registros e estatísticas oficiais. [...] Em países altamente corruptos, pode praticamente não haver prisões ou reportagens da mídia sobre corrupção substancial, enquanto que, em países muito menos corruptos, pode haver prisões e condenações frequentes por delitos relativamente menores. [...] [tradução nossa]

Portanto, para além da busca pelas raízes linguísticas da corrupção e das possíveis digressões conceituais, importa analisar em que ponto a perversão da política passou a ser digna de nota e, por consequência, objeto de preocupação de investigação do Direito.

### *2.3. Considerações sobre corrupção pelo prisma do Direito.*

Ao propor uma análise da corrupção como fenômeno social sob o ponto de vista do Direito, Veiga (2020, p. 1) aduz que

[...] *A corrupção não possui uma definição técnico-jurídica de âmbito geral, nem no direito interno, nem no direito internacional, porquanto não resulta uma noção precisa de nenhum Tratado Internacional, nem de nenhuma Constituição. Certo é que o factor cultural pode ser determinante para o que se entende por corrupção. [...] De resto, autores há que tentam individualizar e identificar as causas históricas e culturais da corrupção. [grifos nossos]*  
[...]

Note-se que a autora evidencia a conhecida defasagem que o Direito, no sentido mais amplo, possui diante de um problema tão antigo e territorialmente amplo (DOMMEL, 2001, p. 79). Esse atraso normativo em relação à corrupção pode ser percebido quando Garcia (2007, p. 401) faz referência à própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que possui dinâmica própria, ao afirmar que

[...] *A Constituição, ainda que estática no texto, é dinâmica no conteúdo, estando o seu evoluir dependente de uma interpretação prospectiva, vale dizer, de uma identificação de sentido contemporânea à sua aplicação. Fosse prestigiado o seu sentido originário, ignorando-se todo o processo evolutivo da sociedade, o *dever ser* se distanciaria de tal modo do *ser* que terminaria por transmutar-se em algo *impossível de ser*. [...] [grifos do autor]*

Fica claro que Garcia não se apegou à mera literalidade constitucional, mas à sua intencionalidade, em um exercício simultaneamente teleológico e hermenêutico, que deve considerar, entre outros fenômenos, a evolução dos costumes da sociedade e dos seus desvios morais. Em seguida, Ferreira Filho (2001, p. 213) fornece uma pista interessante sobre onde pode o Direito aportar quando a questão central é a corrupção:

[...] Sempre foi ela vista como um mal. E um mal gravíssimo, que solapa os alicerces do Estado e ameaça a sociedade. Assemelha-se à podridão do fruto. É o que assinala a etimologia do termo. *Corruptio*, em latim, é a explosão do âmago de um fruto, em razão da sua podridão interna. Assim, o que se encara como corrupção não é apenas uma falta, grave sem dúvida, mas que não transcende a pessoa que a comete. É uma falta que perverte, e por isso, ameaça o regime, porque solapa os seus fundamentos. [...] [grifos do autor]

Sob essa perspectiva, portanto, o Direito pode se valer de qualquer de suas áreas para tratar de um problema tão enraizado na natureza Humana. Não seria difícil enumerar como o tema *corrupção*, a partir das causas ou das consequências, poderia ser estudado nos mais diversos ramos das Ciências Jurídicas, por exemplo: no Administrativo (GANZENMÜLLER e BALSANELLI, 2007), no Ambiental (CANESTRINI e GARCIA, 2021), no Empresarial (ALMEIDA, 2019), no Penal (PRADO e MACHADO, 2021), no Previdenciário (LEAL *et al*, 2018), no Tributário (GABRIELA e TRIGUEIRO, 2020) ou no Eleitoral (MONTEIRO, 2006) – foco desta pesquisa –, etc.

Em todo caso, o trabalho do Direito tem sede na tentativa de apreensão de um fenômeno ambivalente, pois trata-se de um conceito abstrato, evidentemente se aplicado sob o viés da presente discussão, mas que, por meio das ações políticas, possui implicações notadamente práticas e de consequências negativas no mundo sensível.

Assim, não seria razoável somente criar leis sem mudar a mentalidade daqueles que a ela estarão subordinados. Talvez seja por isso que o Brasil seja um dos países em que existem *leis que não pegam*.

Seria tal comportamento um aspecto da questão cultural brasileira, do *jeitinho brasileiro*? Sobre esse assunto, Wachelke e Prado (2017, p. 156), entre outras considerações, explicam que

[...] É necessário demonstrar que o *jeitinho* é uma ideologia [...] sintetiza numa classe de rituais e práticas de ampla diversidade de ocorrências do cotidiano, unificando-as numa abstração explicativa, tanto no senso comum, de modo mais vago, quanto nas ciências sociais, com rigor conceitual, ainda que com amplas divergências, como a revisão realizada aqui indicou. O *jeitinho brasileiro* é uma interpretação do brasileiro, que supostamente teria dificuldades em lidar com regras impessoais e, fazendo uso de habilidades interpessoais e contatos, buscaria burlá-las.[...]

Não parece ser mera coincidência, portanto, que o próprio texto constitucional em vigor no Brasil (BRASIL, 1988), no Art. 14, § 10, tenha apresentado como necessário o uso da expressão *corrupção* no seu texto: “[...] O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. [...]”.

Dessa perspectiva, pode emergir outra questão: somente o termo *corrupção* serviria como ponto de abordagem do tema na Constituição? Não somente, pois a palavra “moralidade”, remetendo ao princípio que a define, pode oferecer um percurso investigativo igualmente relevante e instigante, como o suscitado por Martins (1996, p. 352, 354 e 363):

[...] O princípio da moralidade administrativa é o mais relevante princípio da Administração [Pública]. [...] O mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a Administração confiável perante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado. [...] E a moralidade é aquela que se vincula não só à obediência estrita da lei que deve ser aplicada, mas também à preocupação de não gerar problemas de nenhuma espécie ao administrado [...]

Portanto, a partir dessa premissa, é possível constatar, mesmo que de modo aparentemente abstrato, que o tema não somente transcende a esfera acadêmica como se constitui problema de ordem prática, pois permeará os fundamentos legais, as decisões administrativas e os julgamentos desses

fundamentos e dessas decisões quando se fizerem necessários, denotando grande amplitude, seja sob o aspecto conceitual ou mesmo prático.

Como consequência direta sobre a escala e o recorte metodológicos, Furlan (2011, p. 87) pondera que

[...] Dessa visualização da corrupção em sentido amplo, pode-se apontar a corrupção como fenômeno político como espécie destacada sob o enfoque da atuação dos agentes políticos. Opta-se por estabelecer os contornos da corrupção como fenômeno político de modo mais aberto, sem compromisso com a fixação de um conceito fechado. [...]

Nesses termos, é possível inferir que a preocupação com um conceito bem definido sobre corrupção é dispensável, pois suas nuances são consideravelmente variáveis, a depender do contexto social, e potencialmente intangíveis, dados os meios e métodos utilizados para corromper, mas seus efeitos são notadamente sensíveis, pois se houve desvio de recursos alheios e contrariedade aos preceitos legais estabelecidos, é possível afirmar que houve corrupção.

Nesse ritmo, Santano (2015, p. 124) traz uma abordagem relativamente ampla sobre esse assunto utilizando-se da política no Brasil como ponto de partida metodológico:

[...] As diversas formas de penetração e manifestação da corrupção política nas democracias ocidentais obrigam a academia a se debruçar sobre o fenômeno em busca de soluções. *Atualmente, nota-se um forte impacto desse tipo de corrupção na sociedade brasileira, desde a dinâmica do Parlamento até o próprio comportamento dos cidadãos, aumentando a apatia política e tendências inclusive antissistema.* Além disso, *a corrupção política também representa um custo para a democracia, não só no financiamento de campanhas, mas também pela presença do tráfico de influência e da lavagem de dinheiro, os quais terminam sendo impedimentos para reformas sociais e projetos de políticas públicas necessários para atacar os males do Brasil.* [...] [grifos nossos]

Nota-se, de modo evidente, que a corrupção não é uma pauta exclusivamente brasileira, muito menos política – intersecção mais largamente divulgada nos meios de comunicação de massa na atualidade –,

pois é latente ou manifesta onde quer que haja relações sociais e políticas, em qualquer região do mundo.

Por conta disso, a próxima sessão destina-se a demonstrar brevemente como os governos e as populações de alguns países que apresentam baixo índice de percepção de corrupção lidam com esse fenômeno.

### 3. Estados com baixos índices de percepção da corrupção.

Independentemente da abordagem conceitual traçada até este ponto, é importante reforçar sua intangibilidade, o que dificulta muito sua apreensão e conseqüente tratamento metodológico, conforme aponta Oliveira (p. 2018, p.189)

[...] Contudo, é consensual a percepção de que os estudos sobre a corrupção carecem de inovação nos procedimentos de mensuração, visto que *as estimações [sic.] dos bancos de dados podem parecer às vezes subestimadas, ou mesmo, não apreendidas inteiramente, devido ao caráter ilícito das ações corruptas*. Entretanto, trata-se de limitações que não impedem de forma alguma o trabalho de investigação científica nessa área da ciência política. [...] [grifos nossos]

Em que pese possível defasagem de dados apontada pelo autor, será utilizada edição mais recente do Índice de Percepção da Corrupção (IPC) (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2020) publicado em 2020, como parâmetro para o desenvolvimento da argumentação ora suscitada.

O IPC é o principal indicador de corrupção do mundo. Produzido desde 1995 pela Transparência Internacional, o índice avalia 180 países e territórios e os atribui notas em uma escala entre 0 (quando o país é percebido como altamente corrupto) e 100 (quando o país é percebido como muito íntegro). O índice é a referência mais utilizada no mundo por tomadores de decisão dos setores público e privado para avaliação de riscos e planejamento de suas ações.

Por conseqüência, serão consideradas as ações no combate à corrupção nos quatro países que obtiveram os melhores índices junto à Transparência

Internacional, na última avaliação: Dinamarca, Nova Zelândia, Finlândia e Singapura– que estão entre os catorze países com melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) na atualidade (UNITED NATIONS, 2020), mas que, ao mesmo tempo, não estão entre os dez países com maior Produto Interno Bruto (PIB) (IBGE, 2022).

### 3.1 Dinamarca

No caso da Dinamarca, conforme pontua Mungiu-Pippidi (2013, p. 13), é possível constatar que

[...] O exemplo dinamarquês oferece os primeiros elementos do que poderia ser chamado de controle ‘moderno’ da corrupção: uma burocracia profissional e decentemente paga selecionada por mérito (por exemplo, diplomas de direito da Universidade de Copenhague até para aristocratas), que foi cuidadosamente auditada e regulamentada para proteger o interesse público do lucro privado indevido. Isso foi feito de cima para baixo em um esforço para fortalecer o Estado. [...] Em geral, esse processo de construção do Estado conseguiu preservar um equilíbrio entre o novo e o velho, não concedendo a nenhum grupo poder suficiente para se tornar uma elite predatória. O controle da corrupção evoluiu assim através de uma sucessão de equilíbrios que levou pelo menos um século [...]. [tradução nossa]

Observe-se, por meio do excerto, que o combate à corrupção no caso dinamarquês é o resultado de uma construção moral de iniciativa estatal voltada inicialmente aos seus interesses em escala macro –, tanto por meio de normas quanto por suas regulamentações, responsável por garantir sua legitimidade e eficiência perante os fenômenos de tentativa de desvirtuação do bem público –, constituindo-se em um esforço vetorial consideravelmente lento, de baixa permeabilidade no *ethos* social – demonstrável pelo tempo que levou para sua implementação.

Em outras palavras, pode-se dizer que o tratamento dispensado à mitigação da corrupção na Dinamarca é um exemplo do quão trabalhosa e vultosa é a tentativa de mudar o comportamento da coletividade, o que pode sugerir que o combate à corrupção naquele país não seja tão eficiente quanto parece (JOHNSTON, 2013, p. 30).

Avançando, Johnston (2013, p. 32) sugere alguns fatores que podem contribuir para o controle da corrupção na Dinamarca:

[...] Vários aspectos ‘naturais’ da sociedade dinamarquesa podem contribuir para o seu sucesso no controle da corrupção. Um deles é sua pequena dimensão e [o outro é] a homogeneidade social. O tamanho diminuto pode facilitar alguns dos desafios logísticos da governança e da aplicação da lei, por exemplo. A homogeneidade social pode contribuir para um forte consenso social sobre o certo e o errado, e sobre o papel e a conduta do governo. Ambos os fatores podem reduzir a probabilidade de divisões sociais profundas [...] [tradução nossa]

Em uma breve análise, o autor parece ser assistido pela razão, especialmente se feito um exercício comparativo em relação a um país com dimensões territoriais como o Brasil, por exemplo, que, além de tudo isso, possui grandes diferenças regionais e culturais a serem consideradas.

Amore, Bennedsen e Nielsen (2015, p. 6) explicam que a Dinamarca passou por importante reforma administrativa, que impactou na questão eleitoral, em 2005, ao passo em que explicam sumariamente sua estrutura, importância e o respectivo impacto no orçamento estatal:

[...] Os municípios na Dinamarca são governados por conselhos locais, onde cada um deles é chefiado por um prefeito que é eleito (por maioria simples) durante a primeira reunião do conselho. O prefeito tem a responsabilidade geral pela prestação de serviços públicos em vários setores [...] [que] representam cerca de 48% do total dos gastos públicos. [...]

É razoável supor que tal formato, somado às características geográficas e sociológicas já apresentadas, contribua para o controle do Estado dinamarquês e, por consequência, para a diminuição da corrupção nos limites do seu território. Sobre a referida reforma, Amore e Bennedsen (2013, p. 4) explicam que

[...] Exploramos a aprovação de uma reforma administrativa que mudou o tamanho dos municípios locais na Dinamarca em 2005. Em particular, essa reforma fundiu 239 municípios em 66 municípios maiores, deixando 32 municípios inalterados. [...] [tradução nossa]

Tais alterações burocráticas mencionadas pelos autores promoveram consideráveis rearranjos na realidade política nas mais diversas regiões

dinamarquesas, pois obrigou a determinados grupos a se unirem em prol da região administrativa recém-criada. Contudo, elas não serão exploradas nesta seção em nome da objetividade.

### 3.2. Nova Zelândia

Prosseguindo, convém considerar o que Barrett e Zirker (2017, p. 229) aduzem, de modo panorâmico, sobre determinados aspectos conjunturais da Nova Zelândia, o segundo país, em ordem decrescente no *ranking* da Transparência Internacional, pois contribuirá para a compreensão do contexto cultural e político neozelandês:

[...] Tem sido amplamente difundida uma visão na qual a Nova Zelândia simboliza as qualidades de uma democracia exemplar, que é: amplamente livre de corrupção, humanitária, igualitária e capaz de enfrentar as superpotências em questões de princípio. Essa é, pelo menos, uma imagem que vem sendo cultivada ao longo do tempo. Nos últimos 16 anos, no entanto, a Nova Zelândia experimentou aumentos periódicos e significativos no número e intensidade de escândalos de corrupção relatados, apontando para um declínio no senso de civilidade tão necessário para qualquer democracia liberal, e isso está levando a novas questões sobre sua reputação como uma democracia exemplar. [...]

Como breve digressão, talvez caiba especular que o brasileiro, como espectador de uma realidade cultural bastante diferente da experimentada no *outro lado do mundo*, tende a superestimar a capacidade de outros países, especialmente os mais ricos, no combate à corrupção. É possível arrazoar ainda que o brasileiro parta do pressuposto de que vive em um país tão corrupto que qualquer outro contexto, em tempos de paz, não possa ser tão ruim quanto o atual.

É possível constatar ainda que houve na Nova Zelândia, a adoção de importantes medidas administrativas em favor da transparência do serviço público a partir de 1912 (ZIRKER, 2017, p. [-]), ademais, Zirker (2017, p. [-]) destaca que

[...] A geografia e o pluralismo cultural da Nova Zelândia representam uma confusa e única mistura de tamanho, distância, espaço e unidade compactos, [além d]e um conjunto confuso de



diversidade e barreiras que, tradicionalmente, exigia contato entre seus vários colonos. Sua pequena população de 4.595.700 pessoas e área de terra de 263.310 km<sup>2</sup> em 2015 [...] permitem que as comunidades se desenvolvam e se conectem com frequência para [prestar] suporte material e educacional, [além d]e aprimorar sua interdependência. Suas estruturas sociais e econômicas agrárias e igualitárias de base pastoril têm restringido a atração pela vantagem individual, que foi reforçada por regulamentos estaduais após 1935. [...] [tradução nossa]

Assim, mais uma vez, fica evidenciado que as dimensões territoriais podem afetar diretamente na qualidade das relações sociais estabelecidas em determinado território. Sob essa lógica, quanto menor o território, maior seria a coesão social e, portanto, maior seria a qualidade dos contatos que demandam mais confiança – uma espécie de garantia moral ampla e uniformemente adotada pela população, que incidirá nas mais diversas relações estabelecidas no âmbito do território considerado –, mas que não impedem a ocorrência de casos de corrupção no país (GREGORY, 2006, p. 129-130).

Todavia, também é possível verificar que há punição relativamente severa e efetiva em face de desvios de recursos públicos – evidentemente, se comparada com o caso brasileiro, por exemplo –, induzido a inferir, em uma primeira análise, que, por mais que haja corrupção, haverá punição.

Diante do caso da Nova Zelândia, Gregory (2006, p. 135-136), conclui que

[...] A natureza e a incidência da corrupção governamental na Nova Zelândia estão mudando, embora de forma incerta. [...] casos de grande corrupção governamental na Nova Zelândia parecem estar aumentando. Sem dúvida, os fatores causais são múltiplos e complexos, pois não é possível determinar conclusivamente, seja pelo viés social ou mesmo pelo institucional, até que ponto essa incidência crescente é um efeito não intencional consequência das mudanças radicais do setor estatal introduzidas nas décadas de 1980 e 1990 [...] [tradução nossa]

É evidente que se trata de um cenário consideravelmente nebuloso para o neozelandês, pois percebe-se como não é possível delinear um prognóstico preciso e capaz de suscitar medidas preventivas contra a corrupção. Nesse

percurso, Barrett e Zirker (2017, p. 237) convergem com Gregory quando deduzem que

[...] A tendência na comunicação de escândalos de corrupção na Nova Zelândia sugere que a corrupção está se tornando uma parte da linguagem da política de uma forma que não ocorreu no passado. [...] Uma questão-chave para pesquisas futuras diz respeito à influência de conjuntos de escândalos de corrupção sobre a questão muito mais ampla da cultura política. [...] [tradução nossa]

Assim, existe plausível tendência de que a Nova Zelândia decaia novamente na avaliação da Transparência Internacional (BARRETT e ZIRKER, 2017, p. 42), remetendo a reconsiderações relativas à confiabilidade do Estado, especialmente por potenciais investidores internacionais.

### *3.3 Finlândia*

Na sequência, a Finlândia, que já foi considerado o primeiro país do *ranking anual* publicado pela Transparência Internacional nos anos de 2006, 2007 e 2012 (SALMINEN, 2013, p. 59), aparece atualmente como o terceiro país menos corrupto do mundo. Mas o que dizer inicialmente sobre esse país? Salminen (2013, p. 58) fornece uma breve visão panorâmica sobre o atual cenário finlandês:

[...] A Finlândia é um país com um sistema político democrático, uma economia de mercado e uma grande estrutura de bem-estar, incluindo um governo com grande autonomia. [...] Os serviços de bem-estar com financiamento público abrangem: a seguridade social, os cuidados com a saúde e a educação, incluindo benefícios sociais realocados e alta tributação. Como um resultado das reformas políticas e administrativas, mais responsabilidade dos serviços do poder público foi transferida para o mercado e para os atores do setor privado. [...] [tradução nossa]

É possível observar, portanto, que se trata de um país de perfil econômico mais liberal, ou seja, com intervenção estatal mitigada, o que não significa que seja algo necessariamente positivo para seus cidadãos, pois, como o próprio autor explica, há alta tributação e grande interferência do

Estado, a despeito do poder descentralizado à iniciativa privada. Salminen (2013, p. 58) continua sua explanação sobre o Estado finlandês apontando que

[...] No que diz respeito ao desenvolvimento da sociedade e das instituições, a Finlândia representa os estados nórdicos. Como um país nórdico, a Finlândia é conhecida como uma nação com um baixo nível de corrupção percebida. No entanto, as características distintas da corrupção são específicas do país e relacionados à cultura. Ética e valores no setor público são baseados em tradições políticas e administrativas.[...] Os valores do estado de bem-estar social são o legalismo, a igualdade, a abertura e a eficiência. Desde a década de 1990, os valores de mercado vêm gradualmente substituindo os valores do Estado de bem-estar social. Lucratividade, tomada de risco, gerencialismo e contratualismo passaram a fazer parte da agenda nacional. [...] [tradução nossa]

Note-se que o quadro apresentado no excerto anterior não é estático e tampouco simples: o crescimento do estado de bem-estar social, associado com aspectos culturais peculiares ao povo finlandês, acabou por imprimir o tom legal e administrativo empregado no combate à corrupção.

Acerca da percepção sobre corrupção na Finlândia, de acordo com Salminen, Viinamäki e Ikola-Norrbacka (2007, p. 81), é possível constatar que

[...] Por vários anos, a Transparência Internacional classificou a Finlândia como o país menos corrupto do mundo. Por extensão, os altos índices em pesquisas internacionais indicam peculiaridades na sociedade finlandesa. Geralmente, o modelo de bem-estar finlandês tem sido institucional, abrangente e mantido com receitas fiscais e dirigido a todos os cidadãos. Os gastos públicos representam uma grande fatia do gasto público, cerca de 49% do PIB. [tradução nossa] [...]

É nítido como a manutenção de uma estrutura dessa envergadura deve sair cara para o cidadão finlandês. Como hipótese aceitável para explicar esse fenômeno, Salminen, Viinamäki e Ikola-Norrbacka (2007, p. 83) explicam que

[...] Parece razoável que a corrupção aumente se as diretrizes éticas e os códigos de conduta não forem estabelecidos ou claramente declarados, ou se os funcionários públicos não os obedecerem. Boa governança e boa administração estão carregados de valores e princípios éticos, tais como: confiança, transparência, responsabilidade, responsabilidade, capacidade de resposta e participação. Tais valores representam o oposto da corrupção, e mais particularmente, oposição ao mau comportamento, à má gestão e à má administração. [...] [tradução nossa]

A abordagem dos autores faz uma correlação entre a efetiva ação do Estado e corruptibilidade. Aparentemente, tudo se resumiria a boa governança, eticamente pautada por parâmetros já adotados em outros países. Grosso modo, sob essa óptica, onde há Estado eficiente não há corrupção, ou, pelo menos, há considerável mitigação desta.

O que aparentemente pode induzir a um raciocínio enviesado e até mesmo contraditório, pois, se a presença do Estado fosse garantia de incorruptibilidade, países autoritários não teriam a palavra *corrupção* no seu dicionário. Em todo caso, parece evidente que o elemento cultural faz toda a diferença nessa equação. Salminen, Viinamäki e Ikola-Norrbacka (2007, p. 84-85)

[...] Estudos comparativos mostraram que quando as violações da boa administração são evidentes, os executivos políticos e governamentais geralmente respondem estabelecendo mecanismos anticorrupção para descobrir tal comportamento.

[...] Alternativamente, a manutenção de diversas formas de participação cidadã, independente e mídia autorregulada, um alto nível de educação, acesso público a documentos oficiais, papéis claros de instituições fornecedoras de recurso, e a possibilidade de apresentar recurso com ajuda jurídica profissional, são todas formas para um nível mais baixo de corrupção.[...] [tradução nossa]

Com o objetivo de demonstrar que, mesmo em países com baixo índice de percepção de corrupção, o fenômeno existe (FINLAND TO EU ANTI-CORRUPTION REPORT, 2014), Graycar (2015, p. 88) pondera em breve consideração que

[...] A Finlândia é um tipo de país onde a corrupção nas ruas é insignificante, mas a grande corrupção (a 'corrupção das suítes') é muito mais difícil de ser identificada, pois está entrelaçada no tecido das relações comerciais e do setor público-privado, sendo menos provável que chegue ao conhecimento das autoridades. [...] [tradução nossa]

Acompanhando a lógica do autor, é plausível compreender que a percepção da corrupção pode ser limitada pela própria natureza do *homem*

*médio*<sup>3</sup>, da massa, premissa que conduz à conclusão parcial de que o próprio índice de percepção de corrupção, como instrumento metodológico, não possui plena eficácia para aferir o fenômeno e é passível de ser questionado.

### 3.4 Singapura

Ao analisar o quarto país considerado menos corrupto, mas que já foi considerado o menos corrupto do mundo em 2010 (MPHENDU e HOLTZHAUSEN, 2016, p. 236), embora tenha perdido posições gradativamente (QUAH, 2001, p. 29), faz-se relevante assinalar que Singapura já foi o país mais bem colocado no *ranking* da Transparência Internacional.

Historicamente, Singapura, segundo Quah (2015, p. 171), tem histórico de dificuldades administrativas por conta dos índices de corrupção em seu território:

[...] A corrupção foi um problema sério em Cingapura durante o período colonial britânico, especialmente durante e após a ocupação japonesa. No entanto, hoje, Singapura é considerado o país menos corrupto da Ásia e o terceiro país menos corrupto entre os 180 países incluídos no Índice de Percepção de Corrupção (CPI) de 2009 da Transparência Internacional. A corrupção foi um problema sério em Singapura durante o período colonial britânico, especialmente durante e após a ocupação japonesa. No entanto, hoje, Singapura é considerado o país menos corrupto da Ásia e o terceiro país menos corrupto entre os 180 países incluídos no Índice de Percepção de Corrupção (CPI) de 2009 da Transparency International. [...] [tradução nossa]

É cediço que Singapura não é reconhecida pela brandura das leis, especialmente as dedicadas à punição por tráfico de drogas, considerado um dos crimes mais graves pelo Estado (SIYUAN, 2015, p. 31 e 34), embora tenha

---

<sup>3</sup>O termo *homem médio*, aqui, tem a acepção proposta por Ortega y Gasset (2016, p. 80) quando o define como *massa*: “[...] A massa é o conjunto de pessoas que não são especialmente qualificadas. [...] Massa é o ‘homem médio’. Desse modo se converte o que era meramente quantidade – a multidão – em uma determinação qualitativa: é a qualidade comum, é o monstro social, é o homem enquanto não se diferencia dos outros homens, mas que repete em si um tipo genérico. [...]”. Trata-se, portanto, da limitação de alguém, que mesmo em grupo, é incapaz de produzir a realidade de modo consciente, mas está fatalmente destinado a aceitá-la de modo incondicional.

reduzido consideravelmente seus índices de punição por pena capital (HOOD e HOYLE, 2017, p. 542-543).

Mesmo perdendo algumas colocações entre os países com menor percepção de corrupção, interessa saber como o país alcançou tais índices e ainda consegue figurar nesse estrato superior dos países menos corruptos. Sobre a corrupção em Singapura, Suleiman (2020, p. 162) explica que

[...] Singapura enfrentou esse monstro ao promulgar a 'Lei de Prevenção à Corrupção' (LPC), em 1960, após sua independência em 1959. Essa lei ampliou o número de crimes de corrupção para incluir os cometidos por cidadãos de Singapura em países estrangeiros como se tivessem sido cometidos em Singapura. [...] Não havia ato de corrupção que fosse considerado 'trivial' em Singapura. [...] [tradução nossa]

A implementação da referida norma também encontra referência nas obras *Combating corruption Singapore style: lessons for other Asian countries* (QUAH, 2007, p. 19) e *Curbing corruption: toward a model for building national integrity* (LEAK, 1999, p. 60).

Nesses termos, qualquer leitor pode ser induzido a pensar que tanto a ampliação dos tipos penais quanto da jurisdição sejam as melhores alternativas para o combate mais efetivo à corrupção. De fato, tais estratégias remontam ao ano de 1959, ou seja, à subida ao poder do *People's Action Party* [Partido da Ação Popular], que tinha, entre suas metas, o objetivo de moralizar o Estado de Singapura, no sentido mais amplo (QUAH, 2007, p. 16-19). [tradução nossa]

Apesar de ser um raciocínio parcialmente correto, a resposta para esse problema não pode ser alcançada tão facilmente haja vista não contemplar os impactos sociais propriamente ditos e a relação econômica além das suas fronteiras, o que torna o caso singapurense peculiar e consideravelmente complexo.

## 5. Conclusão

A principal expectativa, nesta fase conclusiva, reside na intenção de que os conceitos relacionados ao fenômeno corrupção tenham sido adequadamente apreendidos por meio da semântica e da etimologia, considerando as possíveis origens e sentidos da palavra corrupção no decorrer do tempo, pelas mais diversas culturas.

Sob essa perspectiva, foi possível observar, entre outros apontamentos, que a corrupção pode ser considerada uma deterioração moral, que provoca maior ou menor reação por parte do Estado, o que depende, necessariamente, da sensibilidade da sociedade que o compõe.

Em outros termos, para que o Estado possa combater a corrupção faz-se necessário que a sociedade a reconheça e a condene, pois, somente a partir daí, será possível o estabelecimento de regras positivadas com vistas à mitigação ou fim da corrupção, o que enseja a busca pelo entendimento dos fatores relacionados aos baixos índices de percepção de corrupção.

Ao analisar os casos dos países apresentados, verificou-se que o elemento a priori, comum aos países analisados, estava diretamente relacionado ao desenvolvimento social, o que faz bastante sentido, se considerados fatores como PIB e IDH, por exemplo. Em seguida, constatou-se a contribuição de outras variáveis não tão evidentes, como: a dimensão territorial, a coesão cultural e a relativa rigidez da norma – seja administrativa, tributária, cível ou penal.

Ao analisar os casos da Dinamarca, da Nova Zelândia, da Finlândia e de Singapura, foi permitido conjecturar tanto sobre o modus operandi do Estado quanto o modus vivendi de cada sociedade, o que pode levar a discussões produtivas no âmbito das ciências jurídicas.

É possível deduzir, portanto, que a corrupção está em uma razão inversamente proporcional ao comprometimento individual com o coletivo, seja pela colaboração espontânea ou pela coerção da própria norma. Quando tal premissa é compreendida, é possível verificar o porquê da percepção de corrupção em determinados países é menor do que em outros. Embora não

haja elementos que permitam apreender a complexidade de cada caso, é possível presumir que não é possível conceber uma realidade isenta de corrupção, pois cada macrofenômeno político ou social tem, necessariamente, raízes no comportamento do indivíduo.

## Referências

- ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 73, p. 33-37, nov. 2005.
- ABRIKA, Belaid. La corruption, une gangrène mondialisée. **Recherches Internationales**, Paris, n. 99, p. 93-112, avr.-juí. 2014.
- ALMEIDA, Thalita. Corrupção na empresa: burocracia e utilidade dos programas de integridade. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Belém, v. 5, n. 2, p. 96-117, jul.-dez. 2019.
- AMORE, Mario Daniele; BENNEDSEN, Morten. The value of local political connections in a low-corruption environment. **Journal of Financial Economics**, London, n. 110, p. 387-402, 2013.
- AMORE, Mario Daniele; BENNEDSEN, Morten; NIELSEN, Kasper Meisner. Return to political power in a low corruption environment. **InstitutEuropéend'Administration des Affaires**, Fontainebleau, n. 80, p. 1-38, 2015.
- BARRETT, Patrick; ZIRKER, Daniel. Corruption scandals, scandal clusters and contemporary politics in New Zealand. **International Social Science Journal**, Oxford, v. 66, n. 221-222, p. 229-240, Sep.-Dec. 2017.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 13 abr. 2022.
- CANESTRINI, Valéria Giumelli; GARCIA, Denise Schimitt Siqueira. Um estudo sobre a corrupção e sua interface com o Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, v. 7, n. 1, p. 77-92, jan.-jul. 2021.
- CHAVES, Anna Cecília Santos. A corrupção privada no Brasil. **Revista Jurídica EMSP**, São Paulo, v. 4, p. 231-260, 2013.
- CORROMPER. In: CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- CORROMPER. In: PRIBERAM. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/corromper>. Acesso em: 13 abr. 2022.
- CORRUPÇÃO. In: CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- CORRUPÇÃO. In: PRIBERAM. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/corrupt%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 13 abr. 2022.
- DOMMEL, Daniel. La corruption internationale au tournant du siècle. **Revue Internationale et Stratégique**, Paris, v. 3, n. 43, p. 79-85, 2001.
- FERRAZ, Manoel Martins de Figueiredo. A corrupção eleitoral no direito romano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 172, p. 37-44, abr.-jun. 1988.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 185, p. 1-18, jul.-set. 1991.



- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 226, p. 213-218, out.-dez. 2001.
- FRAIHA, Pedro Soares. Indicadores de percepção da corrupção: variações sob o efeito dos meios de comunicação e comportamento político. **Revista Brasileira de Pesquisa de Marketing, Opinião e Mídia**, São Paulo, v. 15, p. 59-76, out. 2014.
- FINLAND TO EU ANTI-CORRUPTION REPORT. European Commission, Brussels, Annex 26, p. 1-8, 2014.
- FURLAN, Fabiano Ferreira. **A corrupção como fenômeno político e seu papel na degradação do estado democrático de direito**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público). Programa de Pós-graduação em Direito Público, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.
- GABRIELA, Nina; TRIGUEIRO, Charles de Sousa. A sanção política como forma de combater a corrupção no direito tributário. **Revista ESMAT**, Palmas, ano 12, n. 20, p. 199-219, jul.-dez. 2020.
- GANZENMÜLLER, Cristine Köhler; BALSANELLI, Kleber Alexandre. O direito administrativo disciplinar como instrumento de combate à corrupção. **Revista da CGU**, Brasília, ano II, n. 2, p. 26-39, out. 2007.
- GARCIA, Emerson. A corrupção: uma visão jurídico-sociológica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 203-245, 2004.
- GARCIA, Emerson. O combate à corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 10, p. 383-410, jul.-dez. 2007.
- GRAYCAR, Adam. Corruption: Classification and analysis. **Policy and Society**, v. 34, n. 2, p. 87-96, 2015.
- GREGORY, Robert. Governmental Corruption and social change in New Zealand: using scenarios, 1950–2020. **Asian Journal of Political Science**, London, v. 14, n. 2, p. 117-139, 2006.
- HOOD, Roger; HOYLE, Carolyn. Para a erradicação global da pena de morte: um cruel, desumano e degradante castigo. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro (Orgs.). **Criminologias alternativas**. Canal Ciências Criminais: Porto Alegre, 2017, p. 537-559.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE]. Países. Disponível em: <https://paises.ibge.gov.br/#/mapa>. Acesso em: 13 abr. 2022.
- JAIN, Arvid. K. Corruption: a review. **Journal of Economic Surveys**, Mumbai, v. 20, n. 4, p. 78-96, 2001.
- JOHNSTON, Michael. The great Danes: successes and subtleties of corruption control in Denmark. In: QUAH, Jon S. T. (Ed.). **Different paths to curbing corruption: lessons from Denmark, Finland, Hong Kong, New Zealand and Singapore**. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2013, p. 23-56.
- KRAUSE, Stefan; MÉNDEZ, Fabio. Corruption and elections: an empirical study for a cross-section of countries. **Economics & Politics**, Malden, v. 21, n. 2, p. 179-200, jul. 2009.
- LEAK, Tan Ah. The experience of Singapore in combating corruption. In: STAPENHURST, Rick; KPUNDEH, Sahr J. (Eds.). **Curbing corruption: toward a model for building national integrity**. Washington, D.C.: Economic Development Institute of the World Bank, 1999, p. 59-66.
- LEAL, Augusto Cesar; ROMEU, Gabriel Francisco Zachi; POUSO, Guilherme Oliveira; ROMANO, Gustavo Luz; ALVES, Matheus dos Santos. Os impactos da corrupção nos fundos de pensão. **Revista Brasileira de Previdência**, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 211-226, jul.-dez. 2018.

- LIN, Min-Wei; YU, Chilik. Can corruption be measured? Comparing global versus local perceptions of corruption in East and Southeast Asia. **Journal of Comparative Policy Analysis**, London, v. 16, n. 2, p. 140-157, 2014.
- MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos Humanos y Corrupción Administrativa. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 39-54, jan.-mar. 2004.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da moralidade no Direito Tributário. **Revista de Direito Administrativo**, n. 204, p. 352-365, 1996.
- MÉNY, Yves. Corruption, politique et démocratie. **Confluences**, Lyon, n. 15, p. 11-21, Été 1995.
- MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. Os partidos políticos e o fenômeno da corrupção eleitoral. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 8, jul.-dez. 2006.
- MPHENDU, Unathi e HOLTZHAUSEN, Natasja. Successful anti-corruption initiatives in Botswana, Singapore and Georgia: lessons for South Africa. **Administratio Publica**, Pretoria, v. 24, n. 2, p. 234-251, Jun. 2016.
- MUNGIU-PIPPIDI, Alina. Becoming Denmark: historical paths to control of corruption (2013). American Political Science Association 2013 Annual Meeting. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID2301329\\_code1272060.pdf?abstractid=2301329&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2301329_code1272060.pdf?abstractid=2301329&mirid=1). Acesso em: 13 abr. 2022.
- NÉRON, Pierre-Yves. À quoi sert la conception institutionnelle de la corruption ?. **Les ateliers de l'éthique**, Montréal, v. 9, n. 1, p. 103-125, Hiver 2014.
- OLIVEIRA, Adilson Vagner de. Por que políticos corruptos se reelegem? Um estudo sobre racionalidade e corrupção. **Revista de Estudos Sociais**, Cuiabá, v. 20, n. 41, p. 187-203, 2018.
- ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. Tradução: Felipe Denardi. Campinas: Vide, 2016.
- PEREIRA, Carlos; MELO, Marcos André. Reelecting corrupt incumbents in exchange for public goods. **Latin American Research Review**, Pittsburgh, v. 50, n. 4, 2015.
- PRADO, Mariana Mota; MACHADO, Marta R. de Assis. Uso do direito penal para combater a corrupção: potencial, riscos e limitações da Operação Lava Jato. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 17, n. 2, 2021.
- QUAH, Jon S. T. Combating corruption in Singapore: what can be learned?. **Journal of Contingencies and Crisis Management**, Malden, v. 9, n. 1, Mar. 2001.
- QUAH, Jon S. T. **Combating corruption Singapore style: lessons for other Asian countries**. Baltimore: University of Maryland School Law, 2007, p. 4-8.
- QUAH, Jon S. T. Combating corruption. In: QUAH, Jon S. T. (Ed.). **Public Administration Singapore-style**. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2015, p. 171-198.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. The political economy of corruption. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Ed.). **Corruption and the global economy**. Washington DC: Institute for International Economics, 1997, p. 31-60.
- SALMINEN, Ari; VIINAMÄKI, Olli-Pekka; e IKOLA-NORRBACKA, Rikka. The control of corruption in Finland. **Administrației Management Public**, București, v. 9, p. 81-95, 2007.
- SALMINEN, Ari. Control of corruption: the case of Finland. In: QUAH, Jon S. T. (Ed.). **Different paths to curbing corruption: lessons from Denmark, Finland, Hong Kong, New Zealand and Singapore**. Bingley: EmeraldGroupPublishingLimited, 2013, p. 57-77.
- SANTANO, Ana Claudia. Uma introdução ao estudo da corrupção política nas sociedades democráticas dentro do paradigma do estado de direito. **Revista Paraná Eleitoral**, Curitiba, v. 4, n.1, p. 123-138, 2015.

SIYUAN, Chen. Discretionary death penalty for convicted drug couriers in Singapore: reflections on the High Court jurisprudence thus far. **International Islamic University of Malaysia Law Journal**, Kuala Lumpur, v. 23, n. 1, p. 31-59, 2015.

SULEIMAN, Musa. The 'war' against corruption in Nigeria: the lesson of Singapore and the neglected strategies. **International Journal of Comparative Law and Legal Philosophy**, Awka, v.2, n. 2, p. 160-169, 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL 2020. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

TREISMAN, Daniel. The causes of corruption: a cross-national study. **Journal of Public Economics**, Amsterdam, n. 76, p. 399-457, 2000.

UNITED NATIONS. Latest Human Development Index Ranking. Disponível em: <https://hdr.undp.org/en/content/latest-human-development-index-ranking>. Acesso em: 13 abr. 2022.

VEIGA, Paula. A corrupção política numa perspectiva global: algumas reflexões. **Revista da Controladoria-Geral da União**, Brasília, v. 12, n. 21, 2020.

WACHELKE, João; PRADO, Alyssa Magalhães. A ideologia do jeitinho brasileiro. **Psicologia e Saber Social**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 146-162, 2017.

WARREN, E. Mark. What does corruption mean in a democracy?. **American Journal of Political Science**, Charlottesville, v. 48, n. 2, p. 328-343, Apr. 2004.

WATSON, Susan; HIRSCH, Rebecca. The Link between Corporate Governance and Corruption in New Zealand. **New Zealand Universities Law Review**, Dunedin, v. 24, n. 1, p. 42, 2010.

ZIRKER, Daniel. Success in combating corruption in New Zealand. **Asian Education and Development Studies**, Bingley, v. 6, n. 3, p. [-], 2017.

Artigo recebido em: 13/07/2022.

Aceito para publicação em: 11/01/2023.

# A compreensão do gênero no Estatuto de Roma: uma hermenêutica queer

## *Understanding gender in the Rome Statute: a queer hermeneutics*

Gabriel Pedro Moreira Damasceno<sup>1</sup>

Moisés Oliveira Costa<sup>2</sup>

André Panayotes Skiadas<sup>3</sup>

**Resumo:** A falta de legislações que versem sobre os direitos de pessoas LGBTQIA+ representa um grande problema social e uma violação aos direitos humanos, dessa forma faz-se necessário uma análise da compreensão de gênero pelo Estatuto de Roma, com escopo de entender quais garantias são feridas e como as violações poderiam ser julgadas à nível internacional. A presente pesquisa tem por objetivo verificar a necessidade de ampliar o conceito de gênero previsto no Estatuto de Roma a partir de uma hermenêutica *queer*. Procedeu-se uma pesquisa bibliográfica através dos estudos dos doutrinadores de estudo jurídico internacional; de legislações e conceitos que versem sobre o tema; com análise de dados sob a hermenêutica das teorias *queer*.

**Palavras-chave:** Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Direitos LGBTQIA+. Teorias *Queer*.

**Abstract:** The lack of legislation that deals with the rights of LGBTQIA+ people represent a major social problem and a violation of human rights, so it is necessary to analyze the understanding of gender by the Rome Statute, with the scope of understanding which guarantees are violated and how violations could be prosecuted at the international level. This research aims to verify the need of expanding the concept of gender provided for in the Rome Statute from a queer hermeneutics. Bibliographical research was carried out through the studies of the doctrinaires of international legal study; of laws and concepts that deal with the subject; with data analysis under the hermeneutics of queer theories.

**Keywords:** International Criminal Court. Rome Statue. LGBTQIA+ rights. Queer Theories.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito Internacional Contemporâneo pela UFMG. Atualmente é professor nos Cursos de Direito da FUNORTE, FUNAM e UNIFIPMoc. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Direitos Humanos - NEADH/FUNAM. Co-Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Direito Internacional Crítico - DICRÍ/UFU. Membro do Núcleo de Direitos Humanos - NDH/UNISINOS. Estágio Pós-Doutoral em andamento pela UFU. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7742-3891> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7263042388229396>.

<sup>2</sup> Graduado em Direito no Centro Universitário FUNORTE. Foi integrante do Grupo de Pesquisa "Direitos humanos, violência de Gênero e Identidades" e do Núcleo de Estudos Avançados em Direitos Humanos - NEADH. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1718-4945>.

<sup>3</sup> Graduado em Direito no Centro Universitário FUNORTE. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3989-0023>.

## 1. Introdução

Em um cenário de questionamentos sobre a possibilidade de novas hermenêuticas ao Estatuto de Roma (1998) para torná-lo mais contemplativo, encontram-se os direitos das pessoas LGBTQIA+ (lésbicas, gays, bissexuais, transsexuais, queer, intersexuais, assexuais), ameaçados constantemente em diversos Estados, seja pelo preconceito de decorrência histórico-cultural ou pelas ausências governamentais em criar políticas públicas que as contemplem.

Por conseguinte, em razão de interferência a direitos inerentes à pessoa humana e reflexos no meio jurídico, torna-se indispensável uma análise aprofundada da origem de tal aversão à diferença e as consequências dos devidos atos/omissões, surgindo assim a teoria *queer*: um referencial ideológico de estudos que se debruça sobre uma ótica caracterizada pela fluidez, e pela intersecção de coeficientes históricos, culturais, raciais e de gênero (ATEHORTÚA; FONSECA; REY, 2021).

Nesse sentido de denúncia, uma hermenêutica *queer* relacionada ao Direito torna-se ferramenta única para a compreensão das violências direcionadas a todas as pessoas LGBTQIA+. Dessa forma, repousa em paralelidade ao Direito a sociedade, e conseqüentemente, os grupos que a compõem; uma clara demonstração de como é necessário que se dêa devida atenção às violações de direitos desses sujeitos marginalizados pela história, bem como pelo próprio Tribunal Penal Internacional – TPI.

Na criação do Estatuto de Roma foi definido um conceito de “gênero” a fim de analisar os crimes relacionados ao tema, mas ao fazê-lo, os Estados criadores, guiados por interesses próprios e de cunho solipsista, limitaram-no a um termo que compreende apenas o binarismo “homem e mulher”, excluindo qualquer outra orientação ou identidade que possa surgir, de forma que não

apenas prejudica a população LGBTQIA+, mas também todo o sistema de normalização (MISKOLCI, 2017). Nesse sentido, o presente texto tem como objetivo verificar a possibilidade de ampliar o conceito de gênero previsto no Estatuto de Roma a partir de uma hermenêutica queer.

O estudo se justifica a partir da ausência de uma legislação de proteção aos grupos sociais específicos como a comunidade LGBTQIA+, e as estruturas binárias analisadas sob a visão da teoria queer levam a um questionamento e visualização da postura tomada pelo TPI, não obstante criado para a proteção de grupos que não pertencem ao dualismo (homem e mulher) e conservadorismo aliado às crenças religiosas.

O presente estudo trata de um tema bastante ignorado pelo corpo social, mas carente de atenção em virtude da sua importância para o desenvolvimento do Direito e da sociedade como um todo, portanto, procede-se à uma pesquisa bibliográfica e documental por meio de doutrinadores de estudo jurídico internacional; de legislações que versem sobre o tema e seus respectivos conceitos; jurisprudências acerca de casos julgados relacionados à pessoas LGBTQIA+ e sua busca por direitos, bem como dos momentos históricos determinantes na criação do Estatuto de Roma.

Ademais, importa-se dar especial destaque ao pós-estruturalismo, que rompe com verdades absolutas em detrimento de análise às necessidades individuais (ou nesse caso, de um grupo social), ainda sob a visão específica das *Teorias Queer*, que, como parte da corrente filosófica citada, objetiva romper com funções sociais impostas às pessoas em razão das respectivas identidades de gênero e orientação sexual de cada sujeito.

## 2. A relação entre as *Teorias Queer* e o Direito.

Em um panorama mundial analisado através da passagem dos séculos e da “evolução” humana como sociedade, os seres pertencentes a este corpo social enxergam e identificam-se por intermédio de suas diferenças. Como aponta Woodard (2011), destaca-se, aparentemente, uma maior importância

de algumas diferenças em detrimento de outras, especialmente em lugares e momentos particulares, como os períodos de guerra, responsáveis pela definição posterior de posturas e normas a serem seguidas.

A problemática que esta conduta acarreta sobre a vida de pessoas pertencentes a minorias sexuais (e outras) gera implicações e violações, horizontal e verticalmente, especialmente sendo uma das consequências a criação de um sistema político e de um regime legal que contemple apenas aqueles que o fizeram: homens brancos cisgênero heterossexuais. Woodard (2011) ainda descreve o reconhecimento da existência da mulher, mas apenas como parceira sexual ou, de alguma maneira, tendo o homem como forma de referência.

A reconção de homem-mulher é evidente, porém, a partir deste são formados outros binarismos excludentes como homossexual-heterossexual, cisgênero-transgênero, e diversos mais que influenciam em diversas áreas (jurídicas ou não).

A herança metafísica ocidental compreende a questão do outro baseada na identidade do ser, criando amarras que dificultam uma dialética entre a identidade de si e o outro, em que o mesmo e o próprio possam estar impregnados pelo outro e pelo estranho. Profundamente influenciada pelos dualismos presentes nessa herança, tais como corpo e alma, civilização e barbárie, razão e desrazão, a educação tende a ver o outro como tudo o que se opõe às idealizações: o bárbaro, o selvagem, o infiel (HERMANN, 2014, p. 479).

Em consonância, dos Reis e Pinho (2014) expõem a noção de alteridade, caracterizada por todas as coisas (do outro) que se difiram do considerado “ideal” e são taxadas como extravagantes, excessivas, estranhas, e até mesmo, desnecessárias. Em aplicação ao que se discute, explicam: ser homem implica em não ser mulher, em rejeitar todo e qualquer marcador identitário inscrito no universo feminino.

Neste mesmo sentido, os entendimentos de Atehortúa, Fonseca e Rey (2021) explicam que se pressupõe que a heterossexualidade seja uma identidade fixa, anterior ao sexo, sendo apenas masculina ou feminina,

enquanto o mundo se divide entre homo e heterossexuais. Ademais, com apontamentos de mesma percepção aos de Miskolci (2017), os teóricos das *Teorias Queer* buscam interpelar esse dogma de normalização, em virtude de que tais binarismos sejam construções sociais das relações de poder.

Visto que para o *queer* nenhuma identidade é fixa, a política *queer* repreende os estratagemas dos movimentos identitários que corroboram com as relações de poder empreendedoras de regulamentação e controle social. A política *queer* aspira dismantelar as identidades fixas de gays e lésbicas, uma vez que é uma política pós-identitária que almeja lograr liberdade e reconhecimento sem assimilação. Assim, como corolário de sua potencialidade crítica e radical, a política *queer* interpela e renuncia todos os discursos normativos e identitários que conferem arquétipos ideais de se viver (SILVA, 2020, p. 31)

Na década de 1960, especialmente na América do Norte, os movimentos sociais (raciais, feministas e gays) impulsionaram os pensamentos das *Teorias Queer*, que emergiram como uma crítica à hegemonia sexual que sempre esteve em vigor, porém acentuada com as decisões pós-guerra. Com um desenvolvimento expansivo, os ideais fizeram com que a palavra “gay” ou o ato de demonstrar abertamente a sexualidade (diversa) fosse considerado motivo de orgulho e resistência, especialmente na década de 1990 (MISKOLCI, 2017).

*Queer* pode ser traduzido por estranho, talvez ridículo, excêntrico, raro, extraordinário. Mas a expressão também se constitui na forma pejorativa com que são designados homens e mulheres homossexuais. Um insulto que tem, para usar o argumento de Judith Butler (1999), a força de uma invocação sempre repetida, um insulto que ecoa e reitera os gritos de muitos grupos homofóbicos, ao longo do tempo, e que, por isso, adquire força, conferindo um lugar discriminado e abjetos àqueles a quem é dirigido. Esse termo, com toda sua carga de estranheza e de deboche, é assumido por uma vertente dos movimentos homossexuais precisamente para caracterizar sua perspectiva de oposição e de contestação. Para esse grupo, *queer* significa colocar-se contra a normalização – venha ela de onde vier. (LOURO, 2018, p. 38)

Silva (2020) ainda destaca que, apesar das *Teorias Queer* não especificarem, doutrinariamente, por exemplo, seus objetivos, ou consolidá-los, dentre eles estariam:



1) crítica à heteronormatividade; 2) crítica às identidades fixas; 3) crítica aos binarismos sexuais (heterossexual versus homossexual) e de gênero (masculino versus feminino); 4) crítica às normas e saberes que naturalizam e normatizam sexo, gênero e sexualidade; 5) crítica à condenação, criminalização e patologização das orientações sexuais e identidades de gênero não hegemônicas; 6) notoriedade às múltiplas orientações sexuais e identidades de gênero; 7) notoriedade aos discursos de saber e poder; 8) notoriedade à diferença enquanto princípio estruturante das subjetividades e vínculos sociais (SILVA, 2020, p. 16).

Atehortúa, Fonseca e Rey (2021) ainda explicitam a abrangência das *Teorias Queer* para pessoas que não sejam LGBTQIA+, mas para todos aqueles que têm suas vidas e direitos influenciados pelas hierarquias criadas pelas ideias de normalidade. Exemplificados pela representação do rompimento com papéis de gênero, como as determinações de funções domésticas apenas para mulheres, ou identificação de homens como agentes ativos em todos os casos de violência. Sendo assim, a aproximação das Teorias *Queer* ao Direito Internacional e as relações nesse mesmo nível oferecem novas maneiras de esquematizar diversos fenômenos como o colonialismo, a criação dos Estados, das comunidades e organizações internacionais, e dos próprios direitos humanos, apresentando-se como uma metodologia inovadora de pesquisa e uma vertente mais inclusiva para análise de eventos e suas respectivas decorrências no âmbito jurídico.

Assim como o gênero, o Direito também é performativo, de forma que modela o mundo dos fatos através de suas normas, e, conseqüentemente, o próprio ser humano possuidor de direitos e deveres, influenciando nas formas de identificação e categorização da identidade e da alteridade. Entretanto, ao fazê-lo prejudica e violenta aqueles cujo espectro sexual de reconhecimento não está encaixado no binarismo homem-mulher, ou outro (GOMES, 2019).

Veja-se, Sahid Maluf (2019) explica a relação entre Estado e Direito com exposição de algumas teorias, destacando-se entre elas o paralelismo, no qual ambos se encontram em realidades distintas, mas interdependentes, com o segundo adaptando-se para reger sobre os fatos sociais relacionadas àquele.

Dessa forma, é apenas compreensível que os estudos jurídicos foquem em compreender as raízes e também os frutos produzidos pela aproximação *queer* dos conceitos antiquados de gênero.

No íterim da gama de orientações sexuais e identidades de gênero (sejam identificadas, não identificadas, mas acima de tudo, não hegemônicas) o direito, o sexo, a sexualidade e o gênero se interseccionam através da heteronormatividade. Assim, cria-se na sociedade a regra de que pessoas LGBTQIA+ precisam se “parecer” ou encaixar na normatividade imposta para que seus direitos sejam garantidos, ou seja, através do sacrifício de suas respectivas performatividade (GOMES, 2019).

A performatividade foi uma das principais linhas de estudo de Judith Butler, que a constrói observando a maneira de expressão das pessoas, e aponta:

(...) Atos, gestos e desejo produzem o efeito de um núcleo ou substância interna, mas o produzem na superfície do corpo, por meio do jogo de ausências significantes, que sugerem, mas nunca revelam, o princípio organizador da identidade como causa. Esses atos, gestos e atuações, entendidos em termos gerais, são performativos, no sentido de que a essência ou identidade que por outro lado pretendem expressar são fabricações manufaturadas e sustentadas por signos corpóreos e outros meios discursivos. O fato de o corpo gênero ser marcado pelo performativo sugere que ele não tem status ontológico separado (BUTLER, 2003, p. 194).

Ademais, a autora contempla a identidade de gênero como sendo algo que deve ser considerado fluido, assim como o desejo, que também é flexível. Interpreta-se assim pela transformação constante, seja pelo contexto histórico, político ou qualquer outro, como o ato de confinar-se em uma identidade específica, e mesmo assim ser passível de reinvenção pelo agente confinado. O gênero, portanto, é conceituado por Butler da seguinte maneira:

O gênero não é inscrito no corpo passivamente, nem é determinado pela natureza, pela linguagem, pelo simbólico, ou pela história assoberbante do patriarcado. O gênero é aquilo que é assumido, invariavelmente, sob coação, diária e incessantemente, com inquietação e prazer. Mas, se este ato contínuo e confundido com um dado linguístico ou natural, o poder é posto de parte de forma a expandir o campo cultural, tornado físico através de performances subversivas de vários tipos (BUTLER, 2011, p. 87).

Busca-se então uma *Teoria Queer do Direito*, em que Borrillo (2018) descreve a necessidade de crítica a norma jurídica como forma de mitigar a normatividade dos conceitos criados filosófica e historicamente. Esta teoria aplicada especificamente ao Direito buscaria abranger sob sua proteção efetiva todo o espectro de gênero, sexo e sexualidade, sem distinção, e com a proposta de multiplicidade de gêneros, exposta por Judith Butler, que seria concretizada socialmente pela performatividade e, juridicamente “com a supressão da categoria como identificação pública e obrigatória das pessoas físicas” (BORRILLO, 2018, p. 50-51).

Dessa maneira, uma teoria queer do direito deve empreender desmantelamentos e estranhamentos às normas do campo jurídico, de maneira a criticar a normatização engendrada por tais normas jurídicas concernente às categorias de sexo, gênero e sexualidade. Por conseguinte, uma teoria queer do direito integra ao universo jurídico todos aqueles que se situam nas raias da cidadania e da heteronormatividade, contemplando todos os sujeitos sem atentá-los em conformidade com seu sexo, gênero ou sexualidade, de modo que essas categorias se tornem ausentes do campo do direito, visto suas insignificâncias (SILVA, 2020, p. 58-59).

Veja-se, a hermenêutica jurídica é compreendida por Lênio Luiz Streck (2014) como a “(...) teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo”. Em complementação, o autor descreve que o

(...) fazer hermenêutica jurídica é realizar o processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o texto de soslaio, rompendo-se tanto com (um)a hermé(nêu)tica jurídica tradicional-objetificante como de um subjetivismo advindo do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência (STRECK, 2014, p. 323).

Desta maneira, é compreensível que uma hermenêutica *queer* voltada para os estudos jurídicos e sociais supra as considerações isoladas (e abstenções) em relação às sexualidades e gêneros diversos tecidas pelo Direito em sua construção.

O direito, como estrutura normativa, sempre considerou sexo, gênero e sexualidade, quer materialmente, quer simbolicamente. Todavia, o campo jurídico, por intermédio de suas normativas, legislações, práxis, decisões e discursos judiciais, concebe essas dimensões sob o prisma da natureza, retroalimentando e robustecendo a abjeção, a heteronormatividade, as identidades fixas, os binarismos sexuais e de gênero, assim como a violência homotransfóbica e a lógica sexo-gênero-sexualidade que a teoria queer aspira dismantelar (SILVA, 2020, p. 59).

Miskolci (2017) destaca as críticas das teorias em relação ao disciplinamento e controle, bem como às concepções de poder que são concentradas em chefes de estado, ou pessoas hierarquicamente superiores (na sociedade, e na política), focando em uma ação repressora diante a comunidade. Que, na realidade, demonstra ao menos o reconhecimento de uma população, em razão da maioria das preocupações da luta serem em relação às omissões estatais.

Dessa forma, a temática da compreensão de gênero para além do binarismo homem-mulher se mostra relevante social e juridicamente, em razão da evolução da sociedade e do pensamento e das necessidades específicas para que se alcance equidade e relevância jurídica para pessoas que tanto foram subalternizadas pelos próprios legisladores, seja em âmbito nacional ou internacional.

Ademais, em espaço global, sob a guarda do TPI encontra-se a humanidade e os crimes que a afligem; havendo, hodiernamente, uma gama de crimes e transgressões (de ação ou de omissão) contra pessoas LGBTQIA+ que prejudicam todo o desenvolver do corpo social; novas situações com reflexos jurídicos carentes de atenção, e Estados que utilizam de sua soberania e poder para retirar os direitos humanos básicos e a dignidade de pessoas *queer* que não se encaixam na normatividade imposta.

### 3. O gênero no Estatuto de Roma.

A criação do TPI decorreu de momentos difíceis para a história da humanidade e de uma necessidade que cresceu à medida que os homens se

exasperavam em suas atitudes e os impactos de suas ações pareciam refletir em todo o mundo (MAZZUOLI, 2020).

Entre os anos de 1939 e 1945, enfrentou-se a Segunda Guerra Mundial, e com ela uma desvalorização da vida do ser humano, que era carregado pela falta de direitos e de tratamento digno. Mas logo após referido momento histórico, houve uma ressignificação do que representava fazer parte de uma “cidadania mundial”, com o advento de diversas organizações internacionais que chamavam atenção para a necessidade de normas que regulassem os acontecidos de um “novo mundo”, como apontado por Galindo (2000).

[...] seria falacioso falar em proteção internacional dos direitos sem a contrapartida da responsabilidade criminal dos indivíduos no plano internacional. Em outras palavras, de nada valeria ter garantido o direito de acesso às instâncias internacionais de direitos humanos (quer no âmbito da ONU como dos organismos regionais) se não houvesse também a contrapartida obrigacional no âmbito criminal, para além das obrigações já existentes na esfera cível. [...] Foi a criação do TPI, por meio do Estatuto de Roma de 1998, que efetivamente impulsionou a teoria da responsabilidade penal internacional dos indivíduos, na medida em que se previu punição individual àqueles praticantes dos ilícitos elencados no Estatuto (MAZZUOLI, 2020, p. 1330).

Diante das atrocidades do período bélico, das criações de tribunais *ad hoc*, vistos de maneira dúbia pela sociedade internacional, surgiu o Estatuto de Roma, aprovado em julho de 1998 e entrando em vigor em 2002, criando o TPI. A vida, a paz e a segurança internacional passaram a serem vistos como bens jurídicos que merecem proteção universal; e a competência do TPI está no ato de prevenir e reprimir as ações daqueles que perpetrarem ou contribuírem para violências ao direito internacional humanitário, reconhecendo as infrações cometidas e com o potencial de afetar toda a sociedade global, em especial, aquelas de maior gravidade para a humanidade (LIMA; BRINA, 2006)

Definidos no art. 5º do Estatuto de Roma estão os crimes contemplados e passíveis de julgamento pelo tribunal em voga: crime de genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra; e crime de agressão (TPI, 2002). O

TPI é competente para a responsabilização penal internacional de *indivíduos*, e não de Estados ou coletividades.

Importa destacar que, na criação do Estatuto de Roma foi definido um conceito de “gênero” a fim de analisar os crimes relacionados ao tema, mas ao fazê-lo, limitou-se a um termo que compreende apenas o binarismo “homem e mulher”, excluindo outras orientações ou identidades. É clara a compreensão dos privilégios concedidos principalmente aos homens cisgênero, e a busca de defesa dos direitos da mulher cisgênero, porém ao aderir ao pensamento binário de gênero ignora-se uma gama de identidades válidas e reconhecidas interdisciplinarmente, e aparenta ser intencional.

Nesse sentido, é importante destacar as mudanças em relação ao aprofundamento nos estudos de direitos de pessoas LGBTQIA+; o rompimento com alguns estigmas e preconceitos, que influenciaram nas definições do Estatuto; e a necessidade de uma atualização geral no âmbito jurídico, em virtude dos reflexos perceptíveis e prejudiciais aos direitos básicos de seres humanos.

O movimento LGBTQIA+, como luta social, tem um curso histórico caracterizado pela dificuldade no enfrentamento de preconceitos e violências, que, apesar de reais, não devem ser os principais predicativos de definição do grupo. Em consonância com as *Teorias Queer*, ainda, pode-se definir como um dos propósitos desta comunidade a vontade de que seus direitos civis, de subjetividade, identidade e de orientação sexual sejam salvaguardados por meio de direitos sociais, e conseqüentemente, por políticas sociais (mesmo que esta não seja a demanda exclusiva da comunidade) (DUTRA; SILVA, 2020).

A hierarquização de grupos e sujeitos fundada em estruturas de poder e respeito distinguem pessoas em diversos níveis, especialmente na esfera jurídica (que se constrói através da sociedade). São práticas segregacionistas que dificultam o alcance de determinadas comunidades aos direitos fundamentais, bem como do exercício de deveres básicos de forma digna e humana, com a perduração de um ostracismo que exclui o diferente, e valoriza

o semelhante, seja de forma física, psicológica ou política, mas que é sempre violenta (PEDRA, 2018).

No sistema binário, heteropatriarcal e capitalista são sustentados diversos dogmas de regulação e exclusão sexual. Ramos e Nicoli (2016) ainda evidenciam a classe e a raça como critérios que influenciam e agravam as violências em sociedade, sendo ainda, mais um fator determinante para expectativas de vidas baixas e dignidade retirada do sujeito de direito.

Na sociedade internacional, a situação da comunidade LGBTQIA+ é grave. A título de exemplo pode-se citar a Rússia, e conseqüentemente, Vladimir Putin, presidente do país, que frequentemente dá declarações polêmicas sobre a temática, e institui medidas que são seguidas pelo restante da sociedade russa:

Diversas leis que retiram direitos destes grupos estigmatizados foram aprovadas na Rússia. Além da "Lei da propaganda homossexual" que proibiu apoio físico e jurídico as causas LGBT, em 2015 se proibiu que transexuais tirassem carteira de motorista, foram também propostas punições para aqueles que se declarassem homossexuais em público cuja pena seria duas semanas de detenção e multas de 5 mil rublos ou R\$ 250,00 reais (RUBBI; BATISTA; FREITAS, 2017, p. 2).

Rubbi, Batista e Freitas (2017) citam a Chechênia, umas das Repúblicas da Federação Russa, como sendo uma das áreas do país de maior violência contra pessoas LGBTQIA+, influenciados pelo discurso do presidente. No local foram noticiados campos de concentração para pessoas *queer*, com ações de agressividade e encarceramento pelo simples ato de ser. Embora inaceitável, o discurso de Putin também é decorrente do reconhecimento tardio de minorias sexuais na Rússia, com a descriminalização da homossexualidade em 1993, e a desconsideração como doença mental apenas em 1999. A resposta de Putin para os abusos contra homossexuais foi a de que eles “não existem” na região. Além do exposto, a Rússia retirou sua assinatura do Estatuto de Roma em 2016 (RUBBI; BATISTA; FREITAS, 2017).

Algumas organizações francesas, inclusive, já apresentaram queixas contra o presidente da Chechênia, Ramzan Kadyrov, no TPI pelos atos de “genocídio” praticados, destacando que são atos influenciados pelo próprio.

Nesse sentido, instiga-se a busca de compreensão dos fatos e das vacâncias legais que importem para o alcance deste estudo, sob a hermenêutica *queer* e seus princípios, buscando por uma compreensão de gênero mais plural dentro do Estatuto de Roma, e a possibilidade de punição perante o TPI, de forma que não se possa negar o caráter criminal de condutas e omissões como estas. Como destacado por Gorisch (2013, p. 95): “O direito humano fundamental do direito à vida é atingido, quando não protegemos o direito de exercer a sexualidade. Ceifar isso de um ser humano é perverso e degradante”. Especialmente, quando encabeçadas pelas pessoas que deveriam defender referidos sujeitos, como os próprios chefes de Estado, sendo, portanto, importante analisar a possibilidade de sanção individual para aqueles que incitam e contribuem para a degradação de direitos das pessoas sob sua tutela e de toda a sociedade internacional.

Dessa forma, constituindo uma correção do momento de legislação do documento internacional, em que as populações diversas da normatividade foram ignoradas (e em decorrência disso sofrem consequências), o estudo aprofundado nas ideologias dos tempos da legislação original colocadas em paralelo com as teorias atuais, como as *Teorias Queer* (tópico pós-estruturalista) é indispensável enquanto ferramenta de avanço jurídico.

#### 4. Conclusão

O exercício do poder é vetor para a construção das relações em sociedade, devendo considerar os cidadãos dentro de sua multiplicidade, especialmente naquilo que se tratar de pessoas como sujeitos de direito. Sendo perceptível em diversos âmbitos as violações direcionadas às pessoas que não se encaixem na matriz heterossexual vigente, seja pela ação ou pela omissão,



causada por pessoas horizontalmente semelhantes em direitos ou hierarquicamente superiores em política – com obrigações de proteção geral.

Nesse sentido, as *Teorias Queer* auxiliam ao reconhecer que as instituições sociais são influenciadas por uma noção binária de gênero e de sexualidade, culminando em um meio heteropatriarcal que define o que é aceito e o que é digno de proteção. O Direito não está isento desta influência, considerando a sua construção em torno dos mesmos ideais excludentes, com a perpetuação de ordenamentos jurídicos e tratados internacionais entre os Estados que contemplam apenas uma parcela das pessoas com características específicas. Conseqüentemente, a paralelidade Direito/sociedade cria uma mentalidade preconceituosa e cíclica que não se finda.

O Direito Internacional não se apresenta de maneira diferente, aqui em análise o texto legal do Estatuto de Roma, que dá a possibilidade de punição de indivíduos que pratiquem crimes que afetem a segurança internacional. Porém o referido tratado cria precedentes que excluem a comunidade LGBTQIA+ como sujeitos de direito e torna invisível a ação e a omissão de líderes políticos com cunho violatório.

Pela inquirição acerca da possibilidade de ampliação do conceito de gênero pelo Estatuto de Roma a partir das teorias queer, tem-se um resultado deveras positivo. Por conseguinte, espera-se que com o desenvolvimento de novos ideais sociais, o surgimento de novas identidades de gênero e da evolução do Direito em função de proteger os direitos básicos e inerentes de todas as pessoas, que ocorra, ao menos, uma mitigação das violências contra pessoas de orientação sexual e identidades de gêneros diversas. Sendo aqui proposto o início de tal jornada pelo Direito Internacional, competente para proteger, mas também para influir no pensamento da sociedade internacional em uma construção jurídica que vise a liberdade e a igualdade.

## Referências

ATEHORTÚA, Angie Katherine García; FONSECA, Jaime Andrés Contreras; REY, Nicolás Eduardo Buitrago. Las perspectivas del post-estructuralismo y de la teoría queer. In: **La función de la Corte Penal Internacional: Visiones Plurales desde una perspectiva interdisciplinar**, v. 15, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BORRILLO, Daniel. Por uma teoria queer do direito das pessoas e das famílias. In: BORRILLO, D. **Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer**. Porto Alegre: Editora da UFCSPA, 2018. p.45-77.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. Actos performativos e constituição de gênero. Um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista. In: MACEDO, Ana Gabriela; RAYNER, Francesca (Org.). **Gênero, cultura visual e performance**. Antologia crítica. Minho: Universidade do Minho/Húmus, 2011.

DOS REIS, Neilton; PINHO, Raquel. GÊNEROS NÃO-BINÁRIOS: IDENTIDADES, EXPRESSÕES E EDUCAÇÃO. **Reflexão e Ação**, v. 24, n. 1, p. 7-25, 28 abr. 2016.

DUTRA, Livia Almeida; SILVA, Marcella Miranda da. A Estruturação das políticas sociais decorrente da organização do movimento LGBTQ. In: ALMEIDA, Flávio Aparecido de (Org.). **Políticas públicas, educação e diversidade: uma compreensão científica do real**. Guarujá, SP: Científica Digital, 2020, p. 75-89.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “SÊ PLURAL COMO O UNIVERSO!”: A multiplicação dos Tribunais Internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes [sic] do Direito Internacional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, a. 8, n. 33, p. 7-27, outubro-dezembro, 2000.

GOMES, Camilla de Magalhães. Os sujeitos do performativo jurídico—relendo a dignidade da pessoa humana nos marcos de gênero e raça. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, p. 871-905, 2019.

GORISCH, Patrícia Cristina Vasques de Souza. **O reconhecimento dos direitos LGBT como direitos humanos**. Orientador: Gilberto Marcos Antonio Rodrigues. 2013. 102 f. Dissertação (Mestrado) - Direito Internacional, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Universidade Católica de Santos, São Paulo, 2013.

HERMANN, Nádia. **A questão do outro e o diálogo**. Revista Brasileira de Educação. Rio de Janeiro. v. 19, n. 57, 2014.

LIMA, Renata Mantovani; BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MISKOLCI, R. **Teoria queer: um aprendizado pelas diferenças**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

PEDRA, Caio Benevides. **Direitos LGBT: A LGBTfobia estrutural na arena jurídica**. Belo Horizonte, 2018.

RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. O que é LGBTfobia? In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; BRÊNER, Paula Rocha Gouvêa. (Orgs.). **Gênero, sexualidade e direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016, p. 183-192.

RUBBI, G. S.; FREITAS, U. P. ; BATISTA, L. C. . A homofobia extraoficial presente no discurso de Vladimir Putin: repercussões e impactos na sociedade e na comunidade LGBT. In: **V Semana de História do Pontal/ IV Encontro de Ensino de História**, 2017, ITUIUTABA. V SHP, 2017.

SANTOS, Filipa Gonçalves Marques Ferro dos Santos. **A utilização da violência sexual enquanto arma ou método de guerra**. Orientador: Francisco Aguilar. 2019. 119 f. Dissertação (Mestrado) - Direito e Prática Jurídica, Especialidade em Direito Penal, Faculdade de Direito: Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

SILVA, Danler Garcia. **Discurso judicial e criminalização da homotransfobia no Brasil**: ponderações desde uma teoria e criminologia queer. 2020. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TPI. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

Artigo recebido em: 21/05/2022.

Aceito para publicação em: 11/01/2023.

# Traficante ou Usuário: A discricionariedade do delegado de polícia na aferição dos delitos da lei de drogas e sua consequência nos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

*Drug dealer or user: the policy delegate's discretion in the affection of drug law offices and their consequences in the judges of the Santa Catarina Court of Justice*

*Christiane Heloisa Kalb<sup>1</sup>*

*Marcos Guilherme Dorneles Staub<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente artigo objetiva investigar em que medida o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) mantém as condenações em primeiro grau em crimes de drogas afim de descobrir qual a influência sofrida pelo modo em que a decisão das autoridades policiais no momento da instauração do inquérito policial influencia o resultado final do processo crime. Para tanto, investigou-se, primeiramente, a história do proibicionismo em escala global, visando ao entender suas repercussões na legislação brasileira. Após, foi analisado a evolução legislativa brasileira acerca do tema, até chegar na legislação vigente, promulgada em 2006, buscando compreender todas as ilegalidades e desrespeitos aos direitos fundamentais, bem como o seu real impacto na política criminal brasileira. Tendo em vista que os crimes de drogas são os grandes responsáveis pelo volumoso nível de encarceramento, se analisou em que medida o Tribunal de Justiça de Santa Catarina contribui com esse número, ao manter as condutas imputadas em primeiro grau. Para tanto, se utilizou o método de pesquisa de revisão bibliográfica e análise de julgados, onde foram analisados 197 julgados, no período de janeiro de 2019 até janeiro de 2020, através do sistema de consulta processual do TJSC. Por ora, o que se percebe é que o Tribunal manteve todas as condenações de primeiro grau por tráfico de drogas, mostrando o

---

<sup>1</sup>Docente da Faculdade Cesusc mantida pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina no Curso de Direito - Florianópolis. Pós-Doutora em Ciências Humanas, PPGICH, UFSC (2018). Doutora em Ciências Humanas (DICH), na UFSC - Florianópolis/SC (2013-2017). Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade, pela Univille - Joinville (2012). Cursos especialização em Direito civil e processo civil, pela ACE - Joinville. Advogada atuante em Santa Catarina - OAB/SC 25.946. Formação em Direito (2006), Univille. Coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Público e Teoria Social - Virtù, Núcleo de Acesso à cidadania e justiça e co-coordenadora do Núcleo de Atividades do Tribunal do Júri; da Faculdade CESUSC.

<sup>2</sup>Graduando do curso de Direito, Faculdade CESUSC. Estagiário desde abril de 2019 na Defensoria Pública de Santa Catarina. Membro do Grupo de estudos e pesquisa de Direito Público e Teoria de Estado - Virtù, Faculdade CESUSC. Bolsista art. 170 da Constituição Estadual de Santa Catarina - iniciação científica.

quanto o momento em que é deflagrado o Inquérito policial exerce papel fundamental no resultado do processo.

**Palavras-chave:** direito penal. lei de drogas. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. discricionariedade.

**Abstract:** This article aims to investigate the extent to which the Santa Catarina Court of Justice (TJSC) maintains first-degree convictions in drug crimes in order to discover the influence suffered by the way in which the decision of the police authorities at the time of the investigation police influence the final outcome of the crime process. To do so, we first investigated the history of prohibitionism on a global scale, in order to understand its repercussions on brazilian legislation. Afterwards, the brazilian legislative evolution on the subject was analyzed, until reaching the current legislation, enacted in 2006, seeking to understand all the illegalities and disrespect for fundamental rights, as well as their real impact on brazilian criminal policy. In view of the fact that drug crimes are largely responsible for the high level of incarceration, we analyzed the extent the Santa Catarina Court of Justice contribute to this number, by maintaining the conduct imputed in the first degree. To this end, we use the bibliografy review methodology and jugdes analyses of 197 judges were analyzed, from January 2019 to January 2020, through the TJSC procedural consultation system. For now, what can be seen is that the Court maintained all first-degree convictions for drug trafficking, showing how the moment when the police investigation is launched plays a fundamental role in the final outcome of the process.

**Keywords:** criminal law. drug law. court of justice of Santa Catarina. discretion.

## 1. Introdução

*A Justiça criminal é implacável  
Tiram sua liberdade, família e moral  
Mesmo longe do sistema carcerário  
Te chamarão para sempre de ex – presidiário  
Racionais MC's*

O projeto desta pesquisa<sup>3</sup> tinha como objetivo investigar inicialmente se existia algum padrão utilizado pela autoridade policial da Central de Plantão Policial da Comarca de Florianópolis – SC no momento da instauração do Auto de Prisão em Flagrante para diferenciar as condutas de uso e tráfico de drogas. No entanto, tendo em vista a pandemia do novo coronavírus, foi necessário alterar a metodologia de pesquisa, cancelando as

---

<sup>3</sup> Esta pesquisa foi financiada pela bolsa de iniciação científica do art. 170 da Constituição Estadual do Estado de Santa Catarina e lei complementar estadual n. 420/2008 para o primeiro autor, tendo como orientadora a segunda autora.

visitas presenciais à central passando a analisar os julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). Ressalta-se, no entanto, que a problemática da pesquisa se manteve, qual seja: Analisar em que medida a influência exercida pela discricionariedade policial no momento de auferir as condutas tipificadas na Lei de drogas exercem resultados diferentes sobre a condenação do investigado.

Primeiramente, investiga-se o contexto do proibicionismo internacional, desde sua origem nas primeiras décadas do século XX, até os tratados internacionais que influenciam diretamente a legislação brasileira, buscando identificar o processo em que foi instaurado o paradigma proibicionista global.

Em seguida, analisou-se a evolução legislativa acerca do tema de drogas no Brasil, abordando os sistemáticos desrespeitos aos direitos fundamentais que circundam a temática, bem como os efeitos produzidos por esse processo na legislação vigente.

As estratégias de investigação se tratam através do método de revisão bibliográfica, análises estatísticas e de conteúdo dos 197 julgados pesquisados, no período de janeiro de 2019 até janeiro de 2020, através do sistema de consulta processual do TJSC, pretendemos investigar a hipótese de que o Tribunal de Justiça mantém as condutas imputadas em primeiro grau, raramente desclassificando crime de tráfico para a conduta de uso de drogas.

O artigo foi dividido em 4 capítulos, assim intitulados: A proibição global, O proibicionismo brasileiro, Traficante ou usuário? E Análise dos dados e ao final, as considerações finais.

## 2. A Proibição Global

As drogas tornadas ilícitas acompanham o homem há séculos, no entanto, o controle sobre estas substâncias é muito mais recente,

concretizando-se nas primeiras décadas do século XX, com as primeiras previsões legais de crimes e suas respectivas penas. É relatado o uso até mesmo na Idade Média, quando historiadores identificaram diferentes modos de uso social das drogas. Dessa forma, nas classes baixas, o uso era considerado desesperado e famélico e, nas classes altas, o uso de drogas se fazia através do consumo de especiarias em busca de remédios exóticos (BOITEUX, 2006).

Apesar de não ser possível precisar o real motivo do surgimento das políticas proibicionistas internacionais, Valois (2019) afirma que o aspecto religioso deve, necessariamente, ser incluído como um dos elementos básicos para a compreensão das suas origens. Com o advento do colonialismo, sob influência da Igreja Católica, a utilização das plantas como forma de medicamento foi suprimida com uma cultura de imposição dos colonizadores. Isto através da catequização dos nativos das terras americanas (BOITEUX, 2006).

Como consequência direta da guerra do ópio na China, o tema de controle das drogas tomou corpo, destacando-se a Conferência de Xangai de 1909. Nesse evento, reuniram-se representantes de treze países, onde os europeus aceitaram a proposta americana de restringir o negócio do ópio apenas para fins medicinais (BOITEUX, 2006). Essa Conferência esboçou um sistema de cooperação internacional em temas tangentes às drogas, que, por sua vez, ocasionou na primeira Convenção sobre o ópio de 1912, incitando o controle de drogas psicoativas motivados pelo ímpeto proibicionista norte-americano, bem como, inaugurou a prática de encontros diplomáticos referentes ao controle de drogas psicoativas (BOITEUX, 2006).

Assim, também motivados pelo pulso proibicionista estadunidense, durante a *National Drug Trade Conference*, em 1913, foi elaborado o *Harrison Act*, que se tratava de uma lei que visava o regulamentar a distribuição de substâncias, para que continuassem sendo fabricadas e utilizadas somente de acordo com as prescrições médicas (VALOIS, 2019). Esse novo modelo

instaurado pelos Estados Unidos influenciou também a legislação de drogas na França e no Reino Unido, com o *Dangerous Drug Act*, de 1920 (BOITEUX, 2006).

As discussões acerca da temática de drogas não se restringiam apenas ao ambiente diplomático e legislativo. Nos Estados Unidos, grupos sociais clamavam pela moralização do país por meio de políticas que pudessem banir as práticas que consideravam imoral ou corruptoras das virtudes puritanas (RODRIGUES, 2008). Um dos efeitos trazidos por essa norma foi a formação do paradigma proibicionista norte americano, tendo em vista que, por se tratar de uma lei vaga e estruturada sob bases morais, a livre interpretação desta permitiu o avanço do poder policial sobre os médicos que prescreviam essas drogas.

Outro efeito advindo do *Harrison Act* foi o aumento da procura de drogas no mercado clandestino, uma vez que os médicos que antes forneciam as prescrições passaram a ter medo das reprimendas estatais, obrigando os pacientes que as utilizavam a procurar meios alternativos de manter seus tratamentos (VALOIS, 2019). O *Harrison Act* buscava proibir expressamente qualquer uso de psicoativos sem finalidades médicas, além de impor um severo controle sobre a circulação de ópio e seus derivados, até mesmo em sua indicação a um paciente. Foi, pois, com o advento desse que houve a criação da figura do traficante e do viciado (BOITEUX, 2006).

Como resultado desse movimento de inibição ao uso de drogas que fora instaurado pela referida legislação, apenas nos doze anos seguintes à sua entrada em vigor, cerca de 25 mil médicos foram presos sob acusação de venda ilegal de drogas, com 3 mil condenados e milhares tiveram suas licenças revogadas (VALOIS, 2019). Porém, foi com a elaboração da décima oitava emenda constitucional norte americana, em 1919, que foi criada a primeira norma realmente proibicionista, conhecida como *volstead Act* ou também como Lei Seca, que visava o proibir a produção, circulação, armazenagem,



venda, importação, exportação e consumo de álcool em todo os Estados Unidos. Portanto, concretizando a máxima proibicionista norte-americana.

O objetivo da Lei Seca era negar a existência do uso de entorpecentes. No entanto, conforme Thiago Rodrigues:

(...) O resultado imediato dessa proibição é bastante conhecido e comentado: o efeito automático da Lei Seca não foi a supressão do álcool e dos hábitos a ele associados, mas a criação de um mercado ilícito de negociantes dispostos a oferecê-lo a uma clientela que permanecia inalterada. Em gostos, mas agora diferente, pois ilegal, criminosa. Produziu-se um campo de ilegalidades novo e pujante; inventou-se um crime e novos criminosos; e o álcool, talvez para angústia dos proibicionistas mais dedicados, não deixou de ser consumido. Assim, se ele permanecia procurado e vendido era preciso, então, aplicar a lei (2008, p. 94).

Dessa maneira, as políticas antidrogas voltaram-se rapidamente àqueles tidos como desviantes, como explica Becker abaixo:

Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal (2008, p. 21-22).

Ou seja, o uso das substâncias que passaram a ser consideradas ilícitas era comum entre grupos que agora seriam considerados ‘perigosos’, sendo esses criados ou escolhidos pela sociedade (BECKER, 2008). O sociólogo americano Howard Becker, representante de uma segunda fase da Escola de Chicago (tendo sua 1ª fase iniciada nos anos vinte), publicou na década de 1960 a obra *Outsiders: estudo de sociologia do desvio*. Esse estudo nos interessa, especialmente, pela proposta feita por Becker, no sentido de afirmar que o desvio social é um fenômeno muito mais comum do que aparenta ser. Além de confirmar a ideia de que é um erro pensar que os desviantes sociais são seres patológicos.

Percebe-se, portanto, a rápida alteração do paradigma sobre o qual foi pautado a questão das drogas. Uma vez que o que era tido inicialmente como questão de saúde pública, tornou-se uma questão de segurança, de norma

incriminadora. Conforme ensina Thiago Rodrigues (2008, p. 96): “A partir do instante em que determinados grupos são diretamente associados a um crime, qualquer que seja sua natureza, o aparato coercitivo estatal volta-se contra ele sob a justificativa de aplicar a lei”.

Com a Lei Seca de 1919, os lucros das máfias atuantes no mercado negro aumentaram drasticamente, sem obter qualquer redução no consumo, pois transferia-se o trânsito desses produtos, agora ilícitos, para bares e locais clandestinos (BOITEUX, 2006).

A partir de 1945, pós-guerra, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), foi realizado um grande esforço para a padronização dos tratados internacionais acerca da temática das drogas, o que levou a um único modelo de tratamento das drogas psicoativas no mundo (RODRIGUES, 2008). As três Convenções das Nações Unidas, a Convenção única sobre entorpecentes (1961), o Convênio sobre substância psicotrópicas (1971) e a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, ocorrida em Viena em 1988, sobre o tema criaram no decorrer de mais de três décadas, a obrigação de implementar, dentro da ONU, órgãos encarregados de controlar a evolução mundial do fenômeno do abuso e do tráfico de drogas, monitorando o cumprimento das obrigações pelos Estados-Membros.

Em 1961, foi realizada a primeira Convenção Única sobre Entorpecentes, das Nações Unidas sobre o tema, que foi, à época, considerada um grande feito na história dos esforços internacionais para alcançar o controle sobre as drogas. Nessa convenção, foi se instituindo um amplo sistema internacional de controle, atribuindo aos Estados a incorporação de medidas ali previstas em suas legislações nacionais, bem como reforçar o controle sobre a produção, distribuição e comércio de drogas (BOITEUX, 2006). Em verdade, a referida convenção marca o início de um movimento de militarização da segurança pública, com a delegação de legitimidade da

repressão às agências de controle norte-americanas sobre as drogas (CARVALHO, 2001).

Em 1988, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida também como Convenção de Viena, foi assinada e, após, promulgada no Brasil, em 1991, pelo Decreto 154, de 26 de junho (BOITEUX, 2006). Tal sistema dependia da participação dos Estados que se comprometem a elaborar e implementar tratados, sob o cuidado das Nações Unidas, que elaboram os modelos de controle das substâncias.

A Convenção de Viena de 1988 é considerada a base do regime punitivista atual (VALOIS, 2019). Isto pois se trata de um instrumento que pretende combater organizações de traficantes através da ampliação das hipóteses de extradição, cooperação internacional, e o confisco de ativos financeiros de traficantes. Tal instrumento tinha como intenção se opor ao poder militar, econômico e financeiro alcançado pelo tráfico ilícito. Apesar do fracasso das políticas anteriores, que ajudaram a criar e fortalecer grupos voltados à narcotraficância e forjar o pensamento de que a questão de drogas só pode ser tratada com combate. A nova convenção insiste no mesmo modelo proibicionista norte-americano acima mencionado, e, até mesmo apresentando enorme regressos para a política de drogas, como, pela primeira vez, criminalizar a posse para consumo.

Ao analisar a convenção de Viena, após 10 anos de sua promulgação, Jimmy Furule (1998) conclui que a cooperação prevista se tratava de uma ilusão, tendo em vista que os acordos bilaterais entre os Estados Unidos e os demais países não são fortes o suficiente e o fato de que os Estados Unidos recusam-se a aceitar a Corte Internacional de Justiça como órgão competente para sanar conflitos no tangente à aplicação da Convenção também é um complicador. Foi com esse instrumento que se internacionalizou de forma definitiva a política americana de guerra às drogas (BOITEUX, 2006).

Após analisarmos o contexto internacional em que foi instaurado o paradigma proibicionista, agora, se questiona sobre o processo histórico e consequentes atos normativos construídos sobre o que é droga em nosso país.

### 3. O Proibicionismo Brasileiro.

A legislação brasileira, bem como o proibicionismo global, acerca do tema de drogas foram marcadas por uma constante e grande ânsia punitivista. Desde a primeira aparição em legislação nacional, todo o tocante às drogas sempre foi tratado com penas desmedidas e recrudescidas.

No Brasil, a primeira aparição do tema das drogas em matéria penal se deu no Código Penal do Império, em 1830, que, apesar de não trazer em seu texto a criminalização de uso das substâncias, previa a regulamentação da venda de medicamentos e substâncias, como medida de políticas sanitárias (GRECO FILHO; RASSI, 2008).

O advento do Código Penal de 1890 manteve o princípio regulamentador, uma vez que, em seu artigo 159, criminaliza a conduta de ministrar e expor à venda:

Art. 159. Expor á venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena- de multa de 200\$000 a 500\$000 (BRASIL, 1890).

Em 1921, inspirado na primeira ação internacional que visava o promover uma proibição coordenada sobre as drogas, sistematizada pela Liga das Nações em Haia (KARAM, 2009), no Brasil, entrou em vigor o Decreto número 4.294, que buscava punir o comércio de “substâncias de qualidade entorpecentes” (BARROS; PERES, 2011).

Foi somente com o advento da Consolidação das Leis Penais, em 1932, que o Brasil adotou um tipo de política criminal voltadas às drogas. Assim, ao assumir o compromisso resultante da primeira Conferência Internacional do

Ópio, de 1912, mencionada no capítulo anterior, o Brasil passou a fiscalizar o consumo de drogas em território nacional (GONÇALVES, 2012).

A referida lei trazia, também em seu artigo 159, a definição do que se considerava com crime de tráfico ilícito de drogas:

Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias: Pena – de prisão cellualar por um a cinco annos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000. § 1º. Quem for encontrado tendo comsigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substancia tóxica, de natureza analgésica ou entorpecente, seus saes, congêneres, compostos e derivados, inclusive especialidades farmacêuticas correlatas, como taes consideradas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica, em dóse superior á therapeutica determinada pelo mesmo Departamento, e sem expressa prescrição medica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer, para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substancias: Penas – de prisão cellualar por três a nove mezes e multa de 1:000\$ a 5:000\$000 (PIERANGELI, 2001, apud AVELINO, 2010).

Percebe-se que, desde a primeira legislação de drogas nacional, as condutas de tráfico e uso de drogas recebiam tratamentos diferentes, ou seja, já existia a diferenciação das condutas de tráfico e uso (GONÇALVES, 2012). Ainda, com a edição do Decreto nº 891/38, o Brasil assumiu a postura de interdição civil e internação compulsória sobre aqueles que fizessem o uso de substâncias tornadas ilícitas (GONÇALVES, 2012). E, desde então, deixou claro o viés punitivista acerca do tema.

Com o surgimento do Código Penal de 1940, promulgado por Getúlio Vargas e com base abertamente fascista, por ter sido inspirado no Código Penal Italiano de 1930, sob o título de Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente, o crime de tráfico de drogas foi tipificado como:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo Substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis (BRASIL, 1940).

Já em 1971, após o período de 2ª Guerra Mundial, e, no Brasil, durante o período de ditadura militar, foi elaborada a Lei nº 5.726, a qual mudou o paradigma da política de drogas, tendo em vista que passou a diferenciar a comercialização da posse de drogas. Além disso, apresentou medidas preventivas e repressivas em relação à comercialização das substâncias, política adotada até hoje (GONÇALVES, 2012). Destaca-se que essa lei é outro exemplo do punitivismo desenfreado que cerca a temática de drogas, tendo em vista que trouxe consigo medidas profundamente repressivas, como o oferecimento de denúncia mesmo sem qualquer substância (BARROS; PERES, 2011).

Em 1976 foi editada a Lei 6.368 que, conforme Guimarães (2003), era dividida em cinco capítulos, sendo estes; dos crimes e das penas, prevenção, tratamento e da recuperação, do procedimento criminal. Dessa forma, adotou-se a política de prevenção, tratamento e repressão às drogas.

Em seu artigo primeiro, a referida Lei traz a responsabilidade geral para a prevenção do uso das drogas:

Art. 1º É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determine dependência física ou psíquica (BRASIL, 1976).

Conforme elucidado por Greco Filho e Rassi (2008), a Constituição de 1988 criou mecanismos para a contenção do tráfico, o categorizando como crime inafiançável em seu art. 5º, XLIII, bem como insuscetível de graça e anistia. Com isso, a Lei dos Crimes Hediondos de 1990 – n. 8.072, em mais uma demonstração da ânsia punitivista estatal, vedou a concessão de benefícios àqueles acusados pelo crime de tráfico de drogas, tais como, liberdade provisória e penas restritivas de direito.

Como lembra Monteiro (2008), o legislador, em sua ânsia para punir os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, causou, em

verdade, dificuldades aos aplicadores do Direito, tendo em vista que a referida lei causou inúmeras polêmicas quanto à sua aplicabilidade, em especial aos crimes trazidos pela Lei de Tóxicos.

Já em 2002, houve uma nova tentativa de repressão ao tráfico, conforme Guimarães (2003), a política criminal adotada pela Lei 10.409/02, promulgada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, consubstanciou-se nas políticas de prevenção, tratamento, repressão e na política de erradicação. A nova lei passou a vigorar em conjunto com a Lei de Crimes hediondos, dando um tratamento mais rigoroso ao crime de tráfico. Outra modificação foi a colaboração na repressão ao uso de drogas tornadas ilícitas.

Em 23 de agosto de 2006, foi promulgada pelo, na época, presidente Luis Inácio Lula da Silva, a Lei 11.343/06, revogando as duas leis anteriores e permanecendo em vigor algumas Leis promulgadas na vigência das referidas legislações revogadas (GONÇALVES, 2012).

Segundo Grego Filho e Rassi (2008) a vigente Lei de Drogas apresenta como política criminal a instituição do Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas, com diretrizes visando à prevenção do uso, inserção social de usuários e a repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas tornadas ilícitas. A nova legislação causou controvérsia, pois previa, em seu artigo 44, a vedação da concessão de liberdade provisória em casos de tráfico de entorpecentes, em evidente desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

No entanto, a matéria foi discutida no Supremo Tribunal Federal (STF) anos após, no julgamento do Habeas Corpus 104.339, em maio de 2012, por meio de decisão da maioria do Plenário, foi declarada a inconstitucionalidade do referido artigo. Portanto, o STF assegurou que seria necessário analisar os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, não sendo possível o juiz decretar a prisão preventiva sob o argumento da vedação da lei à liberdade provisória (BARROS; PERES, 2011).

A atual lei foi apresentada como um suposto avanço nas políticas de drogas, por reduzir a pena de prisão contra o delito / conduta de uso de drogas, em seu artigo 28:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.(BRASIL, 2006).

No entanto, conforme elucidado por Maria Lucia Karam (2008), a nova lei não trouxe qualquer alteração substancial, até porque ainda segue as mesmas diretrizes dadas pelas proibicionistas convenções internacionais da qual o Brasil é signatário. Ou seja, a nova lei, seguindo a tradição da evolução legislativa brasileira acerca da temática de drogas, é marcada por uma profunda negação de direitos fundamentais.

Com o advento da nova legislação, a pena mínima para o crime de tráfico de drogas foi aumentada de 3 para 5 anos, o que, revela a desmedida pretensão punitiva da referida legislação. Ainda, em uma loucura punitivista, a lei viola o princípio da proporcionalidade ao equiparar o fornecimento gratuito ao tráfico, conforme expõe o art. 33, §3º.

Ora, o crime de tráfico implica uma atividade econômica e, conforme Maria Lucia Karam (2008) afirma, a Lei 11.343/06 somente distingue a conduta de quem eventualmente oferece a droga tornadailícita, sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para um consumo conjunto, prevendo uma pena mais leve. Ou seja, essa diferenciação, condicionada à finalidade de um consumo conjunto, leva à situação de se tratar como traficante quem oferece ou fornece gratuitamente, mas não pretende consumir.

Após compreender a evolução legislativa do Brasil acerca do tema de drogas, englobando as diversas ilegalidades e desrespeitos aos direitos



fundamentais que tangem o tema, passaremos a analisar a repercussão da vigente Lei de Drogas.

#### 4. Traficante ou Usuário?

O crime de tráfico de drogas é um dos maiores responsáveis pelo encarceramento em massa que ocorre no Brasil, especialmente após a entrada em vigor da lei de tóxicos de 1976 e em pior escala, após a lei de drogas de 2006, sendo responsável por 20,28% de toda a população carcerária brasileira, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2019). Diante desse cenário, torna-se visível a relevância da Lei de Drogas na política de superencarceramento vigente no Brasil.

Um dos fatores que gera tal fato decorre de que a lei não traz parâmetros objetivos para o aferimento das condutas de tráfico ou uso de entorpecentes, o que deixa tal decisão completamente à discricionariedade da autoridade policial, no momento em que é lavrado o Auto de Prisão em Flagrante (VALOIS, 2019).

A figura do usuário é encontrada no art. 28 da Lei 11.343/06, a qual imputa esta qualidade para aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, drogas para consumo pessoal. Já a tipificação do tráfico de drogas, presente no art. 33 da mesma lei, enquadra o traficante como aquele que importa, exporta, remete, prepara, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, tem em depósito, transporta, traz consigo, guarda, prescreve, ministra, entrega a consumo ou fornece drogas, ainda que gratuitamente (BRASIL, 2006).

Percebe-se, ainda, que, apesar do extensorol de condutas tipificadas no artigo 33, em verdade, a única diferença entre o traficante e usuário se encontra no destino da substância tornada ilícita, não sendo apontados critérios objetivos que possam diferenciar as condutas previstas na Lei de

Drogas. Apesar de não ter critérios objetivos para diferir os delitos, a abordagem que a lei traz para esses é bem diferente, sendo que, para o crime de tráfico, a pena mínima é de 5 anos e, para o usuário, esse estará submetido a três penalidades *sui generis*: advertência sobre o uso de drogas, prestação de serviços à comunidade e, por fim, medida educativa (BRASIL, 2006).

Dessa maneira, a consequência prática da falta de regulamentação quanto aos critérios que diferem a caracterização para uso e para tráfico, conforme exposto por estudo realizado pelo Núcleo de Pesquisa em Criminologia e Política Penitenciária (NUPECRIM) vinculado à Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná (2012), é que ora pessoas são condenadas por trazer drogas consigo para consumo pessoal e submetidas às alternativas penais previstas em lei, ora são processadas ou condenadas como traficantes por trazer consigo a droga, a uma pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e multa, mas sem que o juiz tenha condições de julgar com convicção plena e com base em regulamentação oficial se, em razão da quantidade da droga apreendida, era ou não destinada ao consumo pessoal.

No estudo supracitado, realizado pela Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná (2012), chegou-se à conclusão de que o grande fator para essa situação está no fato de que, ao contrário de diversos países, o Brasil não apresenta diretrizes para fixar a quantidade considerada razoável para um usuário de drogas. Portanto, buscou-se analisar os parâmetros utilizados por outros países para que pudessem obter um diagnóstico de quantidades razoáveis a ser consideradas como destinadas ao uso pessoal.

Através dessa análise, chegou-se aos seguintes números:

PAÍS	QUANTIDADE PERMITIDA – Maconha /Cocaína
Alemanha	De 6 a 30 g* (Maconha) / 50mg (Cocaína)
Áustria	2g (Maconha) / 1.5g (Cocaína)
Bélgica	3g (Maconha) / Não Disponível
Dinamarca	10g (Maconha)/ Não Disponível
Estônia	50g (Maconha)/ 1g (Cocaína)
Finlândia:	15g (Maconha)/ 1.5g (Cocaína)
Países Baixos:	5g (Maconha)/ 0.2 g (Cocaína)
Portugal	2,5g** (Maconha)/ 0.2g ** (Cocaína)

**Fonte:** Secretaria da justiça, cidadania e direitos humanos do Paraná (2012).

Percebe-se que, mesmo que alguns países tenham adotado postura mais restritiva em relação à quantidade de droga permitida, por exemplo Áustria e Portugal, que permitem 2g e 2,5g de maconha respectivamente, outros Estados possuem posição mais liberal em relação às drogas. Por exemplo, Dinamarca e Finlândia definiram como critério 10g e 15g de maconha, respectivamente ou, com posição ainda mais abrangente, a Estônia permite a posse de 50g de maconha e 1g de cocaína.

Evidente, portanto, que o Brasil, seguindo o exemplo de diversos países, poderia adotar diferentes posturas ao regularizar as substâncias tornadas ilícitas. Tendo em vista que a falta de critérios objetivos para a distinção dos tipos penais afeta diretamente o alto índice de encarceramento por crimes de drogas.

Nesse sentido, em ampla pesquisa realizada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em conjunto com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (2009), buscou-se investigar a atuação da justiça penal nos delitos de drogas. Para tanto, foi analisado, num período de março de 2008 até julho de 2009, sentenças e acórdãos do Rio de Janeiro e Distrito Federal, bem como acórdãos das cortes superiores (BOITEUX et.al, 2009).

A referida pesquisa analisou 1001 sentenças coletadas, das quais 763 foram condenatórias para delitos de drogas. No distrito Federal, a droga mais apresentada foi a maconha, representando 46,9% das drogas apreendidas, já no Rio de Janeiro, a cocaína ocupou esse espaço, representando 71,1% (BOITEUX et.al, 2009).

No tocante a quantidade de drogas apreendidas, no Distrito Federal a maconha, droga mais apreendida, em 53,9% dos processos analisados, a quantidade da droga era de 10g a 100g, já no Rio de Janeiro, 42,1% dos casos a maconha apreendida também correspondia a essa quantidade, conforme demonstrado abaixo (BOITEUX et.al, 2009).

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1 g	2	1,1%	1,1%
De 1 g a 10 g	12	6,7%	7,9%
De 10 g a 100 g	75	42,1%	50,0%
De 100 g a 1 kg	56	31,5%	81,5%
De 1 kg a 10 kg	24	13,5%	94,9%
De 10 kg a 100 kg	6	3,4%	98,3%
Mais de 100 kg	3	1,7%	100,0%
<b>TOTAL</b>	<b>178</b>	<b>100,0%</b>	<b>-</b>

Fonte: BOITEUX et.al, (2009)

Ou seja, caso o Brasil adotasse parâmetros similares a países que regularizaram a posse/uso de substâncias tornadas ilícitas, uma quantidade significativa de condenações por tráfico de drogas poderia ser evitada.

Portanto, a regulamentação destas substâncias se mostra uma medida urgente a ser tomada, tendo em vista o alto nível de encarceramento, principalmente feminino, que apesar de não o enfoque aqui dessa pesquisa, já que se trata de circunstâncias especiais a serem analisadas, tem dados alarmantes, uma vez que os crimes de drogas são responsáveis por 50,94% das prisões de mulheres (INFOPEN, 2019) e, por muitas vezes, a baixa quantidade de droga apreendida, que pode facilmente ser interpretada como

destinada ao uso do/a acusado/a. Tal necessidade é ainda mais urgente pois, conforme já explicado, a atual legislação sobre o tema não aponta parâmetro algum para a distinção de usuários e traficantes.

A falta de parâmetros na lei prejudica ainda mais a população não branca, uma vez que, segundo levantamento feito em 2017 (INFOPEN, 2017), 63,3% da população carcerária nacional é composta por pessoas de cor/etnia pretas e pardas. Observa-se que os levantamentos mais recentes sobre a situação carcerária brasileira, realizada pelo INFOPEN em 2019 omitiu-se em relação a etnia da população carcerária brasileira.

## 5. Análise dos Dados

Passadas as discussões acerca da importância do tema, bem como as normativas a seu respeito, agora é o momento de se apresentar os resultados dos julgados analisados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na comarca da Capital, compreendendo o período de janeiro de 2019 até janeiro de 2020, aos quais versam sobre prisões em flagrante por crimes da lei de drogas.

Para tanto, foi utilizado o sistema de consulta jurisprudencial, valendo-se das palavras-chaves “flagrante” e “droga”, buscando identificar a posição da referida instância acerca do tema. Ao todo, foram analisados 197 acórdãos<sup>4</sup> de Apelações Criminais originados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sendo que apenas 111 foram contabilizados na pesquisa, por conter relatório dos fatos que deram início ao processo.

Dentre os 111 processos coletados e analisados em sua íntegra, apenas um réu foi condenado por uso de drogas, com todo o restante dos julgados sendo condenado por tráfico em primeiro grau. Destaca-se que tal fato elucida que a discricionariedade exercida pela autoridade policial no momento em que

---

<sup>4</sup> foram analisados os Acórdãos, que são compostos por ementa, relatório, fundamentação e dispositivo, justamente por conter neles a descrição dos fatos que ensejaram o início do processo penal, inclusive o momento em que foi realizado o inquérito policial.

se instaura o Inquérito é o momento em que se decide qual será o curso do processo, uma vez que, os casos enquadrados como uso de drogas são julgados no Juizado Criminal Especial<sup>5</sup>, já que se trata de crime de menor potencial lesivo, não havendo a necessidade de instrução do processo criminal e os casos em que são tratados desde o início pela autoridade policial como tráfico seguem pelo rito comum, até mesmo sendo equiparado aos crimes hediondos. Ainda, em uma única ocasião, dentre os processos analisados, a sentença em primeiro grau readequou a conduta de tráfico para uso, sendo que, em segundo grau, a conduta foi novamente reformada pelo Tribunal *ad quem* para condenar o acusado por tráfico.

Em apenas 6 processos continham mulheres no polo passivo, sendo que em um deles o fato ocorreu dentro de uma penitenciária, onde a ré foi detida por tráfico ao tentar entregar drogas ao seu companheiro, que se encontrava recluso em uma penitenciária. A pequena quantidade de prisões de mulheres condiz com o dado de população carcerária por gênero, em que apenas 4,94% é composta por mulheres, sendo que 50,9% dessa população carcerária feminina se deu por crimes de drogas (DEPEN, 2019), conforme mencionado acima.

Em todos os processos, frisa-se “todos” os casos analisados, as únicas testemunhas do caso eram os policiais militares que realizaram a prisão em flagrante. Apenas em um caso a ocorrência iniciou-se com a tentativa de cumprimento de mandado de prisão. O restante das prisões ocorreu em rondas aleatórias, onde os acusados, segundo os milicianos que deflagraram a prisão, encontravam-se em “atitude suspeita”, sem mais digressões sobre quais seriam tais atitudes, ou com denúncias anônimas na central de atendimento da polícia.

---

<sup>5</sup> Nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95, as infrações de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e crimes que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos (BRASIL, 1995).

O artifício da atitude suspeita é componente de medidas de segurança que foram criadas para punir independentemente da prática de crimes, apontando para a seletividade na prática da implementação dessa medida (BATISTA, 2003). Em pesquisa realizada no estado de São Paulo, foram realizadas diversas entrevistas com policiais para buscar compreender o que esses entendiam como ‘atitude suspeita’, oportunidade em que foram descritos como “um gesto de anormalidade, dependendo do local, é uma atitude suspeita, um cara de terno na favela é normal?! ou foi buscar (droga) ou é envolvido com tráfico” ou “em geral o suspeito muda de comportamento quando a polícia ou a viatura se aproxima” e, até mesmo “no caso do tráfico, normalmente o sujeito usa pochete, moletom, blusa de frio, e que isto já é um indicativo que está escondendo algo” (JESUS, et al., 2011). Os relatos coletados enunciam a discricionariedade contida nas abordagens policiais realizadas, uma vez que se valem apenas de subjetividades e, até mesmo, preconceitos para decidir quais pessoas serão abordadas.

Quanto ao fato de que em todos os processos as únicas testemunhas serem policiais, tal fator esclarece a transformação do poder judiciário em uma máquina de condenações, ao invés de um local de averiguação de fatos (VALOIS, 2019).

Ainda, percebe-se que todos processos iniciaram com a atividade da polícia militar. O mesmo ocorre na pesquisa realizada por Valois (2019), que, ao analisar duzentos e cinquenta autos de inquéritos policiais relacionados a tráfico de drogas, foi identificado que 76,4% dos flagrantes tiveram como condutores agentes da polícia militar.

Nesse sentido, percebemos que em 8 dos processos analisados nessa pesquisa, a quantidade de droga foi medida fora das unidades do sistema métrico de massa (kg, g, mg, etc.), ou seja, valeram-se de termos como “frascos” ou “comprimidos” e, mais recorrentemente, “micropontos” para valorar a quantidade de droga apreendida, sem que fosse possível saber a quantidade exata de substância ilícita contida.

A soma da quantidade de droga apreendidas nos 111 processos analisados é de 96.522.45 gramas, no entanto, em apenas 12 processos a quantidade de substância ilícita apreendida era superior a 1kg. Esses 12 processos, somados, continham 70.761,4 gramas. Ou seja, dentre 111 processos, 12 são responsáveis por 73,31% das drogas apreendidas. Tal fato esclarece que a gritante maioria dos casos são compostos por pequenas quantidades de droga, dificilmente superando a marca de 1kg de substância tornada ilícita.

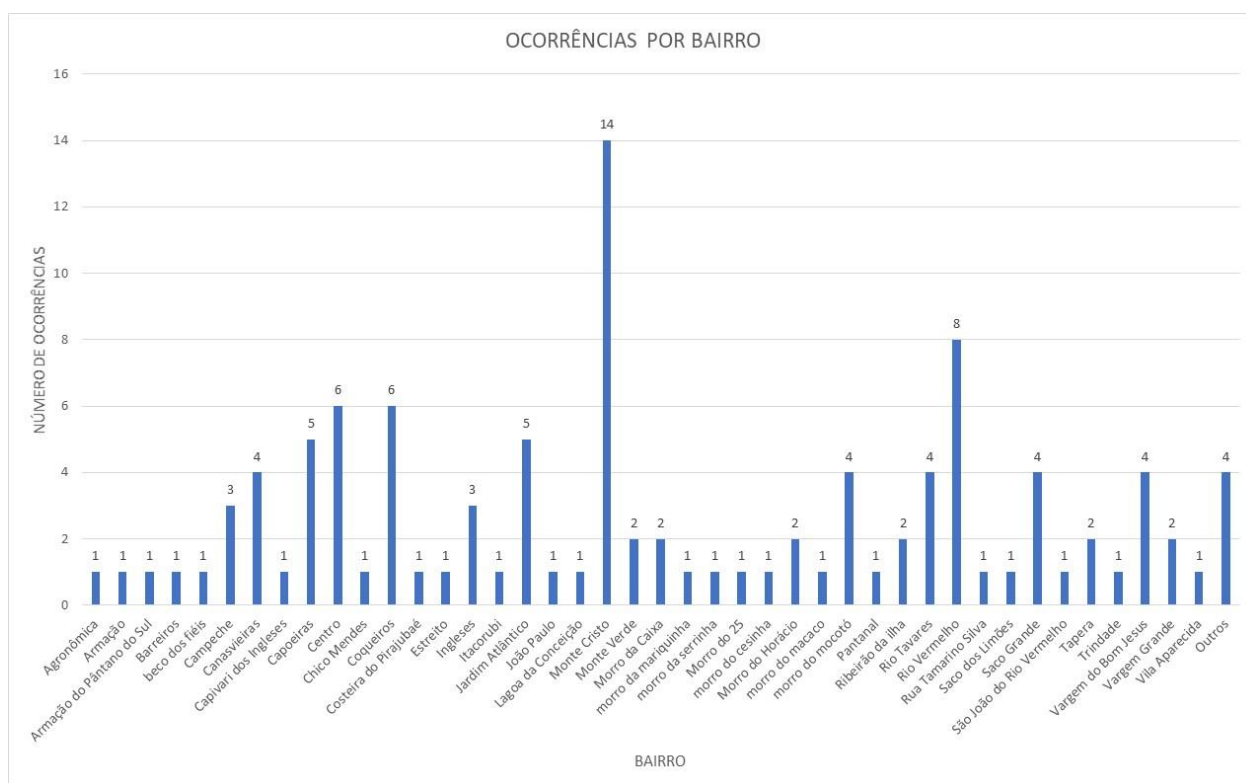
A menor quantidade de droga apreendida foram 2 gramas de ecstasy, tendo o acusado sido condenado por tráfico privilegiado, previsto no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, que concede redução de pena de um sexto a dois terços ao agente que seja primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre facção criminosa. Ao passo em que a maior apreensão foi de 11,7kg de maconha, culminando na condenação do acusado por tráfico.

A droga com maior apreensão recorrente é a maconha, aparecendo em 69,36% dos processos, seguida da cocaína, presente em 62,16% dos processos. O mesmo ocorre na pesquisa realizada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em conjunto com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, que relatou que, no Rio de Janeiro, a maconha aparece como droga com mais apreensões, representando 53,5% dos processos analisados (BOITEUX et.al, 2009). O mesmo ocorre na pesquisa realizada por Valois (2019), que relata que a maconha foi a substância mais apreendida individualmente, compondo 26,8% das apreensões.

Dentre os processos analisados nessa pesquisa, conforme gráfico abaixo, o bairro em que ocorreram mais apreensões é o Monte Cristo, sendo responsável por 14 ocorrências (12,96 %), seguido do bairro Rio Vermelho (8 ou 7,40 %) e, empatados em terceiro lugar, aparecem os bairros Centro e Coqueiros, cada um responsável por 6 das ocorrências analisadas (5,55%).



Ao analisar por regiões, na área compreendida como Grande Florianópolis, fora da ilha, mas ainda na comarca da Capital, é responsável por 41,48%, seguida da região norte e centro, que apresentam a mesma porcentagem (22,34% cada). Em 5 casos o local do fato não foi explicitado como bairro, citando apenas o nome da comunidade como, por exemplo, ‘morro do 25’, localizado no bairro Agrônômica ou ‘morro da caixa’.



**Fonte:** Dados TJSC 2019 a 2020, gráfico realizado pelos autores, 2020.

Em 72,97% dos casos analisados nessa pesquisa, foram apreendidos diversos utensílios juntamente com a substância ilícita, sendo que dinheiro é o mais frequente, estando presente em 42,34% dos processos. Destaca-se que os objetos variam desde armas e munições até blocos de notas, rolo de papel, colheres e até mesmo um frasco de xampu. Observa-se que são objetos apreendidos em condição probatória que auxiliaram na condenação por tráfico, apesar de serem objetos facilmente encontrados num ambiente

domiciliar, não tendo necessariamente conexão com substâncias ilícitas ou com a prática de qualquer conduta tipificada.

## 6. Conclusão

Evidente que o tema que circunda a história da proibição das drogas é marcado por arbitrariedades, racismo e ilegalidades. Desde a primeira aparição de legislações que proíbem substâncias consideradas ilícitas é evidente a sua real intenção: marginalizar povos e culturas.

Tal fato passa a ser ainda mais evidente quando se levam em conta os tratados internacionais, encabeçados pelos Estados Unidos, nos quais instauraram o paradigma punitivista acerca da temática nos demais países signatários.

No Brasil, desde sua primeira aparição, em 1830, no código penal do império, a temática sempre foi tratada com uma desenfreada ânsia punitiva, que permanece até atualmente. O que era visto como medidas de políticas sanitárias, rapidamente voltou-se aos povos que eram vistos como marginais, exaltando o racismo contido na pretensão de proibir substâncias psicotrópicas.

A legislação vigente, apresentada à época com uma lei progressista e menos punitivista, em verdade, contribuiu com o encarceramento em massa que ocorre no país. A falta de parâmetros para diferenciar as condutas de tráfico e uso de drogas, deixa que tal decisão, feita pelos policiais que realizam a prisão em flagrante, seja feita com maior discricionariedade, contribuindo para prisões por tráfico mesmo que por quantidades ínfimas de substâncias tornadas ilícitas.

Tendo em vista que 110, dentre os 111 processos coletados nessa pesquisa, iniciaram-se com abordagens aleatórias, surge uma grande problemática envolvendo a “atitude suspeita”, a qual os milicianos baseiam-se para iniciar as abordagens. Tais atitudes nunca são descritas pelos policiais

no momento em que é realizada a prisão em flagrante e, por vezes, se baseiam apenas em critérios subjetivos e preconceitos dos próprios policiais envolvidos.

Outra questão que aparece recorrentemente é o fato de que as únicas testemunhas nos crimes relacionados a drogas são os próprios policiais que realizaram a prisão, sendo que a palavra dos policiais é apresentada como robusta prova do cometimento da conduta tipificada, inviabilizando, portanto, a real elucidação do fato.

No entanto, essas questões necessitam de maior aprofundamento, o qual se pretende fazer em continuação a essa pesquisa, em trabalhos e pesquisas futuras. Porém, o que não se pode olvidar é que após analisarmos os dados coletados por essa pesquisa, se evidenciou que o TJSC possui a tendência de não reformar a conduta imputada em primeiro grau, tendo em vista que, dentre os 111 processos coletados, todos os réus foram condenados por tráfico de drogas, sendo que, em um dos casos, o investigado fora condenado em primeiro grau pelo uso de droga, e tal decisão foi reformada pelo Tribunal, passando a imputar ao réu a conduta tipificada como tráfico de drogas.

Ante o exposto, conclui-se que o momento em que é exercida a discricionariedade policial, durante a autuação da prisão em flagrante de crimes relacionados a drogas, tem papel fundamental para como será conduzida a instrução criminal, uma vez que, caso seja imputado ao investigado a conduta descrita no art. 33 da Lei n. 11.343/06, de tráfico de drogas, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina possui o condão de manter a conduta imposta. Por vezes, o TJSC aplica a qualificadora presente no parágrafo quarto desse mesmo artigo, imputando a qualidade de tráfico privilegiado.

## Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 14. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2019. 720 p.

- BARROS, André; PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas**. In: Periferia: educação, cultura & comunicação. [online] 2011, vol 3, n. 2. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/3953>>. Acesso em 06/2019
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003. 149 p.
- BECKER, H. S. **Outsiders: Estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BRASIL (Estado). Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm) Acesso em: 07 abr. 2020.
- BRASIL (Estado). Decreto-lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm) Acesso em: 23 ago. 2006.
- BOITEUX de Figueiredo Rodrigues, Luciana. **O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 273f. Tese (doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2006
- BOITEUX, Luciana et al. **Tráfico de drogas e Constituição**. Série Pensando o Direito. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos/Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando\\_Direito3.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf)
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- CARVALHO, Salo de. A atual política brasileira de drogas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 9, n.34, p. 130. abr./jun. 2001.
- DEPEN. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen> Acesso em: abril 2020.
- DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. **Justificando**, [s. l.], 6 maio 2019.
- FURULE, Jimmy. **The 1998 U.N. Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances - a ten year perspective: is international cooperation merely illusory?**, 1998.
- GONÇALVES, Antônio Vicente. Panorama Histórico Da Lei De Drogas. **Etic - Encontro De Iniciação Científica**, Presidente Prudente, ano 2012, v. 8, ed. 8, 2012. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/3971> Acesso em: 15 jan. 2020.
- GREGO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006**. São Paulo, Saraiva, 2008.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Tóxicos: comentários, jurisprudência e prática (à luz da Lei 10.409/2002)**. 2ª ed; Curitiba: Juará, 2003.
- JESUS, Maria Gorete Marques de et al. **Prisão provisória e lei de drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. Núcleo de Estudos da Violência, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-154, 2011. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/publicacao/priso-provisoria-e-lei-de-drogas/> Acesso em: 01 jun. 2020.
- KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. **Drogas e Cultura: Novas perspectivas**, Salvador, ano 2012, 2008.
- LAURIDO JÚNIOR, João Evaldo dos Santos. Drogas: A Classe Média Frente à Lei 11.343/2006, **Revista Jus Vigilantibus**, 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/28116/1>>

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos. 7ª ed ver. atual. e ampl.:. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. **Drogas e Cultura**: Novas perspectivas, Salvador, ano 2012, 2008.

Secretaria da justiça cidadania e direitos humanos do Paraná. **Sobre a quantidade de drogas para uso ou tráfico e a necessidade de regulamentação**. Curitiba: Núcleo de Pesquisa de Drogas e Política Penitenciária, 2012. Disponível em: [www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos\\_restritos/file/migrados/File/nupecrim/RELATO\\_RIO\\_II\\_NUPECRIM.pdf](http://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/file/migrados/File/nupecrim/RELATO_RIO_II_NUPECRIM.pdf) Acesso em: 07 abr. 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra Às Drogas**. Belo Horizonte: D'PLÁCIDO, 2019.

Artigo recebido em: 2020-06-22.

Aceito para publicação em: 2023-06-07.

# Reflexões acerca da violência psicológica contra a mulher: perspectivas da tutela penal disciplinada pela Lei nº 14.188/2021

*Reflections on psychological violence against women: perspectives on  
the criminal protection disciplined by Law No. 14,188/2021*

*Simone de Alcantara Savazzoni<sup>1</sup>*

**Resumo:** Sabido que a violência psicológica contra a mulher provoca nefastas consequências com efeito destruidor para as vítimas, vulnerando flagrantemente direitos fundamentais, o presente artigo aborda essa temática no âmbito disciplinado pela Lei nº 14.188/2021, a qual incluiu o artigo 147-B no Código Penal, para tipificar essa conduta como crime. Deveras, diante da promulgação desse diploma legal, inevitável indagar se a criminalização da violência psicológica efetivamente impactará no incremento da proteção da mulher nesse âmbito. Assim, o objetivo geral deste trabalho consiste em refletir acerca das perspectivas da tutela penal disciplinada pela novel legislação, sem perder de vista o questionamento sobre a necessidade de uma abordagem global para romper o perverso ciclo vicioso de violência perpetrado contra a mulher no Brasil. Nesse desiderato, mediante aplicação da metodologia de revisão bibliográfica com abordagem qualitativa, esta pesquisa exploratória conjuga a análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência nacional. Dessa forma, após a contextualização introdutória do tema, o capítulo seguinte apresenta o tratamento da matéria antes da promulgação da recente alteração legislativa. Para, no capítulo subsequente, examinar especificamente os termos da inclusão do artigo 147-B no Código Penal, com o objetivo específico de verificar os principais aspectos relativos ao sujeito do delito, ao rol de condutas e à prova do dano emocional. Com efeito, apresentado esse panorama, denota-se que a iniciativa legislativa da tipificação penal, instituída pela Lei nº 14.188/2021, configura-se como um marco muito relevante, mas a penalização não pode ser encarada como uma medida resolutiva isolada. Afinal, os resultados da análise evidenciam que é imperioso reconhecer a necessidade de uma abordagem muito mais abrangente, sendo primordial instrumentalizar outras políticas públicas efetivas para uma real valorização da mulher em todos os âmbitos e ambientes, de forma a vencer estereótipos históricos e culturais arraigados. Para tanto, além da atuação do aparato estatal, a sociedade também precisa protagonizar essa mudança de paradigma, com compromisso ético e ativo, a fim de que efetivamente sejam garantidos à mulher os direitos humanos fundamentais de uma vida livre e digna, superando sua vitimização

---

<sup>1</sup>Doutora em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Analista Judiciária – Assessora no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Professora de Direito Penal e Processual Penal na Graduação e Pós-Graduação da Escola Paulista de Direito (EPD). Professora convidada na PUC/SP-COGEAE, Faculdade Legale, EBRADI, ESMAFE/PR, ESMAF/1ª Região, EMAG/3ª Região, Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

ancestral pela discriminação, violência e exclusão, no âmbito familiar, estatal e social.

**Palavras-Chave:** Violência psicológica contra a mulher. Tipificação penal. Lei nº 14.188/2021. Artigo 147-B do Código Penal. Direitos fundamentais.

**Abstract:** Knowing that psychological violence against women has disastrous and destructive consequences for its victims, flagrantly violating their fundamental rights, this paper addresses this issue within the scope of Law No. 14,188/2021, which included the Article 147-B in the Penal Code to typify this kind of conduct as a crime. Indeed, in view of the enactment of this legal diploma, one inevitably asks whether the criminalization of psychological violence against women will effectively impact on increasing their protection. Thus, the overall objective of this paper is to reflect on the perspectives of criminal protection regulated by the new legislation, without losing sight of the questioning about the need for a global approach to break the perverse vicious cycle of violence perpetrated against women in Brazil. To this end, by applying the bibliographic research methodology with a qualitative approach, this exploratory research combines the analysis of doctrine, legislation and national jurisprudence. Thus, after the introductory contextualization of the theme, the following chapter presents the treatment of the matter before the enactment of the recent legislative change. Then, the subsequent chapter specifically examines the terms of the inclusion of article 147-B in the Penal Code, with the specific objective of verifying the main aspects related to the subject of the crime, to the list of conducts, and to the proof of the emotional damage. Indeed, presenting this panorama, it is noted that the legislative initiative of criminal classification, instituted by Law No. 14,188/2021, is a very relevant milestone, but the penalty cannot be seen as an isolated resolute measure. After all, the results of the analysis show that it is imperative to recognize the need for a much more comprehensive approach, being primordial to instrumentalize other effective public policies for a real valorization of women in all fields and environments, in order to overcome historical and cultural stereotypes rooted. Therefore, in addition to the actions of the state apparatus, society must also play a leading role in this paradigm shift, with an ethical and active commitment, so that women are effectively guaranteed the fundamental human rights of a free and dignified life, overcoming their ancestral victimization by discrimination, violence, and exclusion in the family, state, and social spheres.

**Keywords:** Psychological violence against women. Criminal Positivation. Law No. 14.188/2021. Article 147-B of the Penal Code. Fundamental Rights.

## 1. Aspectos introdutórios

A temática da violência psicológica contra a mulher não é uma novidade, nem a sua proteção jurídica deve ser considerada inovadora. Desde 1996, por meio do Decreto nº 1.973, foi promulgada no Brasil a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

Logo no artigo 1º da referida Convenção constou expressamente que se considera violência contra a mulher “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou *psicológico* à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (BRASIL, 1996, destaque meu).

Muito embora expressa previsão de proteção internacional e mesmo posteriormente com a promulgação da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), definindo as formas de violência (inclusive psicológica) e instituindo mecanismos de coibição, denota-se que até hojeas estatísticas permanecem crescentes e, infelizmente, a violência doméstica e familiar contra a mulher sofreu grande incremento durante a pandemia da Covid-19 (BUENO, 2021, p. 10-12).

Nesse ponto, imprescindível salientar que, dentre as modalidades de violência, a psicológica é a base e o pano de fundo de todos os tipos de agressão contra a mulher, sendo possível afirmar que é a de maior incidência e a menos notificada. O maior motivo dessa realidade de subnotificação é por tratar-se de uma violência, normalmente, velada, muitas vezes considerada como costumeira e pertencente à dinâmica da relação, sempre de difícil mensuração e comprovação. Contudo, suas consequências são sem qualquer dúvida devastadoras para a saúde e vida da mulher, tanto ou mais que a violência física e a sexual.

Por isso mesmo, baseado nesse triste cenário e para aperfeiçoar e efetivar a proteção completa à mulher, houve a inclusão do artigo 147-B no Código Penal pela Lei nº 14.188/2021, representando mais um avanço, na medida em que, ao tipificar o delito de violência psicológica, novamente traz o assunto da violência contra a mulher à baila, em seus mais abrangentes aspectos, reforçando que os comportamentos expressamente elencados pela lei não são aceitáveis em nenhuma circunstância e, portanto, ensejam consequências também no âmbito penal.



Deveras, diante da promulgação desse diploma legal, inevitável indagar se a criminalização da violência psicológica efetivamente impactará no incremento da proteção da mulher nesse âmbito.

Assim, diante desse problema levantado, o objetivo geral deste trabalho consiste em refletir acerca das perspectivas da tutela penal disciplinada pela novel legislação, sem perder de vista o questionamento sobre a necessidade de uma abordagem global para romper o perverso ciclo vicioso de violência perpetrado contra a mulher no Brasil.

Nesse desiderato, mediante aplicação da metodologia de revisão bibliográfica com abordagem qualitativa, esta pesquisa exploratória busca conjugar a análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência nacional, com o propósito de contextualizar o mecanismo da criminalização da conduta referente à violência psicológica cometida contra a mulher.

Com efeito, independente de algumas contraposições que serão abordadas no decorrer deste artigo, a novel legislação tem por escopo reforçar a mensagem já trazida pela Lei Maria da Penha, de forma a demonstrar à sociedade – homens e mulheres, agressores e agredidas, famílias e instituições – que é preciso dar um basta a essa cultura arraigada de violência e abusos psicológicos contra a mulher, sendo fundamental que todos estejam conscientes e engajados dentro de sua esfera de atuação pessoal e profissional, a fim de efetivar os preceitos contidos nos artigos 2º e 3º da Lei Maria da Penha, os quais expressamente consolidam de maneira afirmativa os direitos das mulheres como direitos humanos fundamentais, assegurando-lhes “as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social” (BRASIL, 2006).

Dessa forma, realizada a contextualização introdutória do tema, o capítulo seguinte apresenta o tratamento da matéria antes da promulgação da recente alteração legislativa. Para, no capítulo subsequente, examinar especificamente os termos da inclusão do artigo 147-B no Código Penal, com o

objetivo específico de verificar os principais aspectos relativos ao sujeito do delito, ao rol de condutas e à prova do dano emocional. Com o escopo de, ao final, retomar o objetivo geral para analisar se a tipificação penal instituída pela Lei nº 14.188/2021 configura-se como uma medida efetivamente resolutiva no que tange à violência psicológica contra a mulher, refletindo ademais sobre a necessidade de outras abordagens e incursões vinculadas a diversos fatores históricos e culturais, os quais exigem de maneira imprescindível a implementação de políticas públicas integradas envolvendo medidas educativas, preventivas e protetivas de toda sociedade.

## **2. Da abordagem da violência psicológica contra a mulher antes da Lei nº 14.188/2021**

Não há como negar que a violência psicológica está relacionada a todas as demais formas de violência e, conforme já mencionado, provoca nefastas consequências e efeito destruidor para a mulher. Normalmente, se apresenta como uma forma de violência antecedente e tende a se repetir, se desenrolar de modo cíclico, até que ocorra a agressão física propriamente dita. Como bem explanado pela doutrina:

[...] Violência psicológica é uma violência que destrói e subjuga silenciosamente e se mantém por não ser identificada. A violência psicológica é uma forma de dominação oculta, muitas vezes não identificada pela própria vítima. Sabe-se que a “violência é o emprego desejado da agressividade com fins destrutivos” e a psicológica tem elevadíssimo, mas oculto e quase imperceptível, poder destrutivo. Consiste em uma atitude de controle e rebaixamento da vítima pelo agressor e normalmente marca o início do processo de dominação masculina. (FERNANDES, 2015, p. 82)

Como já salientado, é o tipo de violência mais frequente e menos denunciado. Muitas vezes, configura-se como uma agressão de difícil percepção até pelas próprias mulheres atingidas, na medida em que os comportamentos abusivos se tornaram “naturalizados” culturalmente e costumam instalar-se de maneira gradual, por meio de “brincadeiras”, apelidos, chacotas,

xingamentos, manipulações e tensões consideradas como “normais” na dinâmica dos relacionamentos afetivos e até profissionais.

Para visualização desse processo, interessante observar o “violentômetro” divulgado pela “Defensoria por Elas”, material traduzido e adaptado do espanhol para o português, oriundo do Programa Institucional de *Gestión con Perspectiva de Género del IPN/México* (ROSAS, 2021, p. 15 e 20).



Como as ações violentas podem parecer corriqueiras, muitas vezes, a própria mulher e pessoas próximas costumam pensar que “deixa isso pra lá, não vai dar em nada”, “isso é muito difícil de provar, melhor não denunciar”, “isso é uma fase porque ele anda muito nervoso, tenha paciência”, “todo mundo passa por isso”, “ele nem te bateu”, vez que a maior parte das pessoas possui a tendência, talvez cultural, de considerar a violência física como algo mais grave e vexatório. Entretanto, estudos doutrinários indicam que:

[...] Embora O’Leary (1999) tenha concluído que essa crença é provavelmente verdadeira quanto à experiência de violência grave

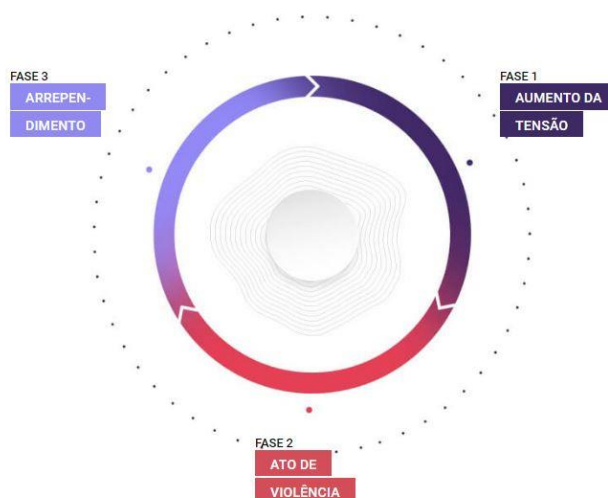
pela vítima, isso não é necessariamente correto em relação à maior parte da violência experimentada nos relacionamentos íntimos. Estudos sugerem que o abuso psicológico tem efeitos psicológicos de longo prazo mais graves do que a maior parte do abuso físico, e que o abuso psicológico normalmente ocorre antes do abuso físico (O'Leary, 1999). Até mesmo as vítimas de violência doméstica acham que o abuso psicológico é mais prejudicial a elas. Um estudo encontrou que a maioria das mulheres envolvidas em reações abusivas achava que o abuso psicológico causava um impacto maior do que o abuso físico e que o abuso psicológico ocorria com maior frequência (Follingstad, Rutledge, Berg e Hause, 1990). De fato, Murphy e Cascardi (1993) sugeriram que muitas das consequências psicológicas do abuso podem ser o resultado do abuso psicológico, não do abuso físico, como se pensava anteriormente. (HUSS, 2011, p. 244)

Na verdade, é preciso reconhecer que os abusos psicológicos não são atitudes isoladas, não são meros deslizes, mas são decorrentes de um padrão de relacionamento que objetiva a todo custo ter o controle da mulher:

[...] Essa forma de violência manifesta-se muitas vezes de modo sutil, com pequenos gestos e atitudes de “cuidado”, iniciando-se um processo de controle pelo homem da mulher, que não identifica a situação de violência. Pequenas atitudes como “orientar” a vítima quanto aos seus gestos, modo de falar, roupas, amigos, contato com a família e horário parecem uma atenção especial por parte do homem, mas evoluem gradativamente para uma situação em que o agente domina a vida da vítima. A seguir, há o rebaixamento moral – em casa ou publicamente – com palavras vulgares e se inicia o processo de culpabilização da vítima. [...] Nas situações de violência doméstica, há inversão da culpa. O agressor faz a vítima crer que ela é a responsável pelo ato de agressão, porque descumpriu um dever ou falhou. (FERNANDES, 2015, p. 83)

Esse processo de inversão da culpa, por meio do qual agressor faz a vítima acreditar ser responsável e merecedora da agressão, configura a efetiva intenção de dominação, pois a mulher – na maioria das vezes vulnerável – sente que realmente foi seu comportamento “inconveniente” que gerou a resposta agressiva e, por isso, ela deve se submeter e compreender a violência como uma resposta esperada e até mesmo aceitável.

Dessa forma fica instalado um perverso ciclo de violência, bem delineado pelo Instituto Maria da Penha (2022), da forma que segue:



Consoante indicado na página do Instituto, inicialmente, se estabelece uma tensão em que o agressor se irrita por coisas insignificantes, e a mulher, por sua vez, fica aflita, tenta acalmá-lo e, principalmente, evita qualquer coisa que possa de alguma maneira “provocá-lo”. Normalmente, nesse momento, a mulher fica imersa em vários sentimentos (medo, tristeza, ansiedade, angústia), mas não identifica a potencial agressão e, inclusive, procura justificar a atitude do agressor, por situações externas (“ele teve um dia ruim”, “ele está desempregado”, “ele está cansado”, etc.), ou assumindo verdadeiramente a culpa para si e acreditando que de fato deu causa à situação.

Porém, essa tensão não se configura como um episódio isolado. Pelo contrário, tende a continuar e se agravar, avançando para um segundo estágio do ciclo, no qual o agressor perde o controle e materializa a violência, seja psicológica, física, patrimonial ou sexual. Nessa segunda fase, mesmo ciente da agressão, muitos sentimentos podem se misturar (vergonha, confusão, pena de si mesma, raiva, solidão, impotência), sendo comum a mulher ficar paralisada e não denunciar os acontecimentos para autoridades competentes.

Essa inação dá ensejo à terceira fase do ciclo, em que o agressor demonstra arrependimento, se compromete a mudar, chegando até a se acalmar por um tempo. Por sua vez, a vítima costuma ficar confusa, mas feliz

pelo “esforço”, iludindo-se e sentindo-se responsável pela manutenção do relacionamento. Porém, passada essa fase denominada “lua de mel”, a tensão se instala novamente, e o ciclo retorna à fase inicial.

Com o passar do tempo e a repetição dos comportamentos, as fases se misturam, as agressões se consolidam de maneira constante e cada vez mais graves, ocasionando que, algumas vezes, o ciclo só termina, infelizmente, com o feminicídio.

O entendimento desse processo é imprescindível para que a violência psicológica não seja naturalizada e entendida como algo realmente normal ou de menor potencial e importância. Aliás, esse é um dos principais desafios salientados pela doutrina:

[...] A ampla dimensão do conceito de violência psicológica lança esse desafio em destacar o que são atos de violência psicológica do que são desentendimentos comuns dentro das relações complexas que constituem o âmbito doméstico e familiar. Ao lado de tal exercício de subsunção de narrativas ao conceito, outro desafio que se apresenta às requerentes é a prova da ocorrência dos fatos narrados. (MARINHO, 2021, p. 141)

Para esclarecer e dimensionar devidamente a questão, o inciso II do artigo 7º da Lei Maria da Penha, já alterado pela Lei nº 13.772/2018, trata detalhadamente das hipóteses de violência psicológica nos seguintes termos:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

[...] II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. (BRASIL, 2006)

Dessa forma, fica nítido que a lei visa à proteção da autoestima e da saúde psicológica da vítima, cuja “agressão emocional” pode consistir numa conduta comissiva ou omissiva, que ocasiona um desequilíbrio psicoemocional

da mulher, privando-a de autoestima e autodeterminação (CESAR, 2020, p. 23). Como bem salientada pela doutrina:

[...]Os ataques à liberdade de escolha pela afirmação constante da incapacidade da mulher de fazer e sustentar eticamente suas escolhas infantilizam-na enquanto sujeito; impedindo-a de desenvolver sua identidade com autonomia, pelo permanente ataque a sua tentativa de diferenciação e afirmação de sua alteridade em relação ao agressor, ou seja, como outro ser, capaz de autodeterminação. As condutas descritas no inciso II como violência psicológica estão intimamente relacionadas ao boicote do ser; ao boicote à liberdade de escolha, que nos define como humanos. (FEIX, 2011, p. 205)

Assim, as condutas podem consistir nas mais diversas situações, quando o agente “ameaça, rejeita, humilha ou discrimina”, demonstrando prazer em ver a mulher “amedrontada, inferiorizada e diminuída”, impedindo que ela exerça sua “liberdade e condição de alteridade” (DIAS, 2018, p. 91-93), impondo restrições relativas à sua vida (seja em relação à família, amigos, roupas, religião, etc.), bem como quando o agressor apresenta comportamentos destrutivos frente a objetos de valor econômico ou afetivo da vítima, com a finalidade de desestabilizá-la ou feri-la (CESAR, 2020, p. 23). Melhor explicando, “ao invés de ulcerar a incolumidade corporal da mulher, o agente agride-lhe a psique, a alma, causando-lhe danos psíquicos e emocionais, sofrimento psicológico.” (ARRUDA, 2020, p. 57-58)

Consoante sintetizado por Ana Cristina Cubas Cesar, com base no estudo de José Navarro Góngora, as agressões psicológicas apresentam três tipos estratégias: submissão pelo medo, desqualificação da imagem e bloqueio das formas de sair da situação (CESAR, 2020, p. 24).

A submissão pelo medo é resultado de intimidação ostensiva, que pode ser externada por olhares, gestos e até destruição de objetos, sendo comum a exibição de armas e a ameaça de agressão física e morte, inclusive contra os filhos e entes queridos, principalmente diante do desejo de sair da relação. Com isso, a mulher acaba submetendo-se a fazer coisas que não deseja, podendo chegar a “um estado de paralisia física, emocional e intelectual,

confusão mental de tal ordem que pode culminar em um efeito traumático” (CESAR, 2020, p. 24).

Na desqualificação da imagem, o agressor age para que a mulher perca a confiança na sua capacidade intelectual e emocional. Para tanto, insulta e humilha de maneira a fazê-la crer que está “louca”. No bloqueio das formas de sair destas situações, a estratégia é isolar a mulher do seu círculo de apoio (família e amigos), limitando seu contato com o mundo externo, na maior parte das vezes impedindo-a de estudar e trabalhar, a fim de mantê-la submissa.

Nesse sentido, vale ainda apresentar algumas expressões desenvolvidas pela doutrina a partir do conceito de violência psicológica elencado pela Lei Maria da Penha, tais como o uso dos termos *gaslighting*, *manterrupting*, *mansplaning* e *bropropriating*.

A prática de *gaslighting* consiste em distorcer a realidade, visando que a própria mulher e as demais pessoas do convívio considerem-na “louca” ou desequilibrada, fazendo-a duvidar de seu próprio raciocínio e sua percepção: “São típicas dessa forma de violência as frases “você sempre exagera”, “nunca falei isso”, “você precisa se tratar”, “você deve estar enlouquecendo” ou “você está muito sensível”.” (HEEMANN, 2019, p. 194)

Por outro lado, quando o agente impede que a mulher conclua seu raciocínio, interrompendo sua fala reiteradamente, normalmente em ambientes em que há menos mulheres numericamente, configura-se *manterrupting*. Já se o agressor trata a mulher como incapaz, explicando o óbvio para desqualificá-la e confundi-la, há a prática de *mansplaning*. E, por fim, quando o agressor se apropria de ideias da mulher para levar o crédito, normalmente no âmbito corporativo ou acadêmico, ocorre *bropropriating* (HEEMANN, 2019, p. 194).

Desse modo, denota-se que o abuso psicológico pode ocorrer em todos os tipos de relacionamento (familiares, profissionais, sociais) das mais diversas maneiras (ironias, críticas maldosas, desprezo, ofensas, ameaças veladas,



controle e até pelo silêncio), fazendo com que a vítima perca o controle do equilíbrio emocional necessário para viver de maneira plena, sentindo-se confusa, infeliz, retraída, ansiosa, em estado de alerta constante.

Por conseguinte, vislumbra-se que a situação de violência psicológica enseja não somente danos à saúde emocional, mas também gera consequências indiretas e até mesmo diretas na saúde física da mulher (problemas de sono, alimentares, posturais, dermatológicos e até dependência de medicamentos ou outras substâncias) (OLIVEIRA, 2020).

Deveras, independentemente de qual seja a estratégia ou a caracterização doutrinária, indiscutível que a gravidade dos atos de violência psicológica contra a mulher suscita inclusive a atuação do Poder Judiciário para garantir a proteção legalmente estabelecida à mulher.

Para tanto, um dos âmbitos de atuação jurisdicional consiste na concessão de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha e também na exigência da reparação civil, consoante explanado nos acórdãos a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AMEAÇAS À MULHER. MEDIDA PROTETIVA DEFERIDA NO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI Nº 11.340/06. DANOS MORAIS CONFIGURADOS.

1. A violência doméstica e familiar contra a mulher, assim considerada aquela que cause dano emocional (psicológica) constitui uma das formas de violação de direitos humanos, nos termos do artigo 6º, da Lei nº 11.340/06. De tal sorte, apurada a sua ocorrência, deve o ofensor ser civilmente responsabilizado em reparar o mal provocado, sobretudo a título de danos morais.
2. Mostra-se suficiente, para fins de reparação por dano moral, a ocorrência do fato descrito, sendo desnecessária a demonstração da dor espiritual experimentada, pois o dano opera-se *in re ipsa*.
3. A razoabilidade é critério que deve imperar na fixação da quantia compensatória dos danos morais. Para além do postulado da razoabilidade, a jurisprudência, tradicionalmente, elegeu parâmetros (leia-se regras) para a determinação do valor indenizatório. Dentre eles, encontram-se, por exemplo: (a) a forma como ocorreu o ato ilícito: com dolo ou com culpa (leve, grave ou gravíssima); (b) o tipo de bem jurídico lesado: honra, intimidade, integridade etc.; (c) além do bem que lhe foi afetado a repercussão do ato ofensivo no contexto pessoal e social; (d) a intensidade da alteração anímica verificada na vítima; (e) o antecedente do agressor

e a reiteração da conduta; (f) a existência ou não de retratação por parte do ofensor. [...].

(TJ/DFT, Processo nº 0002416-98.2012.8.07.0017, Relator Desembargador Flavio Rostirola, j. 26/06/2013, DJ 03/07/2013)

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INDEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. RECLAMAÇÃO. PROVIMENTO.**

[...] Na espécie, está evidenciado o risco à integridade física e psicológica da vítima decorrente do histórico de conflitos entre esta e o ofensor, ex-companheiro.

A vítima relata violência psicológica constante, além de perseguição do ofensor em locais que frequenta. O fato carece de medidas protetivas de urgência, necessitando, assim, ser reformada a decisão.

O conflito patrimonial não descaracteriza a ofensa de gênero oriunda da série de violências praticadas contra a ex-companheira. Conflitos patrimoniais ou relacionados aos filhos agravam a violência de gênero, pois são novos fatores de risco.

Pedido julgado procedente. Fixadas medidas protetivas.

(TJ/DFT, Processo nº 0724420-95.2019.8.07.0000, Relator Desembargador Mario Machado, j. 06/02/2020, DJ 13/02/2020)

Verifica-se que, mesmo antes da Lei nº 14.188/2021 trazer a tipificação específica do crime de violência psicológica contra a mulher, membros do Ministério Público começaram a buscar alternativas para enquadrar esse tipo de violência em outros delitos já previstos no ordenamento, visando uma responsabilização penal ainda que diminuta pelo cometimento desses atos, por meio dos dispositivos penais como, por exemplo, referentes ao constrangimento ilegal (art. 146 do CP), à ameaça (art. 147 do CP), ao sequestro e cárcere privado (art. 148 do CP), à tortura psicológica (art. 1º, I, “a”, e II, da Lei nº 9.455/1997), à prática de crime na presença de criança ou adolescente (art. 232 da Lei nº 8.069/1990), à coação no curso do processo (art. 344 do CP), conforme as circunstâncias apresentadas no caso concreto, o que pode ser demonstrado pelos seguintes acórdãos:

**APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA PRATICADA NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR.**

**1. ARTIGO 147, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PALAVRA DA VÍTIMA. PREPONDERÂNCIA. SOLUÇÃO CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO.**

Dos elementos prospectados em ambas as fases persecutórias, *evidencia-se o temor sentido pela ofendida ante a ameaça de morte*

*proferida pelo acusado, seu companheiro à época.* Em decorrência do medo, afastou-se do lar conjugal, pernoitando na residência de parentes e dirigiu-se, no dia seguinte, à delegacia de polícia para comunicar o episódio, oportunidade em que manifestou o desejo de representar criminalmente contra o denunciado e solicitou medidas protetivas de urgência, que lhe foram concedidas judicialmente.

Nessa espécie delitiva, a narrativa da vítima tem importante papel como meio de prova, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, considerando a forma como habitualmente perpetrados, sem a presença de testemunhas. No caso dos autos, sua palavra está corroborada pelo depoimento prestado na fase indagatória e pelos demais documentos juntados ao inquérito policial, estando caracterizado o artigo 155 do Código de Processo Penal, bem como pelo relato do policial civil que registrou a ocorrência, confirmando que a vítima lhe externalizou o *temor sentido frente à violência psicológica sofrida*. Assim, restou caracterizada a elementar do tipo previsto no artigo 147 do Código Penal. Verdicto condenatório mantido.[...]

(TJ/RS, Processo nº 70084590512, Relatora Desembargadora Viviane De Faria Miranda, j. 23/02/2021)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INVASÃO DE DOMICÍLIO QUALIFICADA. PERÍODO NOTURNO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVA IDÔNEA. VETOR CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME.[...]

3. A invasão de domicílio foi, indiscutivelmente, um episódio de violência (psicológica) praticado na presença de criança de 9 (nove) anos, extrapolando a descrição do tipo penal imputado, sendo, assim, lastro idôneo para a valoração negativa das circunstâncias do crime. 4. As agravantes devem ser apenas com rigor um pouco maior do que o critério utilizado para as circunstâncias judiciais, à luz do princípio da individualização da pena e da lógica do sistema trifásico de dosimetria da pena. [...]

(TJ/DFT, Processo nº 0704579-02.2019.8.07.0005, Relator Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior, j. 26/11/2020, DJ 05/12/2020)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 24-A DA LEI Nº 11.340/06. COMPETENTE JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA DO JECFRIM. [...]

*O descumprimento das medidas protetivas deferidas em favor da mulher constitui forma de violência psicológica*, na forma do art. 7º, II, da Lei n.º 11.340/06, incidindo a vedação da aplicação da Lei dos Juizados Especiais. [...]

(TJ/RS, Processo nº 70084172048, Relator Desembargador Luiz Mello Guimarães, j. 25/09/2020, DJ 19/11/2020)

Nesse sentido, para aumentar o reconhecimento e, portanto, a visibilidade dos casos de violência psicológica, garantindo sua punição

inclusive em âmbito criminal, ainda que inexistente tipo penal específico antes da promulgação da Lei nº 14.188/2021, a doutrina reputou como mais acertado enquadrar a violência psicológica contra a mulher como delito de lesão corporal qualificada pela violência doméstica, consoante previsto no §9º do artigo 129 do CP:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 9º. Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)  
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (BRASIL, 1940)

Afinal, o conceito de saúde, consoante preconizado pela Organização Mundial da Saúde, engloba uma perspectiva de integralidade que vai além da ausência de enfermidades, envolvendo um estado de bem-estar completo: físico, mental e social, considerados como sistemas indissociáveis (SAAD, 2017, p. 393).

Indubitável que não é fácil obter prova da existência de violência psicológica em alguns, ou melhor, na maioria desses casos, pois grande parte das vezes a agressão é praticada na intimidade e verbalmente. Contudo, nada impede seja produzida prova testemunhal para formação da convicção do juiz, bem como prova documental, caso a conduta seja perpetrada, por exemplo, por meio de bilhetes, e-mails, aplicativos de mensagens e/ou redes sociais (LORGA, 2018, p. 71).

Todavia, considerando que o delito de lesão corporal é um crime de resultado, além da conduta, imprescindível demonstrar a efetiva lesão psíquica da mulher e o nexo causal entre a ação do agressor e o resultado lesivo. Nesse sentido a posição do Ministério Público:

A respeito dessa violência psicológica, a COPEVID – Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Ministério Público, firmou o seguinte entendimento em 2014:  
Enunciado n. 18 (004/2014): “Caso a violência praticada pelo suposto agressor gere danos à saúde psicológica da vítima, o Promotor de

Justiça deverá requisitar a realização de perícia médica psiquiátrica para atestar as lesões à saúde, tais quais depressão, estresse pós-traumático, síndrome do pânico, transtorno obsessivo compulsivo, anorexia, dentre outros, para posterior oferecimento de denúncia por crime de lesão corporal, na modalidade lesão à saúde psicológica (CP, art. 129, caput, 2ª parte, c.c. o § 9º ou modalidades agravadas). (Aprovado na IV Reunião Ordinária do GNDH, 03/09/2014)". (FERNANDES, 2015, p. 91)

Assim, como os danos psicológicos, em regra, são invisíveis, não é necessária a realização de exame de corpo de delito, mas sim podem ser apresentadas provas por meio de perícia psiquiátrica, avaliação da equipe de atendimento multidisciplinar do juízo ou relatório médico, com o escopo de demonstrar o dano psíquico, comumente, pela avaliação e diagnóstico dos sintomas decorrentes de estresse pós-traumático, cuja mensuração torna o sofrimento emocional mais tangível:

[...] os sintomas são basicamente relacionados à reexperiência traumática, revivescência ou recordação aflitiva do evento traumático, dos sonhos e dos flashbacks. Vivencia-se o evento estressor continuamente, seja por forma de imagens, sons, odores, sensações físicas (ex.: náuseas, vômitos, tonturas), sonhos, ainda que o perigo esteja afastado e confinado ao passado. Outro sintoma que pode acometer as mulheres que sofreram violência doméstica e familiar é aquele relativo à esquiva e ao distanciamento emocional. As vítimas, como mecanismo de defesa, buscam evitar os pensamentos, sentimentos, lugares ou até mesmo pessoas que possam estar associadas ao evento traumático e, muitas das vezes, são incapazes de lembrar os fatos. Por fim, tem-se o sintoma relacionado à hiperexcitabilidade psíquica, ou seja, o trauma traz também como consequência o aumento da excitabilidade, perturbações no sono e a excessiva vigilância do ambiente. Ainda que a vítima controle os efeitos das revivescências, seu corpo pode reagir frente a certos estímulos externos (ex.: coração disparado, respiração acelerada, músculos contraídos). (CESAR, 2020, p. 25-27)

Todavia, vale salientar que existem casos em que juízes de maneira acertada, antes mesmo de qualquer laudo técnico, concederam medidas protetivas de urgência a mulheres a fim de evitar o avanço das agressões psicológicas e, principalmente, outras consequências trágicas. Esse entendimento, apesar de não configurar prática comum, é bastante louvável, vez que, nos termos da Lei Maria da Penha, a concessão dessas medidas não está atrelada à prática de delito (LOPES, 2020).

Nesse sentido, a título ilustrativo, seguem acórdãos concedendo medidas protetivas em caso de violência psicológica contra a mulher independentemente de comprovação pela perícia:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. AMEAÇAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA. *VIOLÊNCIA PSÍQUICA*. SALVAGUARDA PELA LEI N. 11.343/2006. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVÂNCIA. [...]

3. A decisão, hígida, não carece de reparação, demonstrada a necessidade das medidas protetivas em virtude do sofrimento psíquico impingido à vítima, destacados *o medo e o desejo de se ver protegida do recorrente, que estaria agredindo-a psicologicamente. Nesse viés, realça-se que a Lei Maria da Penha é destinada também à salvaguarda da integridade psíquica e moral da mulher.*

4. “A palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos presentes nos autos, possui relevante valor probatório, especialmente em crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher” (HC 461.478/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 12/12/2018).

5. A conclusão do laudo psicossocial elaborado pela equipe multidisciplinar do Primeiro Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Natal reforça a importância das medidas protetivas para salvaguarda da integridade psíquica da vítima. [...]

(STJ, Processo nº 2019/0044247-5, Relator Ministro Ribeiro Dantas, j. 26/03/2019, DJ 01/04/2019)

PETIÇÃO. AMEAÇA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.

A Lei Maria da Penha criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, que compreende, não só a violência física, mas, também a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional.

Cabível o deferimento de medidas protetivas de urgência quando há indícios de que a vítima sofreu ameaça de morte, sendo forçada abandonar o imóvel em que reside, juntamente com o filho do casal, em razão do temor que lhe incutiu a ameaça.

(TJ/DFT, Processo nº 0023678-53.2015.8.07.0000, Relator Desembargador Esdras Neves, j. 01/10/2015, DJ 13/10/2015)

Cumpre observar que, como os casos de violência psicológica contra a mulher são recorrentes e cada vez mais apresentam proporções avassaladoras, a sociedade houve por bem demandar a necessidade de uma atuação legislativa no sentido de criminalizar especificamente essa conduta, a fim de tentar evitar uma maior impunidade dos agressores, bem como desmotivar futuras agressões por parte destes:

[...] aqui, registre-se, o legislador também deve estar atento, pois a integridade psíquica é um Direito da Personalidade que decorre da dignidade da pessoa humana. Isso porque a partir dela compreende-se a afirmação da integridade física e espiritual da pessoa humana como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável. (RUIZ, 2012, p. 136)

E justamente nesse desiderato de aumentar a proteção relativa à violência contra a mulher e diminuir a sensação de impunidade, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) tomou a iniciativa de elaborar um projeto de lei, que se consubstanciou no PL nº 741/2021, apresentado na Câmara dos Deputados, pelas Deputadas Federais Margarete Coelho e Soraya Santos, em março de 2021, denominado “Pacote Basta”, propositalmente no “mês em que se comemora o Dia Internacional da Mulher e que representa *marco de luta por dignidade e igualdade entre os gêneros*”, mediante justificativa no sentido de que:

O “Pacote Basta”, ora apresentado, – fruto da idealização da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, exsurge deste anseio enquanto proposta que congrega diversas alterações normativas orientadas a dar um basta ao assustador e dramático panorama de discriminação e violência sofrido pelas mulheres brasileiras.

Sob esse intento, medidas no sentido de *reprimir condutas atentatórias contra a saúde psicológica das mulheres e sua liberdade mostram-se essenciais*, inclusive em razão do avanço das novas tecnologias e da multiplicidade de formas de cometimento de perseguição às mulheres — como os casos de perseguição e de *cyberstalking*, que se multiplicam em uma realidade na qual as pessoas estão cada vez mais conectadas.

Nesse mesmo sentido, a violência psicológica, por não apresentar marcas físicas visíveis, é uma das formas mais frequentes de agressão à mulher, representando o segundo maior tipo de violência doméstica sofrida, segundo revela pesquisa realizada pelo Senado Federal.

Por essas razões, tenciona-se a tipificação do crime de perseguição (“stalking”). Ademais, pretende-se a tipificação do crime de violência psicológica, bem como a previsão de que a possibilidade de ocorrência desta violência seja motivação suficiente a afastar o agressor do local de convivência com a ofendida. [...]

A sensação de impunidade para os crimes cometidos contra a mulher também merece atenção, tanto com vistas a encorajar as vítimas para que busquem as autoridades do Estado para registrar a violência quanto para se dissuadir potenciais agressores. (BRASIL, 2021)

Com o desenvolvimento do referido projeto houve a edição da Lei nº 14.188/2021, a qual instituiu o programa de cooperação “Sinal Vermelho” contra a violência doméstica, ainda trouxe o agravamento da pena para lesão corporal simples cometida contra a mulher em razão da condição do sexo feminino, também incluiu o risco à integridade psicológica da mulher como um dos motivos para afastamento imediato do agressor do local de convivência com a ofendida, bem como criou o tipo penal de violência psicológica contra a mulher, que será detalhadamente analisado no próximo tópico (CADICRIM, 2021, p. 5-6).’

### 3. Da inclusão do artigo 147-B no Código Penal

Apresentado sucintamente esse panorama preliminar, tratar-se-á a partir deste ponto apenas dos aspectos da violência psicológica contra a mulher, consoante estabelecido pela Lei nº 14.188/2021, cujo tipo penal, na verdade, não se restringe aos termos previstos na Lei Maria da Penha, na medida em que não exige que o crime seja praticado no âmbito da unidade doméstica, familiar ou em relação íntima de afeto, como será pormenorizado a seguir.

Para iniciar a análise, vale transcrever a íntegra do artigo inserido no ordenamento em questão:

Violência psicológica contra a mulher

Art. 147-B. Causar *dano emocional à mulher* que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021). (BRASIL, 1940)



A princípio, necessário indicar que foram registradas severas críticas à técnica legislativa desta previsão legal, justificadas por este artigo iniciar sua redação destacando o resultado e não as condutas em si.

Nesse sentido, doutrinadores salientaram que seria mais adequado tipificar que configura “crime ameaçar, constranger, humilhar, isolar, manipular, chantagear, ridicularizar e limitar o direito de ir e vir da mulher, causando-lhe dano emocional” (CAPEZ, 2021).

Ademais, ressaltaram que a parte final genérica do tipo, “ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica ou autodeterminação”, traz uma previsão extremamente vaga, que pode ensejar uma margem muito ampla de interpretação e carga de subjetivismo.

Entretanto, independentemente dessas opiniões, necessário realizar a análise do tipo para tentar extrair o seu âmbito de incidência e eficácia.

Assim, pode ser classificado como crime comum (pode ser praticado por qualquer pessoa), unissubjetivo (pode ser praticado por uma única pessoa, admitindo concurso eventual), unissubsistente (admite a prática por meio de um único ato), instantâneo (cuja consumação é imediata), material (que exige um resultado naturalístico, qual seja, o dano emocional), portanto, um crime de dano (não de perigo, pois não basta colocar o bem jurídico em risco), observando, desde logo, que não há previsão de modalidade culposa.

No que tange aos sujeitos, importa ressaltar que o sujeito ativo pode ser homem ou mulher, enquanto o sujeito passivo é necessariamente mulher (sendo aceitável incluir a mulher transexual, acompanhando a interpretação dada ao delito de feminicídio). Diante dessas ponderações, cumpre salientar que, diferentemente da Lei Maria da Penha, o artigo 147-B acertadamente não vinculou expressamente o delito à questão de gênero:

[...] nota-se que o crime em discussão, será sempre contra a mulher, mas poderá ser cumulado com a Lei Maria da Penha ou não. Tal fato se justifica pois o legislador, ao redigir o preceito primário, não especificou “razões de gênero”, apenas limitou-se a dizer “dano emocional à mulher”. Com a incidência da lei específica, os benefícios

penais são afastados e a ação penal deve tramitar no juizado de violência doméstica. Mas, por outro lado, com o afastamento da motivação gênero, incide-se a norma ordinária e o benefício da suspensão condicional poderá ser aplicada, por se tratar de crime com pena mínima de um ano, nos moldes do artigo 89 da Lei 9.099/95. (MELO; ORNELAS, 2021)

Ou seja, o artigo 147-B não exige vínculo especial entre os sujeitos, assim, para sua configuração não é necessária a existência dos vínculos exigidos pela redação do artigo 5º da Lei Maria da Penha (unidade doméstica/familiar ou relação íntima de afeto).

Dessa forma, verifica-se que a tipificação pode até ter sido inspirada no conceito de violência psicológica estabelecido na Lei Maria da Penha, contudo a configuração do delito do artigo 147-B não se restringe a esse âmbito de aplicação, sendo mais amplo e podendo ocorrer em qualquer ambiente, como empresas, serviços estatais, templos religiosos, serviços de saúde, estabelecimentos de ensino, locais públicos (FERNANDES; ÁVILA; CUNHA, 2021, p. 12-13).

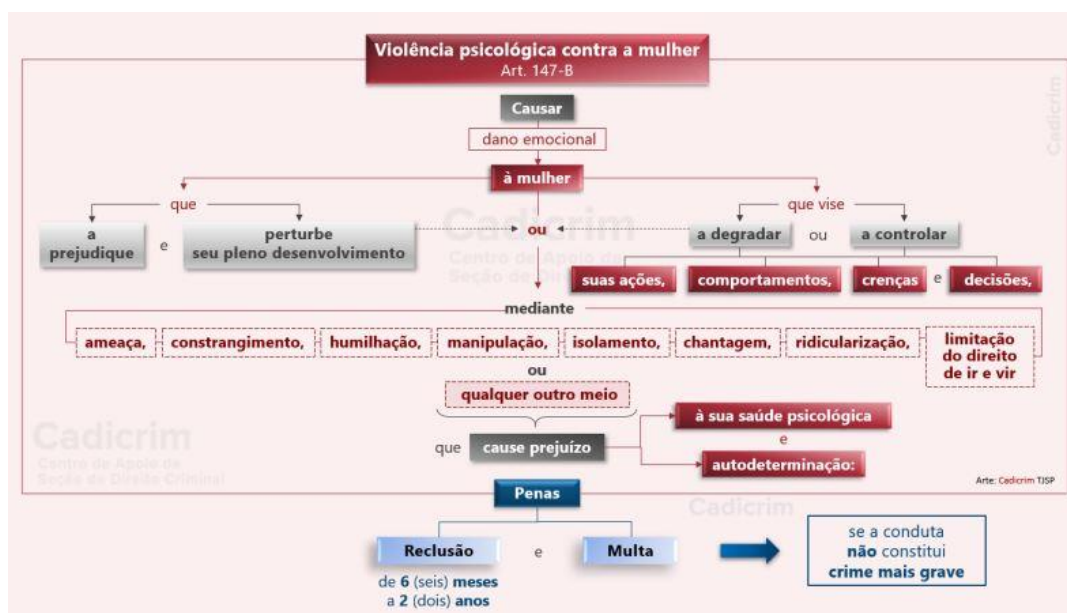
Em relação ao núcleo do tipo do artigo 147-B, denota-se que o núcleo é único – “causar” dano emocional à mulher –, mas pode ser cometido de diversas formas, dentre as quais o tipo elenca casuisticamente oito ações nucleares:

[...] *Ameaçar* é a promessa de mal injusto e grave; *constranger* é causar embaraço, é a insistência inconveniente; *humilhar* é o subjugo, o rebaixamento moral, a depreciação física ou mental; *isolar* consiste em segregar a mulher de seu convívio social, em seu afastamento da companhia de amigos e familiares; *manipular* é empregar artifícios mentais e materiais de modo a interferir na vontade da vítima; *chantagear* é uma forma de ameaça acrescentada do emprego de fatos, verossímeis ou não, que prejudiquem a honra objetiva da mulher; *ridicularizar* é o ato de zombaria, a galhofa, a chacota que coloca a vítima como objeto de escárnio; e *limitar o direito de ir e vir* é a restrição de suas liberdades ambulatoriais, privando a vítima de sua livre locomoção por estar em sequestro ou cárcere privado. (CAPEZ, 2021)

Trata-se, assim, de rol meramente exemplificativo, pois há como encerramento uma cláusula final de interpretação analógica, “qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação”, a qual deve ser entendida como um preceito aberto, cuja interpretação deve ser

analisada pelo julgador de maneira semelhante às condutas anteriormente exemplificadas no tipo.

Portanto, configura-se como um tipo misto alternativo, no qual foram descritas várias condutas pelo legislador, em que o sujeito responderá por um único crime ainda que pratique mais de uma conduta no mesmo contexto fático, não se caracterizando concurso de crimes (FIGUEIREDO, 2021, p. 8-9). Para facilitar a visualização, interessante observara diagramação do dispositivo feita pelo Centro de Apoio da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (CADICRIM, 2021, p. 5-6):



A interpretação do núcleo demanda o entendimento prévio de que é imprescindível que tais condutas do agente causem um “dano emocional” à vítima (crime de resultado). A consumação ocorre com a provocação do dano emocional ainda que esse resultado não seja o fim perseguido pelo agressor. O dolo exigido refere-se à prática da conduta em si, com consciência e vontade pelo agressor; sendo indiferente se o resultado (dano)ocorrer a título de dolo ou culpa. Fato é que, normalmente, a finalidade do agressor é afirmar a autoridade perante a mulher, não necessariamente causar-lhe o dano emocional, mas nem por isso o agente pode justificar que desconhecia o

potencial lesivo de suas condutas (FERNANDES; ÀVILA; CUNHA, 2021, p. 13-14).

Imperioso compreender, contudo, que não é qualquer dano que se enquadra no tipo penal insculpido no artigo 147-B do Código Penal, pois a lei expressamente exige um resultado que: 1) efetivamente prejudique/perturbe o pleno desenvolvimento da mulher; ou 2) vise a degradar/controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, bastando nesse caso a finalidade, a intenção, ainda que esse objetivo não seja realmente alcançado (PROCOPIO, 2021).

Portanto, é imprescindível que fique bem delineada a conduta praticada pelo agressor, o dano emocional resultante na vítima e o nexos causal. Sendo assim:

[...] O dano psicológico, ou psíquico, como muitos assim o entendem, pode ser definido como a seqüela na esfera emocional ou psicológica de um fato particular traumatizante. Na realização da perícia psicológica busca-se determinar esta seqüela, como também vinculá-la ao fato traumatizante. (EVANGELISTA; MENEZES, 2020, p. 45)

Certo é que as definições trazidas ainda são de certa maneira imprecisas e, por isso, existe posicionamento no sentido de que o referido dispositivo apresenta uma redação demasiadamente vaga, o que feriria o princípio da taxatividade e, inclusive, prejudicaria a proteção à mulher na medida em que causa confusão técnica e inúmeras dúvidas a respeito de sua incidência (FIGUEIREDO, 2021, p. 9-10).

Desse modo, o conceito aberto do tipo, especialmente no que tange à definição de dano emocional, tornaria complexo a possibilidade de aferir tais danos, pois envolvem aspectos da subjetividade humana, sendo que a relevância do fato depende de importar e julgar uma alteração na relação de mulher com a sua própria vida, seja no aspecto “familiar, social, interpessoal ou laboral”. Nesse sentido:

[...] O dano psíquico caracteriza-se como um prejuízo ocasionado após evento ou vivência traumática. Nesse sentido, é possível que haja o comprometimento das funções psíquicas tais como: emoção, atenção, memória, raciocínio, entre outras. Por conseguinte, há a

possibilidade de que ocorra diversas consequências à vida social da pessoa atingida, por exemplo, a incapacidade de exercer atividades cotidianas e/ou profissionais, apresentando dificuldades de enfrentamento e adaptação a novas situações. (MIGUEL, 2020)

Destarte, no caso do artigo 147-B do Código Penal, o pressuposto para análise deve estar atrelado aos termos da lei, considerando que:

[...] todo dano emocional é prejudicial à vítima, ou não seria um dano. Assim, o prejuízo decorre necessariamente de uma perturbação ao pleno desenvolvimento feminino (e, justamente por isso, o legislador usou a conjunção aditiva “e” entre as expressões. Perturbar o pleno desenvolvimento feminino é uma expressão imprecisa, que não oferece um mínimo de taxatividade [...], no entanto, deve-se empreender um esforço interpretativo. A expressão se refere a qualquer forma de tolhimento das potencialidades, seja no que concerne ao aspecto fisiopsicológico, seja no que tange às habilidades sociais, afetando a essência individual. Nessa toada, o dano emocional que limita o desenvolvimento cognitivo, ou que embaraça aptidões artísticas, intelectuais ou profissionais, entre outras hipóteses, é perturbador do pleno desenvolvimento. O dano emocional também pode visar a degradar ou controlar ações, comportamentos, crenças ou decisões da mulher, ainda que não lhe cause efetivamente perturbação do pleno desenvolvimento. Temos, aqui, um dano direcionado à degradação ou ao controle, ou seja ao causá-lo, o autor pretende atingir essas finalidades (ainda que efetivamente não o consiga). (GILABERTE, 2021, p. 8-9)

Nesse sentido, observado que a violência psicológica configura-se, em geral, como uma forma de *slow violence* –no sentido de ocorrer de maneira lenta, cumulando-se progressivamente –, é capaz de gerar abalos também gradualmente, em razão da sucessão de condutas, às vezes, inicialmente mais leves, o que de ser atentamente apurado pelo julgador.

Contudo, isso não significa que para configuração do delito seja exigida habitualidade (reiteração de condutas), sendo que a gravidade de um único ato também pode ser capaz de causar dano emocional significativo:

São exemplos de danos psicológicos as crises de choro, angústia, *flashbacks* (memoração constante), pesadelos, insônia, irritabilidade, distúrbios alimentares, hipervigilância (*v.g.*, medo de andar em locais públicos), dores crônicas, medo de iniciar novos relacionamentos afetivos, incapacidade de tomar decisões relevantes, perda de concentração e memória, redução da capacidade laborativa (absenteísmo, desemprego), indução ao alcoolismo e outros. (FERNANDES; ÁVILA; CUNHA, 2021, p. 14)

Nesse aspecto, vale mencionar que há posição doutrinária no sentido de que a dimensão do dano psicológico pode ser variável, podendo ser graduada, assim como as demais lesões corporais:

[...] em leve, que implica em alterações reativas na dinâmica de personalidade ou na vida social, sexual, afetivo-emocional e profissional, requerendo tratamento breve e focal; a grave, que corresponde inclusive, em alguns casos, ao aparecimento de episódios depressivo grave com sintomas psicóticos, como alucinações, ideias delirantes, lentidão psicomotora podendo evoluir para estupor. Pode haver um comprometimento tal que todas as atividades sociais normais se tornam inoperantes, podendo existir o risco de morte por suicídio, desidratação ou desnutrição. (EVANGELISTA; MENEZES, 2000, p. 45)

Pertinente, ainda, destacar que o dano psíquico exigido para configuração do delito de violência psicológica não se confunde com o pedido de reparação de dano moral na seara da responsabilidade civil, vez que o primeiro repercute em alterações fisiológicas no organismo da vítima como depressão, ansiedade, fobias, estresse pós-traumático, etc. Nesse âmbito, vale destacar acórdão do STJ, em análise de recurso repetitivo, indicando a desnecessidade de comprovação do dano psíquico para reparação de danos morais no âmbito cível:

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. [...]

6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.

7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.

8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor

concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. [...]

(STJ, Acórdão de repetitivo 1675874-MS, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 28/02/2018, DJ 08/03/2018)

Por outro lado, ainda pende de discussão, a questão da imprescindibilidade de perícia para configuração do crime do artigo 147-B, pois remanesce controvérsia doutrinária, com posicionamentos pela desnecessidade da prova pericial, pois a lei não exige um “dano à saúde”, como exigida a comprovação no caso do artigo 129 do Código Penal, referente à lesão corporal. Com efeito, vislumbra-se que a Lei nº 14.188/2021 menciona apenas “dano emocional”, para o qual bastaria a prova por meio de relatos, testemunhas, arquivos de áudio/vídeo, relatórios de atendimento (PROCOPIO, 2021), com o cuidado devido para que sucessivas oitivas e detalhamentos desnecessários não configurem revitimização da mulher (FERNANDES; ÁVILA; CUNHA, 2021, p. 15).

Afinal, desde o primeiro contato de acolhimento durante a denúncia até a instrução probatória, todo o aparato estatal deve estar atento e devidamente capacitado para evitar o tratamento discriminatório com o escopo de tentar reverter a situação de vulnerabilidade da mulher envolvida no ciclo de violência, para garantir que o atendimento policial/jurisdicional não se revele como mais uma forma de violação do direito fundamental relativo à própria dignidade humana da mulher, que se vê obrigada a reviver a violência sofrida, por meio de repetitivos relatos, muitas vezes sendo abordada de maneira desrespeitosa pelos interlocutores, os quais não podem de maneira alguma menosprezar a situação.

Outro aspecto relevante em relação ao artigo 147-B concerne à análise de seu preceito secundário, que dispõe sobre a pena e indica sua aplicabilidade “se a conduta não constitui crime mais grave”, indicando que o delito de violência psicológica contra a mulher foi tratado como um crime subsidiário,

ou seja, só é aplicável se não houver a configuração de conduta mais grave (lesão corporal, perseguição, cárcere privado, etc.). Por outro lado, deverá absorver crimes menos graves (injúria, dano simples, ameaça, constrangimento ilegal) (PROCOPIO, 2021).

Ademais, sobre o aspecto processual, acertadamente o legislador enquadrou o delito do artigo 147-B como crime de ação penal pública incondicionada. Portanto, o Ministério Público não depende autorização da vítima para propor a ação, não sendo possível a proposição de acordo de não persecução penal em razão de vedação expressa disposta no inciso IV do § 2º do artigo 28-A do CPP.

Entretanto, outra discussão acalorada ainda existente é a respeito da aplicabilidade do princípio da insignificância (Súmula 589 STJ), da suspensão condicional do processo e da transação penal (Súmula 536 STJ), bem como da substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos (Súmula 588 STJ). Certo é que tais restrições devem ser observadas se configurada e comprovada violência psicológica no âmbito da Lei Maria da Penha; todavia, não sendo esse caso, parecem inaplicáveis essas restrições.

#### 4. Considerações finais

Discutidas as diversas perspectivas em relação à problemática proposta, concernente à inevitável indagação se a criminalização da violência psicológica contra a mulher efetivamente impactará no incremento de sua proteção, denota-se que a iniciativa legislativa da tipificação penal, instituída pela Lei nº 14.188/2021, configura-se como um marco muito relevante, mas a penalização não pode ser encarada como uma medida resolutiva isolada.

Diante de todo o exposto, impende reconhecer que a resolução da problemática referente à violência psicológica contra a mulher (ou, ao menos, sua minoração) não se sustenta somente com base em um diploma legal específico ou um sistema de justiça criminal eficiente, pois esses mecanismos configuram-se como necessários, todavia não podem ser políticas aplicadas



isoladamente, vez que dependem também de um esforço conjunto de conscientização de toda a sociedade.

Com efeito, não se deve menosprezar o teor do artigo 147-B, que incluiu o crime de violência psicológica contra a mulher no Código Penal, pois essa forma de violência caracteriza-se como uma situação contínua, cumulativa e progressiva, muitas vezes silenciosa e invisível por não deixar marcas aparentes no corpo da vítima, mas que provoca abalos muito graves, sendo imprescindível que tal conduta agressiva não seja minimizada e que a mulher seja legitimada como vítima no processo penal.

Afinal, não se pode olvidar que era comum, diante da ausência de tipificação penal da violência psicológica, a mulher comparecer para registrar boletim de ocorrência e ser simplesmente informada pela autoridade policial que a conduta não configurava qualquer infração penal, havendo também dificuldades para o deferimento de medidas protetivas de urgência.

Por isso, sim, a tipificação penal da violência psicológica contra a mulher deve ser encarada como mais uma vitória, mais um passo importante numa longa jornada. Principalmente porque enseja visibilidade e discussão de um problema comumente tratado com certa “normalidade”. Assim, tem-se que a criminalização reforça para a sociedade que tais condutas não são admissíveis em nenhuma situação.

Entretanto, consoante demonstrado no curso deste trabalho, indiscutível que a técnica legislativa poderia ser mais clara e precisa ao incluir o artigo 147-B ao Código Penal, de maneira a consolidar uma previsão legal menos vaga, sem essa grande margem de interpretação e carga de subjetivismo que restou no dispositivo, cuja aplicação dependerá sobremaneira da leitura jurisdicional.

Ademais, definido que a penalização não pode ser concebida como tábua de salvação, os resultados da análise evidenciam que é imperioso reconhecer a necessidade de uma abordagem muito mais abrangente, sendo primordial e urgente instrumentalizar políticas públicas efetivas para uma real

valorização da mulher em todos os âmbitos e ambientes, vencendo estereótipos históricos e culturais arraigados em nossa sociedade, que ensejam grandes injustiças sociais.

Deveras, mudanças efetivas, tanto no âmbito privado como estatal/institucional, dependem não só da promulgação de uma lei, mas sobretudo de abordagens e incursões vinculadas a diversos outros fatores, cuja implementação integrada engloba medidas educativas, preventivas e protetivas envolvendo toda sociedade.

Somente a partir dessa abordagem global é que a mulher poderá assumir a sua voz, rechaçando a ideia de que foi “educada” para aceitar e até justificar as atitudes do agressor, assumindo a culpa para si.

Ademais, para quebrar esse ciclo vicioso e perverso, não basta apenas a atuação do aparato estatal para prevenção e proteção da mulher contra a violência, pois é imperioso que a sociedade em si também assuma seu papel de protagonista nessa mudança, com compromisso ético e ativo, para que efetivamente sejam garantidos à mulher, desde a mais tenra idade, os direitos humanos fundamentais de uma vida livre e digna, superando sua vitimização ancestral pela discriminação, violência e exclusão, no âmbito familiar, estatal e social.

## Referências

ARRUDA, Élcio. Lei de violência doméstica: temas atuais e controvertidos. **Revista Fórum de Ciências Criminais** – RFCC, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 41-85, jan./jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm). Acesso em: 21 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 21 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em: 21 jan. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 741/2021**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0isnclhguo\\_f141e0igp5uhad6j26298347.node0?codteor=1970835&filename=PL+741/2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0isnclhguo_f141e0igp5uhad6j26298347.node0?codteor=1970835&filename=PL+741/2021). Acesso em: 21 jan. 2022.

BUENO, Samira *et al.* **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 3. ed. São Paulo: DATAFOLHA; FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

CADICRIM. **Lei nº 14.188/2021**. São Paulo: TJ/SP, set. 2021. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoCriminal/Cadicrim/ViolenciaPsicologicaContraMulher.pdf?d=1632229895624>. Acesso em: 21 jan. 2022.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 10-22, fev./mar. 2017.

CAPEZ, Fernando. Dano emocional à mulher: novo crime do Código Penal. **ConJur**, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-12/controversias-juridicas-dano-emocional-mulher-crime-codigo-penal>. Acesso em: 01 nov. 2021.

CESAR, Ana Cristina Cubas. Dano psíquico como crime de lesão corporal no âmbito doméstico e familiar contra a mulher. *In*: CAMBI, Eduardo (Org.). **MP e compromisso com a sociedade**. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020. v. 2.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

EVANGELISTA, Roberto; MENEZES, Ivani Valarelli. Avaliação do dano psicológico em perícias acidentárias. **Revista IMESC**, São Paulo, n. 2, p. 45-50, 2000.

FEIX, Virgínia. Das formas de violência contra a mulher – artigo 7º. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade**. São Paulo: Grupo Gen, 2015.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance; ÁVILA, Thiago Pierobom de; CUNHA, Rogério Sanches. Violência psicológica contra a mulher: comentário à Lei n. 14.188/2021. **Instituto Patrícia Galvão**, 29 jul. 2021. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencia-domestica/violencia-psicologica-contra-a-mulher-comentarios-a-lei-n-14-188-2021/>. Acesso em: 23 jan. 2022.

FIGUEIREDO, Rudá. Violência doméstica contra a mulher e a Lei nº 14.188/2021. **Ministério Público da Bahia**, 2021. Disponível em: [https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/codigo\\_penal\\_-\\_parte\\_especial/atualizacao\\_em\\_direito\\_penal\\_-\\_lei\\_14.188\\_de\\_2021.pdf](https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/codigo_penal_-_parte_especial/atualizacao_em_direito_penal_-_lei_14.188_de_2021.pdf). Acesso em: 23 jan. 2022.

GILABERTE, Bruno. Análise da Lei nº 14.188/2021: lesão corporal por razões de sexo feminino e violência psicológica contra a mulher. **Jus Brasil**, 28 out. 2021. Disponível em: <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1254533892/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contra-a-mulher>. Acesso em: 23 jan. 2022.

HEEMANN, Thimotie Aragon. Propostas contemporâneas para um combate efetivo e integral à violência doméstica e familiar contra a mulher. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, ano 6, n. 11, p. 185-212, dez./2019.

HUSS, Matthew T. **Psicologia forense: pesquisa, prática clínica e aplicações**. Trad. Sandra Maria Mallmann da Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2011.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Ciclo da violência**: saiba identificar as três principais fases do ciclo e entenda como ele funciona. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>. Acesso em: 06 fev. 2022.

LINS, Beatriz Accioly. “Mas ele nunca me bateu”: trânsitos jurídicos e psicológicos na construção judicial da violência psicológica. *In*: **Anais do 44º Encontro Anual da ANPOCS**,

dez. 2020. Disponível em: <http://anpocs.com/index.php/encontros/papers/44-encontro-anual-da-anpocs/gt-32/gt03-18>. Acesso em: 27 out. 2021.

LOPES, Arianne. Juiz reconhece lesão corporal psicológica e aplica medidas protetivas a vítima de violência doméstica. **Agência de Notícias TJGO**, 02 set. 2020. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/20-destaque/20371-juiz-reconhece-lesao-corporal-psicologica-e-aplica-medidas-protetivas-a-mulher-de-violencia-domestica>. Acesso em: 26 out. 2021.

LORGA, Fernanda Mariani. **A violência que fala mais alto**: uma análise do crime de violência psicológica no âmbito doméstico e conjugal, à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra. Portugal, 2018.

MACHADO, Isadora Vier. **Da dor no corpo à dor na alma**: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha. Tese. Doutorado em Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.

MARINHO, Cassiano Cruz. A incorporação do conceito de violência psicológica na dogmática civil. **Revistada Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**, São Paulo, ano 8, n. 10, p. 133-151, ago./2021.

MELO, Igor de; ORNELAS, Alex Rosa. O crime de violência psicológica e a Lei Maria da Penha. **ConJur**, 5 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-05/igor-melo-violencia-psicologica-lei-maria-penha>. Acesso em: 28 out. 2021.

MIGUEL, Alexia de Melo; LABIAK, Fernanda Pereira. Tipificação do dano psíquico resultante da violência psicológica como crime de lesão corporal: entaves dos mecanismos opressores da sociedade contemporânea. **Âmbito Jurídico**, 01 set. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/tipificacao-do-dano-psiquico-resultante-da-violencia-psicologica-como-crime-de-lesao-corporal-entaves-dos-mecanismos-opressores-da-sociedade-contemporanea/>. Acesso em: 29 out. 2021.

OLIVEIRA, Sibebe. Abuso psicológico afeta tanto a saúde mental quanto física: como identificar. **Viva Bem**, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/04/17/abuso-psicologico-afeta-tanto-saude-mental-quanto-fisica-como-identificar.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

PROCOPIO, Michael. O novo crime de violência psicológica contra a mulher. **Blog Estratégia Concursos**, 22 ago. 2021. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/o-novo-crime-de-violencia-psicologica-contra-a-mulher/>. Acesso em: 01 nov. 2021.

ROSAS, Larissa de Almeida Beltrão et al. **Cartilha da mulher - Violência psicológica**. Pará: Defensoria Pública por Elas, 2021. Disponível em: <http://www.defensoria.pa.def.br/portal/Cartilhas.aspx>. Acesso em: 23 jan. 2022.

RUIZ, Ivan Aparecido; PINTO, Tatiana Coutinho Pitta. Dormindo com o inimigo: da violência psíquica contra a mulher e a proteção insuficiente da ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 12, n. 1, p. 113-146, jan./jul. 2012.

SAAD, Cynthia Ramos do Amaral; TEIXEIRA, Márcia Regina Ribeiro. O que os olhos não veem, a lei alcança? O dano psíquico na aplicação da Lei Maria da Penha. *In*: JANUÁRIO, Lília Milhomem; SILVA, Jaqueline Barbosa Pinto. **Tendências em direitos fundamentais**: possibilidades de atuação do Ministério Público.

Artigo recebido em: 25/03/2022.

Aceito para publicação em: 25/01/2023.

# Direito do Trabalho da mulher advogada: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática

## *Women Lawyers' Labor Law: the issue of legal equality in face of factual inequality*

Ana Raquel Ramos de Assis Pereira<sup>1</sup>

Taciana Ramos<sup>2</sup>

Cláudia Paniago<sup>3</sup>

**Resumo:** O desequilíbrio entre a efetividade da norma jurídica e a realidade social, no tocante à desigualdade de gênero nas relações de trabalho, em especial para as mulheres, é um fato histórico e de debate atual. Esse contexto permeia, inclusive, a experiência prática das mulheres advogadas brasileiras, que vivenciam pouca isonomia trabalhista. Eis o problema desta pesquisa, que visa a discutir a realidade laboral das mulheres, sobretudo das advogadas, no Estado Democrático de Direito, mediante a concretização da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da promoção do bem de todos, combinando com o disposto em outros instrumentos internacionais que incluem essa temática. O objetivo geral deste estudo, então, é investigar a desigualdade fática dessa parte da categoria profissional citada no campo laboral, configurando como objetivos específicos realizar essa averiguação à luz dos direitos humanos e dos direitos sociais fundamentais positivados no ordenamento jurídico nacional e estrangeiro, bem como tecer reflexões baseadas em dados oficiais sobre esse tema. Optou-se pelo método de pesquisa dedutivo, com compilação e revisão de material acerca do assunto proposto. Percebe-se, como resultado parcial dessa análise, que a igualdade de oportunidades no contexto capitalista relaciona-se com o acesso ao trabalho ou emprego e sua justa remuneração; sem isso, as condições de sobrevivência digna do indivíduo ficam comprometidas. Destarte, infere-se que a efetivação do direito humano ao trabalho com igualdade material para as mulheres advogadas consiste em um grande desafio no Brasil e requer maior envolvimento da categoria para melhoramento desse quadro.

**Palavras-chave:** Trabalho da mulher. Discriminação. Direitos fundamentais. Igualdade material.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Graduada em direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3125-9624>

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0703-0128>

<sup>3</sup> Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7202-6072>

**Abstract:** The imbalance between the effectiveness of the legal norm and social reality, with regard to gender inequality in labor relations, especially for women, is a historical fact and one that is currently being debated. This context also permeates the practical experience of Brazilian women lawyers, who experience little labor isonomy. This is the problem of this research, which aims to discuss the labor reality of women, especially female lawyers, in the Democratic State of Law, through the realization of the dignity of the human person, the social value of work, and the promotion of the good of all, combined with the provisions of other international instruments that include this theme. The general objective of this study, then, is to investigate the factual inequality of this part of the professional category mentioned in the labor field, configuring as specific objectives the realization of this investigation in the light of human rights and of the fundamental social rights that are positivized in the national and foreign legal system, as well as to weave reflections based on official data on this theme. The deductive research method was chosen, with compilation and review of material on the proposed subject. The partial result of this analysis is that equal opportunity in the capitalist context is related to access to work or employment and to fair remuneration; without this, the conditions for the individual's dignified survival are compromised. Thus, it can be inferred that the realization of the human right to work with material equality for women lawyers is a great challenge in Brazil and requires greater involvement from the category in order to improve this situation.

**Keywords:** Women's work. Discrimination. Fundamental rights. Material equality.

## 1.Introdução

É um truísmo afirmar que o labor humano é uma atividade para sobrevivência da espécie, fazendo parte da organização social e estruturando as relações entre os indivíduos, viabilizando sua participação na vida econômica. Ocorre que, embora a sociedade moderna entenda, em tese, que o trabalho é fonte de independência e liberdade pessoais, também é fato que as relações de trabalho humanas mostram o desenvolvimento de hierarquias e o estabelecimento de relações de poder, de dominação e até de subjugação de um grupo de pessoas sobre as outras, o que afeta a igualdade entre elas (ECCE HOMO, 1999).

Ao longo da história humana, construiu-se a ideia de que o trabalho feminino constituiria um mero complemento ao trabalho masculino e que, portanto, teria menos valor. Desse modo, criava-se um padrão de trabalhos mal remunerados, geralmente vinculados às funções ditas femininas e que

acabaram por conferir salários inferiores às mulheres, fora outras situações de preconceito e discriminação para o exercício de um trabalho decente e digno a elas.

A desigualdade de condições de trabalho ou de emprego e a discrepância de remuneração entre homens e mulheres representam, assim, uma realidade mundial, e o Brasil não escapa desse cenário. A promoção e, mormente, a efetivação de legislação adequada e a aplicação de medidas ativas de enfrentamento da discriminação no ambiente de trabalho são essenciais para eliminar essa diferença salarial, entre outras vivências discriminatórias.

Apresentada essa contextualização geral sobre o trabalho e suas desigualdades, parte-se para a delimitação do objetivo geral deste trabalho, que é discutir a discriminação fática no mercado de trabalho brasileiro, especialmente no caso das mulheres advogadas. Esse é inclusive o problema observado na presente pesquisa, que trata da suposta desigualdade material existente entre os trabalhos desempenhados por mulheres e aqueles desempenhados por homens, com ênfase na advocacia.

Para a análise dessa temática, tem-se como objetivos específicos verificar essa questão à luz da dignidade da pessoa humana e da proibição da discriminação negativa de gênero. Além disso, buscar-se-á verificar a efetividade do direito fundamental ao trabalho sem esse viés de discriminação para as mulheres, em específico das advogadas brasileiras, a partir dos preceitos da Constituição Federal de 1988, da legislação infraconstitucional e dos tratados e convenções internacionais, no intuito de apreender a concretude do exercício de um trabalho mais isonômico para essa parcela da população.

O método de abordagem a ser utilizado nessa pesquisa será o dedutivo, que pressupõe a existência de verdades gerais já afirmadas que servem como premissas para se alcançar, a partir delas, outros conhecimentos. Já a técnica de pesquisa será a bibliográfico-doutrinária com a revisão da literatura sobre o tema e também a técnica estatística, a partir da análise de dados com vistas

a se obter um resultado mais concreto da situação das mulheres advogadas no Brasil. Nesse sentido, esse método de procedimento se justifica na medida em que é necessário avaliar a realidade laboral dessas pessoas observando dados estatísticos de fontes oficiais.

A pesquisa bibliográfica fundamentar-se-á na análise dos instrumentos normativos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização das Nações Unidas (ONU) no âmbito do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, bem como do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e da legislação brasileira aplicável ao caso, assim como o uso de demais fontes bibliográficas pertinentes.

Passada essa exposição de metodologia, detalha-se a forma de estruturação desse estudo, que se principia com a relação das normas jurídicas existentes no País e na comunidade internacional acerca dos direitos das mulheres, em específico do trabalho para esse gênero. Em tópico seguinte, tratar-se-á das regras e prerrogativas das mulheres advogadas, que foi o recorte adotado para essa análise. Por derradeiro, são pontuados determinados desafios da mulher que atua na advocacia brasileira, buscando alinhar algumas proposições para o melhoramento da qualidade de vida laboral dessas profissionais.

## **2. Direitos trabalhistas das mulheres nos cenários nacional e internacional**

Os primeiros documentos protetivos dos direitos das mulheres noticiados historicamente são de origem inglesa. O “Coai Mining Act”, de 1842, proibia o trabalho feminino subterrâneo. Já o “Factory Act”, de 1844, limitava a jornada de trabalho da mulher em doze horas, vedando-lhe o trabalho noturno. O “Factory and Workshop Act”, de 1878, por sua vez, proibiu o trabalho das mulheres em ofícios perigosos e insalubres, sendo vedado a elas também o trabalho noturno, salvo exceções (SLOSBERGAS, 2018, p. 420).



No ano de 1848, na França, surgiram leis de proteção ao trabalho feminino (NASCIMENTO, 2003, p. 858). Os franceses impediram o trabalho feminino em pedreiras e minas em 1874, assim como limitaram a jornada de trabalho da mulher em onze horas, generalizando a restrição de trabalho noturno a todas as mulheres, até então aplicável às menores de 21 anos, no ano de 1892 (SLOSBERGAS, 2018, p. 420).

Já na Alemanha, o Código Industrial de 1891 se ocupou, igualmente, dessa temática, fixando normas mínimas de proteção ao trabalho feminino. Segundo a doutrina, uma das mais expressivas regulamentações foi o Tratado de Versalhes, em 1919, que estabeleceu o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, norma esta replicada em algumas Constituições, como a brasileira, e que almejou inibir a exploração salarial da mulher (NASCIMENTO, 2003, p. 858).

A partir da celebração do referido Tratado na Conferência da Paz, houve a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho), organismo responsável pelos mecanismos de proteção das relações entre empregados e empregadores no âmbito internacional por meio de convenções e recomendações.

No âmbito da OIT, foram promulgadas as Convenções n. 3, 103 e 183, que impõem restrições ao trabalho da mulher em local insalubre, bem como o trabalho noturno e em condições perigosas e penosas (OIT, s.d. a). As Convenções n. 4, 41 e 89 impõem restrições ao trabalho da mulher no regime de horas extras e com peso (OIT, s.d.a). As Convenções n. 100 e 111, por seu turno, tratam da igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento em relação ao homem (OIT, 2020). A Convenção n. 156, por fim, também versa sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres, considerando os encargos de família (OIT, s.d. a).

Todo esse ideário de proteção jurídica de gênero foi absorvido no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da Organização das Nações Unidas (ONU), que consagrou que todos os seres humanos nascem

livres e iguais em dignidade e em direitos, sendo que todos podem invocar esses direitos e as liberdades proclamadas na referida Declaração sem distinção alguma, inclusive a baseada em critério de sexo (artigo 2º) (ONU, 1948).

No caso específico do trabalho, essa mesma norma preceitua em seu artigo 23 que toda pessoa tem direito ao labor, à livre escolha dele, bem como a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego (ONU, 1948). A igualdade salarial entre gêneros diferentes também constitui garantia implícita nesse dispositivo.

Ato contínuo, o artigo 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) prossegue no estabelecimento de igualdade perante a lei estendida a todos os indivíduos, com vedação de qualquer forma de discriminação, assegurando a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra quaisquer violações por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outro motivo (BRASIL, 1992). No mesmo sentido, está a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 1953 (BRASIL, 1963).

Já no artigo 3º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor desde 1976, há a previsão de que os Estados Partes do aludido Pacto se comprometem a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados nesse documento normativo (BRASIL, 1992)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup>O mesmo Pacto fixa em seu texto o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual (artigo 7º, “a”, “i”) (BRASIL, 1992). O texto desse Pacto estabelece, outrossim, que se deve conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às genitoras que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados (art. 10, 2) (BRASIL, 1992).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, doravante denominada Convenção da Mulher (CEDAW, sigla em inglês), vigente desde 1981, constitui o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher (PIMENTEL, 2013, p. 14-16). Esse instrumento internacional está calcado na promoção dos direitos da mulher, na busca da igualdade de gênero e na repressão a quaisquer discriminações contra a mulher nos Estados-parte. Especificamente sobre o labor feminino, os artigos 10 a 14 dessa Convenção requerem que os Estados-parte eliminem a discriminação na educação, no trabalho, na saúde, na vida cultural, social e econômica das mulheres (PIMENTEL, 2013, p. 14-16)<sup>5</sup>.

Atualmente, a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável da ONU elenca 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) para o progresso universal dos povos e do próprio planeta, sendo que o quinto objetivo visa ao alcance da igualdade de gênero e ao empoderamento de todas as mulheres e meninas. Além dele, outros doze ODS incorporam “explicitamente metas desagregadas por sexo, sendo que todos podem ser lidos a partir da perspectiva de gênero” (ONU, 2018).

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, acompanhando essa perspectiva mundial de proteção dos direitos da mulher, variados tratados e convenções foram firmados para o empoderamento feminino. No caso em

---

<sup>5</sup> Anterior à celebração dessa Convenção, no entanto, foi a realização da I Conferência Mundial sobre a Mulher (Cidade do México, 1975), sob o lema “Igualdade, Desenvolvimento e Paz” e tendo como tema central a eliminação da discriminação da mulher e o seu avanço social. Em 1980, na cidade de Copenhague, Dinamarca, e em 1985, na cidade de Nairóbi, Quênia, ocorreram, respectivamente, as II e III Conferências Mundiais sobre as Mulheres. Na capital dinamarquesa, o tema dos trabalhos foi “Educação, Emprego e Saúde” e, na capital queniana, o tema foi “Estratégias Orientadas ao Futuro, para o Desenvolvimento da Mulher até o Ano 2000”. Em 1995 foi promovida a IV Conferência Mundial sobre a Mulher com tema central “Ação para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz”, na China. A Plataforma de Ação de Pequim reafirmou os direitos das mulheres como direitos humanos e comprometidos com ações específicas para garantir o respeito a essas jusgarantias (ONU MULHERES BRASIL, s.d.b).

análise, no Cone Sul foi promulgada a Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher (1948) (BRASIL, 1953)<sup>6</sup>.

O princípio da igualdade em sua vertente material em especial, então, tem aplicação no Direito Internacional e, por lógica, encontra guarida nas Constituições de diferentes países. No Brasil, o debate acerca da construção de um Estado Democrático de Direito como espaço do exercício da cidadania, em especial pelas mulheres, indubitavelmente se dá mediante a concretização da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, ambos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos III e IV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988) (BRASIL, 1988).

Ademais, ainda sob o prisma constitucional, essa edificação cidadã coaduna com os objetivos desta República de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º da Carta Magna, incisos III e IV, respectivamente) (BRASIL, 1988). A própria igualdade entre os indivíduos perante a lei está fixada no artigo 5º, “caput” e inciso I, da Carta Maior de 1988<sup>7</sup>.

Prezando por isso, no rol dos direitos sociais fundamentais, consta no artigo 7º, inciso XX, a "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos", e o inciso XXX desse mesmo dispositivo prevê a

---

<sup>6</sup>Assinada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, Colômbia, em 2 de maio de 1948, essa Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 74, de 18.12.1951, e entrou em vigor no Brasil em 15 de fevereiro de 1950, sendo Promulgada pelo Decreto nº 31.643, de 23 de outubro de 1952. Seu artigo 1º assim dispõe: “os Estados Americanos convêm em outorgar à mulher os mesmos direitos civis que goza o homem” (BRASIL, 1953).

<sup>7</sup>Eis o texto do referido dispositivo legal: “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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)” (BRASIL, 1988).

"proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil" (BRASIL, 1988).

A proteção à gestante e a maternidade também tiveram tratamento especial e forte influência das Convenções Internacionais. A licença-maternidade na Constituição Federal de 1988 passou a ser de 120 dias, de acordo com o artigo 72, inciso XVIII - período superior ao previsto nas normas internacionais (BRASIL, 1988).

Todo esse panorama legal sobre os direitos humanos, os quais se aplicam às mulheres, podem ser sintetizados em dois princípios, especificamente, que regem inclusive o Brasil em suas relações internacionais, quais sejam: a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II, da CRFB/1988) e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade - artigo 4º, inciso IX, também da CRFB/1988 (BRASIL, 1988)<sup>8</sup>.

Desta feita, a nação brasileira compromete-se com todas as pessoas residentes no País e com a comunidade internacional a defender e promover os direitos humanos desses indivíduos, e isso não se altera no que se refere à proteção e à promoção das garantias individuais e coletivas das mulheres na sociedade. Daí a relevância do presente debate sobre efetivação de direitos, mormente ao de trabalho decente feminino na advocacia, a ser pormenorizado no tópico a seguir deste texto.

### **3.As jusgarantias e prerrogativas da mulher advogada**

Como já foi dito, a mulher tem direitos estabelecidos nos Tratados e Pactos Internacionais, além dos direitos assegurados no âmbito federal, como a Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho. Além desses direitos garantidos à cidadã, a advogada tem os direitos relativos ao exercício

---

<sup>8</sup>Ademais, no artigo 5º, §2º, da Lei Maior do Brasil está insculpido que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

da advocacia como um todo e prerrogativas específicas voltadas à mulher advogada.

As mulheres encontram dificuldades para se inserirem no mercado de trabalho em diversas profissões, inclusive na advocacia, e isso advém da forma de divisão do trabalho na sociedade, o que culmina em diferenças drásticas em relação à representatividade feminina nos espaços de destaque quando se examina esse mercado.

Em razão disso, a Ordem dos Advogados do Brasil criou, em 08 de março de 2013, a Comissão Nacional da Mulher Advogada (CNMA), com o propósito de fortalecer a figura da mulher na sociedade brasileira, especialmente no exercício da advocacia (OAB, s.d.c). Desse modo, é necessário entender quais motivos afastam a participação das mulheres na sociedade e, assim, estimular e orientar sua participação, criando mecanismos para que elas participem de forma igualitária na sociedade, quais sejam:

- D) Elaborar estudo, bem fundamentado, para estabelecimento de quotas temporárias para a mulher nas eleições da OAB.
- II) Reunião com a Comissão que estuda a alteração do processo eleitoral da Ordem para regras que viabilizem a inclusão da mulher;
- III) Buscar estudos que demonstram os quantitativos entre mulheres e homens estudantes e advogados para impactar os resultados.
- IV) Buscar espaço para a mulher, com painel temático, na Conferência Nacional dos Advogados (OAB, s.d.c).

A Comissão Nacional da Mulher Advogada (CNMA) iniciou uma campanha para o fortalecimento da defesa das prerrogativas da mulher advogada, para exercer a advocacia sem restrições por distinção de gênero, sem assédio e sem preconceito, ou seja, estabelecendo melhores condições para a mulher no exercício da advocacia. Com isso, estipulou as seguintes propostas:

- D) Melhorar as condições do trabalho das mulheres nas delegacias e presídios, fortalecendo a obediência às prerrogativas, para tanto elaborar pauta para reunião com a Secretaria da Mulher no âmbito da Presidência e com Ministro de Justiça (órgão de segurança) para parceria neste trabalho, fortalecendo as prerrogativas e igualdade de condições.

- II) Averiguar quais as prerrogativas das mulheres advogadas que estão sendo descumpridas – casos de assédios físico e moral – e buscar apoio dos Presidentes das Seccionais e Conselho Federal para repúdio, punição rigorosa para esse tipo de conduta, além de denúncia aos órgãos competentes.
- III) Elaborar proposta para incluir no Código de Ética da Advocacia regras que protejam a mulher do assédio físico e moral.
- IV) Formatar campanhas contra o assédio físico e moral.
- V) Fazer levantamento junto aos TED's das seccionais sobre processos em curso, julgados e arquivados contra advogadas mulheres e quais as principais reclamações.
- VI) Colocar sempre esse assunto nas reuniões dos Conselhos Estaduais e Federal (OAB, s.d.c).

Além disso, o Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada foi criado pelo Provimento nº 164/2015 com o mesmo objetivo da Comissão Nacional da Mulher Advogada (CNMA), ou seja, com o intuito de fortalecer os direitos humanos da mulher advogada (BRASIL, 2015). O artigo 2º do provimento traça as diretrizes necessárias para a concretização desse fortalecimento.

Art. 2º O Plano Nacional de que trata este Provimento, no fortalecimento dos direitos humanos da mulher, terá como diretrizes:

- I - a educação jurídica;
- II - a defesa das prerrogativas das mulheres advogadas;
- III - a elaboração de propostas que apoiem a mulher no exercício da advocacia;
- IV - a implementação de condições diferenciadas nos serviços prestados pela Caixa de Assistência dos Advogados, que atendam a necessidades específicas da mulher advogada;
- V - a promoção de diálogo com as instituições, visando humanizar as estruturas judiciárias voltadas às advogadas;
- VI - a construção de uma pauta de apoio à mulher na sociedade, tendo como focos principais:
  - a) a igualdade de gêneros e a participação das mulheres nos espaços de poder;
  - b) o combate à violência doméstica, incluindo assistência às vítimas;
  - c) o apoio a projetos de combate ao feminicídio e a outras violências contra a mulher;
  - d) a defesa humanitária das mulheres encarceradas;
  - e) a defesa e a valorização das mulheres trabalhadoras rurais e urbanas;
  - f) a defesa e a valorização das mulheres indígenas;
  - g) o combate ao racismo e à violência contra as mulheres negras;
  - h) o enfrentamento ao tráfico de mulheres;
  - i) a mobilização contra a banalização da imagem da mulher na mídia publicitária.

VII - a criação de mecanismos para a realização do censo destinado à construção do perfil da mulher advogada no Brasil e por regiões;  
VIII - a publicação periódica de pesquisas e artigos por meio da OAB Editora, tendo como tema principal a mulher e sua realidade social e profissional;

IX - a criação de manuais de orientação que envolvam os principais temas relacionados aos direitos das mulheres e à igualdade de gênero;

X - o apoio à capacitação da mulher advogada por meio de cursos da Escola Nacional de Advocacia - ENA e das Escolas Superiores de Advocacia - ESAs;

XI - o monitoramento destinado a realizar a criação e o funcionamento das Comissões da Mulher Advogada, a título permanente, em todas as Seccionais e Subseções;

XII - a sensibilização e a implementação de estratégias para ampliação da participação das mulheres advogadas nas decisões das Seccionais e das Subseções;

XIII - uma política de concessão de benefícios próprios à mulher advogada, particularmente em relação às mães, a ser praticada pelo Conselho Federal, pelos Conselhos Seccionais e pelas Caixas de Assistência dos Advogados de todos os Estados;

XIV - a realização de uma Conferência Nacional da Mulher Advogada, em cada mandato;

XV - valor diferenciado, para menor, ou isenção na cobrança da anuidade da mãe no ano do parto ou da adoção, ou no caso da gestação não levada a termo, preferencialmente na forma de devolução pela Caixa de Assistência dos Advogados, a critério de cada Seccional;

XVI - a presença, em todas as comissões da OAB, de no mínimo 30% (trinta por cento) e no máximo 70% (setenta por cento) de membros de cada sexo;

XVII - a participação, inclusive na condição de palestrante, em todos os eventos realizados no âmbito do Conselho Federal da OAB e suas respectivas comissões, de no mínimo 30% (trinta por cento) de membros de cada gênero, exceto naqueles em que haja apenas um membro palestrante (Inserido pelo Provimento 195/2020) (BRASIL, 2015).

Assim como o artigo 2º do Provimento nº 195/2020 a Constituição Federal de 1988 também assegura em seu artigo 5º, I que homens e mulheres são iguais. Sendo necessário a promoção de igualdade entre os gêneros (BRASIL, 1988).

O artigo 7º do Estatuto da Advocacia prevê os direitos de toda a advocacia, entre eles liberdade ao exercício profissional, inviolabilidade do escritório, correspondências, instrumentos de trabalho, o livre acesso, entre outros (BRASIL, 1994).



Além desses direitos previstos no artigo 7º do Estatuto da Advocacia, a mulher advogada tem outras prerrogativas relacionadas à maternidade. A Lei nº 13.363/2016 alterou o Estatuto da Advocacia e trouxe avanços importantes, assegurando direitos às advogadas gestantes, lactantes e no período pós-parto ou adoção, visando justamente a garantir às mulheres condições que lhe permitam conciliar a maternidade com o exercício da advocacia, dando efetividade à equidade de gênero (BRASIL, 2016).

Art. 7º-A. São direitos da advogada:

I - gestante:

a) entrada em tribunais sem ser submetida a detectores de metais e aparelhos de raios X;

b) reserva de vaga em garagens dos fóruns dos tribunais;

II - lactante, adotante ou que der à luz, acesso a creche, onde houver, ou a local adequado ao atendimento das necessidades do bebê;

III - gestante, lactante, adotante ou que der à luz, preferência na ordem das sustentações orais e das audiências a serem realizadas a cada dia, mediante comprovação de sua condição;

IV - adotante ou que der à luz, suspensão de prazos processuais quando for a única patrona da causa, desde que haja notificação por escrito ao cliente.

§ 1º Os direitos previstos à advogada gestante ou lactante aplicam-se enquanto perdurar, respectivamente, o estado gravídico ou o período de amamentação.

§ 2º Os direitos assegurados nos incisos II e III deste artigo à advogada adotante ou que der à luz serão concedidos pelo prazo previsto no art. 392 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

§ 3º O direito assegurado no inciso IV deste artigo à advogada adotante ou que der à luz será concedido pelo prazo previsto no § 6º do art. 313 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) (BRASIL, 1994).

A advogada gestante tem o direito de ter sua entrada permitida em tribunais sem ser submetida a detectores de metais e aparelhos de Raios X e também tem direito à vaga especial de estacionamento gratuita nos fóruns dos tribunais.

Já a advogada que der à luz ou adotar uma criança, quando for a única patrona da causa, pode solicitar a suspensão de prazos processuais por 30 dias, contados a partir da data do parto ou da concessão da adoção, mediante apresentação de certidão de nascimento ou documento similar que comprove

a realização do parto, ou de termo judicial que tenha concedido a adoção, desde que haja notificação ao cliente.

Toda advogada gestante, lactante, adotante ou que deu à luz tem preferência na ordem das sustentações orais e das audiências, mediante comprovação de sua condição. Essa advogada também tem direito à creche, quando disponível, ou a local adequado para as necessidades do bebê. Esses direitos são assegurados pelo período de 120 dias, decorrentes da licença-maternidade.

Além dessas garantias previstas no artigo 7º-A do Estatuto da Advocacia, o Provimento nº 111/2006, artigo 2º, VI assegura isenção total ou parcial da anuidade e institui a fixação de um valor diferenciado, para menor, ou isenção na cobrança da anuidade da mãe no ano do parto ou da adoção, ou no caso da gestação não levada a termo, a critério de cada Seccional (BRASIL, 2006).

Além disso, houve alterações no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB assegurando que só será admitido nas próximas eleições o registro de chapas que atendam ao mínimo de 30% e máximo de 70% para candidaturas de cada sexo (BRASIL, 1994).

Art. 131. São admitidas a registro apenas chapas completas, que deverão atender ao mínimo de 30% (trinta por cento) e ao máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo com indicação dos candidatos aos cargos de diretoria do Conselho Seccional, de conselheiros seccionais, de conselheiros federais, de diretoria da Caixa de Assistência dos Advogados e de suplentes, se houver, sendo vedadas candidaturas isoladas ou que integrem mais de uma chapa.

§ 1º O percentual mínimo previsto no *caput* deste artigo poderá ser alcançado levando-se em consideração a chapa completa, compreendendo os cargos de titular e de suplência, não sendo obrigatória a observância em cargos específicos ou de diretoria, incluindo a do Conselho Federal.

§ 2º Para o alcance do percentual mínimo previsto no *caput* deste artigo observar-se-á o arredondamento de fração para cima, considerando-se o número inteiro de vagas subsequente.

§ 3º É facultativa a observação do percentual mínimo previsto neste artigo nas Subseções que não possuam Conselho (BRASIL, 1994).

A alteração no artigo 131 do Regulamento Geral vai propiciar uma maior participação da mulher advogada nos cargos de maior prestígio dentro da Ordem dos Advogados do Brasil, como, por exemplo, nos cargos de diretoria, conselheiros federais, diretoria executiva, entre outros. (BRASIL, 1994)

As prerrogativas da mulher advogada são, ao mesmo tempo, um instrumento de valorização da advocacia e de enfrentamento da desigualdade de gênero no exercício profissional. Em razão disso, é de suma importância o combate à violação dessas prerrogativas, visto que essas são essenciais e estabelecem melhores condições para a mulher no exercício da advocacia.

Em caso de violação à prerrogativa da mulher advogada, é necessário procurar a Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas e Valorização da Advocacia ou Comissão de Defesa de Prerrogativas e Valorização da Advocacia de sua própria Seccional. Já se a violação ocorrer em Processos Judiciais, a advogada pode acionar a Procuradoria Nacional de Defesa das Prerrogativas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou a Procuradoria de sua própria Seccional (OAB, s.d. c).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil conta com o Canal Prerrogativas, no qual é possível acessar a plataforma “Defenda-se”, que conta com um repositório de peças processuais e representações para auxílio nas defesas referentes a situações de violação das prerrogativas. O Conselho Federal da OAB, conta, ainda, com a Ouvidoria de Honorários e com a Ouvidoria-Geral, que são importantes canais de participação dos advogados na Entidade (OAB, s.d. c).

A Comissão Nacional da Mulher Advogada (CNMA) e o Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada surgiram com o intuito de fortalecer a figura da mulher advogada e tem um papel muito importante no cenário atual. Ambas foram essenciais para aumentar a participação das mulheres na seara do Direito, já que conseguiram criar mecanismos para incentivar a participação dessas e, ainda, criar direitos.

Conforme o quadro de advogados quantitativo por gênero (Tabela 1), é possível perceber que hoje a quantidade de mulheres advogadas é maior do que a quantidade de homens, o que nunca tinha acontecido. A Comissão Nacional da Mulher Advogada, o Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada e a proposta de paridade de gênero nas eleições da Ordem dos Advogados do Brasil foram de grande relevância para uma maior participação da mulher advogada no âmbito do Direito. Essa marca histórica é devida às estratégias e aos mecanismos utilizados, como o painel temático, melhora das condições de trabalho, averiguação do cumprimento das prerrogativas, entre outros.

Mesmo com essa conquista, é necessário continuar com essas estratégias e mecanismos, pois ainda há pouca representatividade feminina em espaços de poder e decisão, como no Poder Judiciário e dentro da Ordem dos Advogados.

**TABELA 1- Quadro de Advogados Quantitativo por Gênero**

SECCIONAL	Advogados(ae)		Estagiários(ae)		Suplementares		TOTAL
	Feminino	Masculino	Feminino	Masculino	Feminino	Masculino	
AC	1.689	1.994	5	27	108	298	4.121
AL	6.172	6.862	9	17	196	531	13.787
AM	6.632	6.431	6	12	343	746	14.170
AP	1.842	1.855	5	5	139	332	4.178
BA	28.171	25.797	125	172	567	2.015	57.247
CE	16.673	17.967	39	34	292	727	35.732
DF	23.648	23.140	214	249	1.442	3.638	52.331
ES	12.784	11.884	42	44	422	1.005	26.181
GO	24.813	23.034	141	184	1.005	2.202	51.379
MA	9.206	9.913	6	56	477	1.180	20.838
MG	65.813	64.679	1.865	1.631	1.328	2.881	138.197
MS	8.075	8.704	80	88	341	923	18.211
MT	11.506	10.691	417	328	435	1.209	24.586
PA	12.227	11.125	150	172	424	974	25.072
PB	9.070	10.367	19	49	184	468	20.157
PE	19.492	19.570	82	120	416	960	40.640
PI	7.448	8.483	21	37	184	516	16.689
PR	40.297	40.773	26	47	1.007	2.075	84.225
RJ	78.849	71.441	1.765	1.263	1.921	3.820	159.059
RN	7.092	7.567	21	53	222	556	15.511
RO	4.985	4.462	22	10	236	603	10.318
RR	1.220	1.224	12	16	104	235	2.811
RS	47.757	44.933	511	419	607	1.101	95.328
SC	23.343	22.961	40	39	1.319	2.632	50.334
SE	5.996	5.611	8	28	203	521	12.367
SP	176.589	170.230	1.983	1.524	3.712	6.649	360.687
TO	4.029	3.936	30	38	279	742	9.054
<b>TOTAL</b>	<b>655.418</b>	<b>635.634</b>	<b>7.644</b>	<b>6.662</b>	<b>18.313</b>	<b>39.539</b>	<b>1.363.210</b>

**Fonte:** dados obtidos junto ao site da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB, 2021).

#### 4. Os desafios da advogada brasileira na realidade da atuação jurídica nacional

As mulheres brasileiras encontram problemas relacionados à inserção no mercado de trabalho em diversas profissões, e isso advém do próprio histórico de desenvolvimento da sociedade, que ocorreu de maneira sinuosa e desigual, sobretudo em relação ao gênero. Isso culminou em diferenças drásticas em relação à representatividade feminina nos espaços de destaque quando se examina o mercado de trabalho.

A pesquisa “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil” realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e publicada no ano de 2018 apontou que, apesar de as mulheres serem mais frequentes nas escolas do que os homens (73,5% e 63,2%, respectivamente), encontram-se bem aquém desses números em relação aos cargos gerenciais, pois 60,9% deles são ocupados por homens, ao passo que apenas 39,1% são ocupados por mulheres (IBGE, 2018).

De acordo com Márcia Tiburi (2018), essa desigualdade pode transcorrer de uma divisão sexual do trabalho:

É mais do que curioso analisar onde, como e quando as mulheres trabalham. Desde que nasce, não é um exagero dizer, uma menina está condenada a um tipo de trabalho que se parece muito com a servidão que, em tudo, é diferente do trabalho remunerado ou do trabalho que se pode escolher dependendo da classe social à qual se pertence. (...) Mesmo quando tiver um emprego fora de casa, a maior parte das mulheres trabalhará mais do que os homens, que, de um modo geral, não fazem o serviço de casa. Acumularão o trabalho remunerado com o não remunerado. Terceiras, e até mesmo, quartas jornadas – vale dizer mais uma vez – nunca remuneradas farão das mulheres escravas do lar com pouco ou nenhum tempo para desenvolverem outros aspectos da própria vida (TIBURI, 2018, p. 14-15)

É perceptível que a sociedade vem constantemente se transformando, de modo que se pode dizer que houve uma mudança significativa dos papéis desempenhados pelas mulheres, com uma conseqüente maior participação no mercado de trabalho. No entanto estudos demonstram que essa divisão sexual do labor apontada por Tiburi (2018)

ainda é muito comum, tendo em vista que a pesquisa supramencionada, “Estatísticas de Gênero”, concluiu que, em 2016, as mulheres se dedicaram 73% a mais de horas do que os homens aos afazeres domésticos e cuidados de pessoas (IBGE, 2018).

Essa divisão de serviços baseada em sexos concerne aos tempos da colonização, quando os homens brancos europeus se encarregaram de desbravar os continentes, enquanto às mulheres eram destinadas as tarefas domésticas e de procriação. O Brasil desenvolveu-se diante desse cenário e, por isso, até hoje essas desigualdades encontram-se arraigadas no corpo da sociedade.

É assim que Clara Maria Holanda Silveira e Maria do Socorro F. Osterne (2014) demonstram que “ao homem, destina-se o mundo público, a política, a economia, as grandes decisões que influenciam no rumo tomado por toda a humanidade. À mulher, cabe o mundo doméstico, de produção e de reprodução da prole e de organização do lar” (SILVEIRA, OSTERNE, 2014, p. 218). Percebe-se, assim, que se trata claramente de um problema cultural, enraizado nos costumes societários.

Simone de Beauvoir (1970) já alertava sobre a problemática envolvendo a dicotomia masculino/feminino, na medida em que se depreende que, nessa divisão, ser mulher seria um desdobramento negativo de ser homem. A filósofa, em 1949, com sua obra “*O Segundo Sexo*” atribuiu, assim, à figura feminina o papel de “Outro” dentro das sociedades que tradicionalmente foram formadas, sobrelevando-se a figura masculina (BEAUVOIR, 1970). É nesse sentido que critica a burguesia, que “exige a presença da mulher no lar tanto mais vigorosamente quanto sua emancipação torna-se uma verdadeira ameaça (...) porque as mulheres são encaradas como perigosas concorrentes, habituadas que estavam a trabalhar por salários mais baixos” (BEAUVOIR, 1970, p. 17).

Destaca-se que não se objetiva dizer que as mulheres não podem gostar dos afazeres domésticos, nem tampouco procura este estudo desfazer-se desse

tipo de trabalho. Mostra-se salutar, todavia, problematizar a distribuição dos serviços entre homens e mulheres, porque a sobrecarga da mulher, aliada a esse histórico de exclusão desde os tempos do Brasil Colônia, pode ter provocado certo afastamento do público feminino dos cargos de destaque dentro do mercado de trabalho hodierno.

Quando se faz uma contextualização dessa desigualdade histórica em relação ao ramo jurídico, confirma-se que, assim como no panorama geral, as mulheres representam maior quantidade numérica quando ainda se encontram no desenvolvimento dos estudos. Atualmente representam maior número nos quadros da Ordem dos Advogados (OAB, 2021), mas no mercado de trabalho, em se tratando de posições de destaques, essa não é a mesma realidade.

Dados do Censo da Educação Superior do ano de 2017 demonstram que as mulheres representam 55,34% dos estudantes matriculados em cursos de graduação em Direito, em diversas Universidades espalhadas pelo País (BRASIL, 2017). Isso pode gerar uma falsa sensação de que, enfim, as mulheres teriam alcançado a almejada igualdade material dentro da carreira jurídica, pelo menos. No entanto, quando são analisados outros dados, percebe-se o equívoco de tal proposição.

A olho nu, já se percebe que a composição da mais alta Corte brasileira (Supremo Tribunal Federal – STF) é espantosamente desigual, pois dos 11 Ministros que a compõem, tem-se uma maioria esmagadora de homens (nove), contra apenas duas mulheres, Rosa Weber e Cármen Lúcia. O mesmo ocorre em outros setores da vida jurídica, como a Magistratura brasileira quando se verifica que, dos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição, as mulheres representavam menos de 35% até 2018 (AMB, 2018).

O início da participação feminina na advocacia brasileira também foi muito conturbado, pois existia uma resistência muito grande à aceitação de mulheres em atividades que ultrapassassem os limites dos afazeres domésticos, de mãe e de esposas, principalmente em relação às mulheres

burguesas. Quando muito, as mulheres alfabetizadas que não possuíam tanto poder aquisitivo eram mais socialmente aceitas quando desejavam exercer o magistério, principalmente para as séries primárias (GUIMARÃES, FERREIRA, 2009).

Foi nesse contexto que Myrthes Gomes de Campos, que se tornou bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais em 1898 pela Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, a contragosto de seu pai e de uma sociedade com costumes essencialmente patriarcais, tornou-se a primeira mulher brasileira a ter sua inscrição efetivada nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (GUIMARÃES, FERREIRA, 2009).

Outras mulheres antecederam-na em relação à conclusão do curso de Direito, entretanto foi Myrthes quem quebrou barreiras para efetivar sua inscrição na Ordem, que só possuía homens em seu quadro desde sua fundação, em 1843. Todavia, o que se percebe é que evidentemente a advogada passou por muitos percalços até alcançar seu objetivo, pois somente foi aceita de maneira plena na instituição no ano de 1906 (GUIMARÃES, FERREIRA, 2009).

Atualmente, em questões numéricas, as mulheres ultrapassam os homens em relação à inscrição na OAB, tendo em vista que, enquanto se tem um total de 611.888 (seiscentos e onze mil oitocentos e oitenta e oito) homens inscritos, o número de mulheres é de 615.131 (seiscentos e quinze mil cento e trinta e uma), somando-se as inscrições efetivadas em todos os estados do País, de acordo com a Tabela 1, apresentada no tópico anterior (OAB, 2021). Ou seja, as mulheres representam hodiernamente 50,13% das pessoas inscritas no quadro da Ordem.

Destarte, torna-se claro que houve uma modificação profunda nas estruturas sociais, principalmente através da efetivação dos direitos fundamentais nas Cartas Políticas brasileiras. O maior avanço pode ser atribuído à Constituição Federal de 1988, que previu expressamente a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, vedando-se



qualquer distinção (BRASIL, 1988). No entanto, considera-se que a mera igualdade de direitos em seu sentido formal não se mostra suficiente para garantir de fato o alcance de espaços por parte do público feminino que por muito tempo lhes foram negados.

Isso porque, até 2016, analisando-se os dez maiores escritórios de advocacia do Brasil, se constatou que as mulheres não representam nem 20% dos quadros de sócios (SOUZA, 2016). Esse valor é ínfimo quando se observa a quantidade de mulheres que vem se formando em Direito, bem como aquelas que já se encontram inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil. Por isso, constata-se que, ainda que se tenha alcançado um expressivo aumento da formação de profissionais femininas como advogadas, elas, de alguma maneira, ainda não alcançam destaques em suas carreiras nessa mesma proporção.

A realidade brasileira demonstra que ainda são muitos os advogados e advogadas que atuam sozinhos, mas existem também grandes sociedades que se destacam, principalmente quando possuem no quadro societário advogados que de alguma forma ganharam fama (BERTOLIN, 2017). No entanto, não é incomum que esses escritórios maiores contratem seus advogados de maneira a eximirem-se das obrigações trabalhistas, forjando contratos de “advogados associados”, mesmo quando se encontram presentes todos os requisitos caracterizadores do vínculo empregatício, quais sejam: habitualidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e o fato de ter que ser uma pessoa física na forma da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943). No entanto, a posição de sócio (a) de grandes escritórios é a mais almejada por aqueles que buscam seguir a carreira de advogado.

Acredita-se que a divisão sexual do trabalho ainda é um grande fator que justifica o distanciamento das mulheres desses cargos de destaque dentro da atividade advocatícia, como o é a posição de sócia. Em pesquisa realizada em conjunto com o Departamento de Pesquisas Educacionais da Fundação Carlos Chagas, em São Paulo, no ano de 2015, Patrícia Bertolin (2017) mais

tarde concluiu, analisando o depoimento de uma das sócias entrevistadas, que:

Em seu relato, a sócia evidencia que a feminização da advocacia não se traduziu em iguais oportunidades de crescimento profissional nas sociedades para homens e mulheres, destacando um aspecto que apareceu em todas as entrevistas realizadas nesta pesquisa: a incompatibilidade entre a rotina do trabalho desenvolvido nos escritórios e as exigências domésticas que recaem sobre as mulheres, sobretudo aquelas relacionadas aos filhos. (...) Várias advogadas ouvidas nesta pesquisa mencionaram sua baixa expectativa de chegar à condição de sócia, vinculando-se a isso relatos sobre mulheres que saem dos escritórios para trabalhar em departamento jurídico de empresa, em que há um horário regular de trabalho, facilitando a conciliação entre vida profissional e família (BERTOLIN, 2017, p. 26-27).

Dessa maneira, entende-se que a problemática que envolve o espaçamento ainda existente entre as advogadas e as posições de destaque no mercado de trabalho é fruto historicamente da divisão sexual do trabalho, mas acredita-se que isso só poderá ser remediado através de uma cognição mais ampla da igualdade como direito fundamental.

Isso porque - para além do princípio isonômico em seu sentido formal - se adota, para a validação efetiva dessa premissa, a máxima aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, de acordo com o caso concreto, na medida em que essas desigualdades se mostrem suficientes para justificarem uma discriminação positiva por parte do aplicador da norma.

Nesse sentido, têm-se as acertadas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2000):

Por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, existindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e os concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos (MELLO, 2000, p. 18).

Por isso, reconhecer-se, em primeiro lugar, que realmente existe ainda uma incongruência entre os números de mulheres que ingressam na carreira

jurídica e aquelas que de fato alcançam esferas de prestígio é o primeiro passo para que se possa utilizar de um *discrímen* positivo, visando à correção desse problema social. Não obstante, entende-se que somente a clássica subdivisão do princípio da igualdade em seu sentido formal e material não são suficientes para afastar a desigualdade que ainda assola os grupos sociais minoritários, prejudicados por fatores históricos, como ocorreu em relação às mulheres advogadas.

De acordo com o Professor Wallace Corbo (2017), “torna-se necessário também refletir sobre o princípio da igualdade perante a lei, buscando substancializar seu conteúdo jurídico de modo a compatibilizá-lo com o arcabouço constitucional vigente” (CORBO, 2017, p. 7). Ou seja, é preciso que se requeira não só a aplicação isonômica da lei entre homens e mulheres, mas também que esse postulado seja aplicado levando-se em consideração outras premissas existentes na Carta Constitucional de 1988, com um cunho especial de proteção às minorias (CORBO, 2017).

É notório que a sociedade sofreu diversos processos de evolução que culminaram em uma maior participação feminina na advocacia. No entanto os números apontados revelam que a igualdade de direitos perante a lei, apesar de ser importantíssima enquanto garantia, não seria suficiente para permitir que essas mulheres de fato ocupem espaços de destaque, que ainda são majoritariamente preenchidos pelos homens. A igualdade material, por sua vez, vem sendo utilizada principalmente por meio da formação de ações afirmativas que reservam determinada quantidade de vagas a serem preenchidas por essas profissionais, conforme já foi demonstrado no segundo item desta pesquisa.

Assim, a materialidade do princípio isonômico permite uma melhor percepção da realidade, visando à correção de distorções históricas. Todavia, entende-se aqui que a Constituição Federal deve ser analisada em conjunto, de forma que somente uma compreensão mais ampla da igualdade, atrelada

a outros direitos fundamentais, seria realmente capaz de permitir os avanços dessa premissa em conformidade com os avanços sociais.

Exemplo disso é que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, inciso IV, sobreleva como objetivo fundamental da República Brasileira a vedação a qualquer tipo de discriminação[7]. Desse modo, não só se garante que as pessoas sejam tratadas de maneira equânime, mas também que qualquer tipo de distinção entre elas seja imediatamente passível de correção por parte do Estado. Assim, entende-se que a Igualdade seria o postulado central do direito constitucional contemporâneo, como bem defende o professor Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, et al. 2019, p. 599), mas que a sua interpretação precisa ser feita em conjunto com outros princípios, como é o caso da proibição à discriminação.

## 5. Considerações finais

O presente artigo analisou o trabalho da mulher advogada no sentido de demonstrar a desigualdade fática existente ante a igualdade jurídica. As mulheres encontram problemas relacionados à inserção no mercado de trabalho em diversas profissões, inclusive na advocacia.

Isso ocorre em razão da forma como o trabalho se desenvolveu na sociedade, ou seja, ao longo da história a divisão de trabalho foi baseada nas relações sociais de sexo e, com isso, construiu-se a ideia de que o trabalho feminino constituiria um mero complemento ao trabalho masculino. Sendo assim, essa forma de divisão do trabalho determinou uma desigualdade de gênero, culminando em diferenças drásticas em relação à representatividade feminina nos espaços de destaque no mercado de trabalho.

Como já foi mencionado, a mulher tem direitos estabelecidos nos Tratados e Pactos Internacionais, além dos direitos assegurados no âmbito nacional pela Constituição Federal de 1988. A Constituição prevê expressamente a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, vedando-se qualquer distinção, e faz um debate acerca da construção de um

Estado Democrático de Direito como espaço do exercício da cidadania, em especial pelas mulheres, o que se dá mediante a concretização da dignidade da pessoa humana.

Além desses direitos assegurados, a advogada tem direitos relativos ao exercício da advocacia e prerrogativas específicas voltadas à mulher advogada no âmbito da maternidade. É notório que a sociedade sofreu diversos processos de evolução que culminaram em uma maior participação feminina na advocacia.

Atualmente, em questões numéricas, as mulheres já ultrapassam os homens, representando 50,13% das pessoas inscritas nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB, 2021). Entretanto, ainda que se tenha alcançado um expressivo aumento da formação de profissionais femininas como advogadas, elas, de alguma maneira, ainda não alcançam posição de destaque em suas carreiras nessa mesma proporção.

Acredita-se que a divisão sexual do trabalho ainda é um grande fator que justifica o distanciamento das mulheres desses cargos de destaque dentro da atividade advocatícia. Desse modo, questiona-se de que forma a cultura da desigualdade de gênero influencia o trabalho da mulher advogada.

Entende-se que a problemática que envolve o espaçamento ainda existente entre as advogadas e as posições de prestígio no mercado de trabalho é fruto histórico da divisão sexual do trabalho, mas acredita-se que isso só poderá ser remediado com a igualdade enquanto direito fundamental. Isso porque, para além do princípio da igualdade em seu sentido formal, se adota, para a validação efetiva dessa premissa, a máxima aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (ARISTÓTELES, 2001), de acordo com o caso concreto, na medida em que essas desigualdades se mostrem suficientes para justificarem uma discriminação positiva por parte do aplicador da norma.

Por isso é necessário reconhecer, em primeiro lugar, que ainda existe uma incongruência entre os números de mulheres que ingressam na carreira

jurídica e aquelas que, de fato, alcançam esferas de prestígio. Desse modo, considera-se que a mera igualdade de direitos em seu sentido formal não se mostra suficiente para garantir o alcance de espaços por parte do público feminino.

Já a igualdade de direitos no sentido material garante uma maior efetivação, uma vez que considera as peculiaridades dos indivíduos, garantindo a eles as mesmas oportunidades em relação aos demais. Entende-se que a Constituição Federal deve ser analisada em conjunto, de forma que somente uma compreensão mais ampla da igualdade, atrelada a outros direitos fundamentais, seria realmente capaz de permitir os avanços dessa premissa em conformidade com os avanços sociais.

Exposto isso, sustenta-se que determinadas medidas de efetivação dessas jusgarantias devem ser promovidas. No caso em análise, o fortalecimento das Comissões das Mulheres Advogadas, com maior atuação delas na realidade de cada Comarca - além do empenho do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nesse aspecto -, associada à possibilidade de maiores fiscalização e punição de violações impetradas contra os direitos das advogadas por esses grupos, mostra-se uma iniciativa interessante e relevante para o enfrentamento dessas transgressões.

Ademais, cabe um papel educativo e formativo tanto pelas referidas Comissões quanto pela própria instituição OAB, no sentido de realizar eventos, cursos e palestras direcionados tanto para os profissionais atuantes na seara jurídica quanto para a sociedade, a fim de que essa temática seja explorada e, por conseguinte, seja objeto de maior reflexão de mulheres e homens que se dedicam tanto à advocacia quanto a outras carreiras.

Todas as medidas iniciadas devem, por fim, ter esse cunho de elevação da igualdade fática em prol da dignidade humana das mulheres, no intento até mesmo de ser uma referência para o meio social de não discriminação e coibição de preconceitos ao gênero feminino em matéria de emprego e trabalho, alcançando as diferentes esferas da sociedade que as mulheres

ocupam. Para que isso ocorra, é necessário que a sociedade se modifique e desenvolva uma cultura de igualdade de gênero.

## Referências

- AMB – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Quem somos**: amagistratura que queremos. Rio de Janeiro, nov. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190211-04.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário Gomes Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.
- BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Feminização da advocacia e ascensão das mulheres nas sociedades de advogados. **Caderno de Pesquisa**, v. 47, n. 163, p. 16-42, jan./mar., 2017.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 31.643, de 23 de outubro de 1952**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1952/D31643.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D31643.html). Acesso em: 15 abr. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 52.476, de 12 de setembro de 1963**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-52476-12-setembro-1963-392489-retificacao-18160-pe.html>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm). Acesso em: 15 abr. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em: 15 abr. 2020.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 16 abr. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.363, de 25 de novembro de 2016**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/L13363.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13363.htm). Acesso em: 20 de abr. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.
- BRASIL. MEC. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (Inep). **Sinopse Estatística da Educação Superior**, 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/setembro-2018-pdf/97041-apresentac-a-o-censo-superior-ultimo/file>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- BRASIL. **Provimento nº111, de 12 de setembro de 2006**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/111-2006>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- BRASIL. **Provimento nº164, de 21 de setembro de 2015**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/util/print?numero=164%2F2015&print=Legislacao&origem=Provimentos>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- CORBO, Wallace. **Discriminação indireta**: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ECCE HOMO. **Episódio 7: Trabalho.** Produção: Le GrupConscient. Canadá. 1999. Duração: 52 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MPB83diYqGw>. Acesso em: 10 abr. 2020

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA A ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil.** Estudos e Pesquisas - Informação Demográfica e Socioeconômica, nº 38, 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 12 abr. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3. ed, 8ª triagem, São Paulo: Malheiros, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito: relações individuais e coletivas do trabalho.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003,

OAB – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Comissão Nacional da Mulher Advogada. **Apresenta informações relativas a figura da mulher na sociedade, principalmente no exercício da advocacia,** s.d.d. Disponível em: <https://www1.oab.org.br/cnma/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

OAB – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Comissão Nacional da Mulher Advogada. **Cartilha de Prerrogativas da Mulher Advogada.** s.d.c. Disponível em: [https://www.oab.org.br/Content/pdf/Cartilha\\_Prerrogativas\\_Mulheres.pdf](https://www.oab.org.br/Content/pdf/Cartilha_Prerrogativas_Mulheres.pdf). Acesso em: 5 abr. 2020.

OAB – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Quadro de advogados. **Apresenta informações relativas ao quadro de advogados regulares e recadastrados no Brasil.** 2021. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 27 set. 2021.

OBSERVATÓRIO NACIONAL DO MERCADO DE TRABALHO. **Boletim especial do observatório.** 2018. Demonstra dados acerca da participação feminina no mercado de trabalho. Disponível em: <http://obtrabalho.mte.gov.br/images/artigos/Boletim%20Especial%20Participa%C3%A7%C3%A3o%20feminina%20no%20mercado%20de%20trabalho.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020.

OBSERVATÓRIO NACIONAL DO MERCADO DE TRABALHO. **Desigualdade salarial entre sexos é maior em setores com mais participação de mulheres.** 2020. Apresenta dados sobre a mulher no mercado de trabalho. Disponível em: <http://obtrabalho.mte.gov.br/index.php/component/content/article?id=1300>. Acesso em: 04 abr. 2020.

OIT. **Convenções.** s.d.a. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

ONU MULHERES. **Conferências Mundiais da Mulher.** s.d.b. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

ONU. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

PIMENTEL, Silvia. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW 1979.** Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em: 15 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.



SILVEIRA, C. M. H; OSTERNE, M. S. F. A mulher é Eva, e o homem é Adão? Reflexões sobre o significado de ser homem e de ser mulher na sociedade. **Caderno Espaço Feminino**, Uberlândia, v. 27, n. 1, p. 213-236, jan./jun., 2014.

SLOSBERGAS, Luciana Barcellos. O trabalho da mulher e a reforma trabalhista. *In*: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coord.). **Reforma trabalhista: ponto a ponto**. São Paulo: LTr, 2018. p. 419-425.

SOUZA, Giselle. Campanha por igualdade: Nem 20% das advogadas chegam a ser sócias nos grandes escritórios. **Conjur**, 08 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-08/nem-20-advogadas-chegam-socias-grandes-escritorios>. Acesso em: 18 abr. 2020.

TIBURI, Márcia. **Feminismo em comum: para todas, todes e todos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

Artigo recebido em: 30/04/2020.

Aceito para publicação em: 15/07/2022.

# *Judicial review: a atuação do Poder Judiciário diante da Lei 14.151/2021 que afastou as gestantes do trabalho presencial durante a pandemia*

***Judicial review: the judiciary's performance before the law 14.151/2021 that removed pregnant women from in-person work during the pandemic***

Marco Aurélio Serau Junior<sup>1</sup>  
Isabel Ceccon Iantas<sup>2</sup>

**Resumo:** A pandemia de COVID-19 trouxe a necessidade de reconfiguração do mundo do trabalho, a fim de adequá-lo às novas necessidades decorrentes da crise sanitária, sem que ocorresse a paralisação total das atividades laborativas. Dentre as alternativas legisladas, a Lei n. 14.151/2021 impôs o afastamento imediato das mulheres gestantes das atividades presenciais, sem prejuízo de sua remuneração. Tendo em vista as diversas lacunas deixadas por esta norma, o Poder Judiciário foi provocado a rever determinados pontos. Dessa forma, em um primeiro momento, analisam-se as leis de caráter emergencial para contextualizar a urgência de criação de proteções à classe trabalhadora diante da pandemia. Em seguida, através de levantamento bibliográfico-documental, reuniram-se decisões judiciais que debatem os efeitos da Lei n. 14.151/2021 e, posteriormente, as soluções trazidas pela Lei n. 14.311/2022. Assim, por meio da metodologia analítico-argumentativo, demonstram-se os posicionamentos do Poder Judiciário diante da aplicabilidade da nova legislação. Por fim, debate-se o instituto *judicial review* dentro do contexto de jurisprudência de crise criada em razão da pandemia.

**Palavras-chave:** Pandemia. Gestantes. Lei 14.151/2021. *Judicial review*. Jurisprudência de crise.

**Abstract:** the COVID-19 pandemic brought the need to reconfigure the world of work, in order to adapt it to the new needs arising from the health crisis, without the total stoppage of work activities. Among the legislated alternatives, the Law 14,151/2021 imposed the immediate removal of pregnant women from face-to-face activities, without prejudice to their remuneration. In view of the various gaps left by this rule, the Judiciary was provoked to review certain points. Thus, at first, emergency laws are analyzed to contextualize the urgency of creating protections for the working class in the face of the pandemic. Then, through a bibliographic-

---

1 Professor da UFPR - Universidade Federal do Paraná, nas áreas de Direito do Trabalho e Previdenciário. Doutor e Mestre em Direitos Humanos (USP). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3904-1315>

2 Graduanda de Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3255-8431>

documentary survey, judicial decisions were gathered that debate the effects of Law 14,151/2021 and, later, the solutions brought by Law 14,311/2022. Therefore, through the analytical-argumentative methodology, the positions of the Judiciary are demonstrated in face of the applicability of the new legislation. Finally, the judicial review institute is debated within the context of crisis jurisprudence created due to the pandemic.

**Keywords:** Pandemic. Pregnant women. Law 14.151/2021. Judicial review. Crisis jurisprudence

## 1. Introdução

A pandemia de COVID-19 trouxe a necessidade de reconfiguração do direito do trabalho diante da realidade de alta contaminação, limitação da execução de serviços e declarações de quarentena e isolamento social. Apesar de alguns serviços conseguirem se adequar ao trabalho remoto, a maioria ainda exige a presencialidade, tanto em decorrência do serviço ser executado necessariamente no local da empresa quanto quando se dá a essencialidade deste para a sociedade.

Ao longo desse mais de um ano de crise sanitária, o governo federal editou medidas provisórias e sancionou legislações na tentativa de regulamentar a execução do trabalho ou a sua eventual suspensão e fornecimento de auxílios financeiros. Visando a proteção das gestantes, consideradas grupo de risco, foi editada a Lei n. 14.151/2021, determinando o seu afastamento das atividades presenciais, sem prejuízo de sua remuneração.

A nova legislação, principalmente em razão de sua brevidade, possuindo apenas 2 curtos artigos, abriu margem para polêmicas interpretativas capazes de minar a sua real efetividade. Nesse sentido, temas como a responsabilidade do pagamento da remuneração, mesmo sem o efetivo exercício do serviço, e da aplicabilidade das demais normas emergenciais para as gestantes, foram levados às Cortes para revisão. Através do *judicial*

*review*<sup>3</sup>, o Poder Judiciário foi provocado a rever as disposições desta lei, reinterpretando e solucionando demandas tanto da classe trabalhadora quanto do campo empresarial. Quase um ano após a vigência da Lei n. 14.151/2021, promulgou-se a Lei n. 14.311/2022, que solucionou algumas das lacunas e previu o retorno das gestantes trabalhadoras já totalmente imunizadas contra o vírus.

Em um primeiro momento, serão analisadas as leis de caráter emergencial que foram editadas para controlar os efeitos da crise sanitária, com a finalidade de expor o contexto de criação de proteções à classe trabalhadora. Em seguida, através de levantamento bibliográfico-documental, reunindo-se decisões judiciais que debateram os efeitos da Lei n. 14.151/2021, utilizam-se os métodos analítico e argumentativo para demonstrar os posicionamentos do Poder Judiciário diante da aplicabilidade da legislação. Faz-se um contraponto entre esta e a lei que a seguiu (Lei n. 14.311/2022) para demonstrar as soluções legislativas tomadas para suprir os efeitos da primeira. Por fim, debate-se o instituto *judicial review* dentro do contexto de jurisprudência de crise criada em razão da pandemia.

## 2. Legislação emergencial e jurisprudência de exceção

Com a chegada da crise sanitária decorrente da pandemia de COVID-19 no Brasil, os governantes foram pressionados a editarem medidas, de cunho emergencial, para definir as relações jurídicas durante este período. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário foi provocado para avaliar, rever e posicionar-se a respeito das legislações ou omissões legislativas. Dessa forma, formou-se um corpo de legislações de cunho emergencial e entendimentos jurisprudenciais tidos como “de exceção”, por aplicarem-se em razão do

---

3 *Judicial Review*, ou revisão judicial, é o nome dado para a revisão da “validez das normas legais e administrativas” (LOIS; MARQUES, 2013, p. 124).

contexto pandêmico, que devem ser analisados de forma conjunta (TRINDADE, 2021, p. 615).

Por meio do Decreto Legislativo 6/2020, de 20 de março de 2020, foi decretado estado de calamidade pública no Brasil até dezembro do mesmo ano. Diante disso, foram editadas também as Medidas Provisórias n. 927 e 936, ambas de 2020, determinando medidas para a continuidade do serviço durante a pandemia e criando um auxílio emergencial, para ajuda financeira mensal.

Essas medidas tiveram como objetivo regular o trabalho, oferecendo alternativas para os empregadores, como a adoção flexibilizada do teletrabalho, a suspensão dos contratos de trabalho ou a diminuição da jornada e do salário, com o auxílio financeiro emergencial do governo para garantir a sobrevivência da classe trabalhadora. Todas as alterações, todavia, poderiam ser realizadas através de acordo individual, sem a assistência do sindicato da categoria.

A negociação individual foi introduzida nas relações de trabalho com a contrarreforma trabalhista, no parágrafo único, do art. 444, da CLT<sup>4</sup>, que instituiu o trabalhador hiperssuficiente. Assim, trabalhadores(as) com ensino superior completo e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social podem negociar sozinhos, sem a obrigatoriedade de presença da entidade sindical. Com a Medida Provisória n. 927/2020, durante a pandemia, a hipótese de negociação individual foi ampliada para toda a classe trabalhadora.

Ao ser provocado a analisar a inconstitucionalidade, através da ADI n. 6.363, em um primeiro momento, o Ministro Lewandowski decidiu,

---

4 Art. 444. Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (BRASIL, 1943)

liminarmente, pela necessidade de manifestação do sindicato da categoria, para que haja validade na negociação individual. Apesar da decisão protetiva, o Tribunal Pleno do STF, em Sessão Extraordinária, decidiu por maioria dos votos negar provimento à medida cautelar, indeferindo-a. Assim, voltou-se a permitir a negociação individual nos termos da Medida Provisória.

A posição do Supremo Tribunal Federal foi pautada no entrave que a medida liminar poderia causar nas alterações dos contratos de trabalho durante a crise sanitária. A relativização de preceitos constitucionais, decidindo-se em favor da flexibilização de normas e garantias trabalhistas, foi baseada na perspectiva que Gilmar Mendes chamou de “jurisprudência de crise” (MENDES, 2020).

Ambas as Medidas Provisórias caducaram em decorrência da inércia do poder público e tiveram sua validade conferida até dezembro de 2020, quando se encerraram os efeitos do estado de emergência decretado. Apenas em abril de 2021, com a pressão da sociedade, o governo federal editou novamente duas novas MPs, n. 1.045 e 1.046, regulamentando nos mesmos termos das antigas – todavia, agora, sem a previsão de negociação individual.

Desde o início da pandemia, no começo de 2020, diversos trabalhadores e trabalhadoras tiveram seu serviço transferido para o modelo *home-office* (YEUNG, 2020). Todavia, a possibilidade de trabalhar dentro de casa tornou-se um privilégio de poucos, tendo em vista o número de trabalhos essenciais, que continuaram funcionando normalmente, os trabalhos informais e aqueles que só podem ser executados nas ruas ou no próprio estabelecimento do empregador (PAIXÃO; SCHAEFER, 2020, p. 282).

Para aqueles(as) trabalhadores(as) que não possuem a possibilidade de aderir ao teletrabalho e que, todavia, o local de trabalho foi fechado durante a pandemia, seja em razão de medidas sanitárias adotadas pelo poder público ou devido à opção do empregador em manter o estabelecimento fechado, a opção foi a suspensão de seus contratos de trabalho.

As alternativas de suspensão do contrato de trabalho e de diminuição do salário, trazidas pelas medidas provisórias tratadas acima, são adotadas pelo empresariado em conjunto com a política do governo federal de oferecer o auxílio emergencial. Dessa forma, a inscrição do(a) trabalhador(a) neste benefício é o que garante a sua manutenção financeira, visto que continua recebendo um determinado valor em dinheiro mensalmente<sup>5</sup>.

As medidas adotadas pelo governo estão, até então, muito alinhadas ao objetivo de desonerar o empresariado, flexibilizando proteções trabalhistas e, muitas vezes, abandonando o trabalhador e a trabalhadora à mercê das imposições empresariais.

A demora em oferecer vacina à população e garantir um controle mínimo da situação pandêmica fizeram com que o cenário de insegurança dentro das relações de trabalho se mantivesse. Dessa forma, os governos estaduais e municipais adotaram diuturnamente medidas sobre fechamento e reabertura do comércios e estabelecimentos, com base no aumento ou diminuição de casos, mortes, vagas em UTIs. Assim, parcela da classe trabalhadora permaneceu trabalhando presencialmente, possivelmente exposta ao contágio de COVID-19.

Em 12 de maio de 2021, visando dar tratamento especial para as trabalhadoras que se encontram grávidas, que, inclusive, encontram-se no grupo de risco da doença pandêmica, foi sancionada a Lei n. 14.151/2021. Essa lei passou a determinar o afastamento das gestantes das atividades presenciais, porquanto perdurar a crise sanitária da COVID-19. Dessa forma, dois cenários foram oferecidos: a transferência do labor dessas trabalhadoras para o modelo *home-office* ou o seu afastamento do trabalho, todavia com a manutenção de sua remuneração.

---

5 Cumpre salientar que a MP nº 936/2020, em um primeiro momento da pandemia de COVID-19, previa o recebimento de R\$ 600,00 mensais, para o sustento das famílias desempregadas, que exerciam trabalho informal ou que tiveram seu contrato suspenso. A nova Medida Provisória, de nº 1.045/2021, diminuiu drasticamente o valor do benefício emergencial oferecido pelo governo, que passou a ser de R\$ 150,00 mensais (DOCA, 2021).

As omissões e controvérsias da nova lei causaram inconformismo tanto para a classe trabalhadora quanto para o empresariado, recaindo sobre o Poder Judiciário a responsabilidade de posicionar-se. Apenas em 09 de março de 2022, foi promulgada a Lei n. 14.311/2022, que buscou solucionar as lacunas da antiga lei, adotando parte dos entendimentos trazidos pela jurisprudência.

### 3. Omissões da Lei 14.151/2021 e a atuação do poder judiciário

A Lei n. 14.151/2021 conferiu proteção especial às trabalhadoras gestantes ao determinar seu afastamento das atividades presenciais, seja com a adoção do modelo de teletrabalho ou pelo simples afastamento com a manutenção de sua remuneração mensal. Essa medida é de suma importância para garantir a segurança das mulheres e de seus filhos, em razão da alta taxa de contágio e do aumento constante nos casos de infecção pelo vírus (TRINDADE, 2021, p. 614).

O caráter protetivo desta legislação é evidente, vez que afasta a mulher do trabalho presencial, em razão do alto risco de exposição, conforme Recomendação n. 20, de abril de 2020, e, ao mesmo tempo, exige a preservação integral de sua renda. Tal medida tem o propósito de resguardar este direito enquanto durar a crise sanitária. Dessa forma, garante não só a segurança e saúde da gestante, mas a mantém financeiramente estável, garantindo também um futuro certo para a criança que está sendo gestada.

Essa medida é destinada às “empregadas gestantes”, conforme dispõe o art. 1º, da Lei<sup>6</sup>. Dessa forma, é importante destacar o que se entende por “empregada”. O art. 3º, da CLT<sup>7</sup>, define empregado como aquele trabalhador

---

6 Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração. (BRASIL, 2021.)

7 Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, 1943)



ou trabalhadora que cumpre os quatro requisitos: (a) pessoalidade; (b) onerosidade; (c) habitualidade; e (d) subordinação.

O requisito da pessoalidade está ligado à exigência de ser aquela pessoa quem desempenha esta atividade, não podendo se fazer substituir por outras pessoas. Já a onerosidade está ligada ao recebimento de salário pelo serviço desempenhado e a habitualidade corresponde à frequência do exercício do labor. Por fim, a subordinação corresponde ao vínculo jurídico com o(a) empregador(a), devendo cumprir as ordens superiores.

A lei, portanto, exclui trabalhadoras que não possuam esse vínculo jurídico, como trabalhadoras autônomas, em vínculos informais, diaristas. Exclui ainda servidoras públicas ou aquelas cujo trabalho é regido por normas jurídico-administrativas, como as que exercem cargos em comissão ou contratadas mediante regime especial de direito administrativo (GASPAR; et al., 2021).

A exclusão das mulheres que exerçam atividades em regime de serviço público, todavia, é relativa. Em 2020, o Ministério Público do Trabalho lançou a Nota Técnica n. 16/2020, na qual há a recomendação aos órgãos públicos de afastar trabalhadoras gestantes das escalas de trabalho presencial<sup>8</sup>.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi provocado para solucionar esta questão. O sindicato dos professores municipais denunciou o município de Igrejinha/RS por descumprir a lei, não afastando as professoras gestantes do trabalho presencial. Apesar de o município alegar que a lei não se aplica às servidoras públicas, que teriam regime próprio, o pedido liminar de afastamento foi deferido.

---

8 01. RETIRAR da organização das escalas de trabalho presencial as pessoas trabalhadoras que se encontrem inseridas nos grupos de risco identificados pelos órgãos de saúde, tais como: maiores de 60 (sessenta) anos de idade, gestantes, lactantes, doentes cardíacos, diabéticos, doentes renais crônicos, doentes respiratórios crônicos, transplantados, portadores de doenças tratados com medicamentos imunodepressores e quimioterápicos, do desempenho das funções de motorista, cobrador e fiscal, com vistas ao cumprimento do art. 4º da Portaria GM n. 454, de 20/03/2020. (MPT, 2020)

A juíza levou em conta o estado de calamidade pública que exige dos poderes públicos se adequarem à nova situação. Dessa forma, a decisão levou em conta o princípio da isonomia de tratamento das trabalhadoras, bem como a necessidade urgente de se proteger a vida das gestantes e do nascituro.

Caso a decisão fosse em sentido contrário, se mostraria violadora do princípio da isonomia, insculpido no artigo 5º da Carta da República, e, por isso, pontualmente inconstitucional, na medida em que outras trabalhadoras dos grupos de risco, como idosas, portadoras de doenças respiratórias ou que gerem imunodeficiência, continuariam a se submeter a tal programa, incorrendo, ademais disso, em discriminação reflexa das, no caso, servidoras gestantes, e, naturalmente, ao próprio do sexo feminino por ter a condição de gerar vida em seu ventre.

(...)

Ainda que as servidoras públicas municipais não fossem alcançadas pela novel legislação, Lei n. 14.151/2021, deve-se registrar que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos, a partir da exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil, possuindo direitos a receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina. (TJ-RS - Ação Civil Coletiva n. 5001396-92.2021.8.21.0142/RS. Juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca de Igrejinha Juíza de Direito: Paula Mauricia Brun. Data de Julgamento: 09/06/2021, Data de Publicação: 09/06/2021).

Outras decisões também vêm seguindo esta mesma linha de argumentação, priorizando a saúde da gestante e do nascituro e, por conseguinte, determinando seu afastamento das atividades presenciais – independentemente do regime de trabalho contratado.

O afastamento das atividades presenciais pode se dar com a transferência da trabalhadora para o modelo teletrabalho, seguindo as normas da MP 1.046/2021 e os artigos 75-A e seguintes, da CLT. Não sendo possível essa transferência, a legislação exige o afastamento do trabalho,

ficando a gestante à disposição do empregador, porém com a manutenção do seu salário, a ser arcado pelo(a) empregador(a).

Apesar da possível polêmica de fazer o empresariado arcar com a remuneração da mulher gestante enquanto afastada e sem executar nenhum serviço, a legislação em comento não previu qualquer auxílio para esta proteção. Mesmo se a empregada passasse a receber o auxílio emergencial instituído pela MP 1.045/2021, ela certamente teria a sua renda mensal diminuída – tendo em vista o valor mensal oferecido por este benefício –, de forma que seu(ua) empregador(a) ainda teria que completar esse valor (GASPAR; et al., 2021).

Ao ser questionado, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região destacou que, apesar de a lei ter exigido a manutenção da remuneração da gestante, não houve a definição de quem será o responsável pelo pagamento da remuneração, quando seu trabalho for incompatível com o trabalho remoto. Nesse sentido, entendeu o magistrado que não deve a empresa arcar com este ônus, enquadrando o pagamento como salário-maternidade.

E, com efeito, embora a Lei referida pretenda dar maior proteção à mulher grávida, para que não seja discriminada, ela não definiu a quem compete o pagamento da remuneração da trabalhadora gestante, quando a sua área de atuação seja incompatível com o trabalho remoto.

Diante desse impasse, importa observar que a Constituição estabeleceu especial proteção à saúde, à maternidade, à família e à sociedade, conforme artigos 196, 201, II, 226 e 227, bem como estabeleceu a previsão expresa [sic] do dever do Estado em promover ações e políticas sociais e econômicas para alcançar tais fins, especialmente [sic] por meio do Sistema de Seguridade Social.

Assim, diante deste caso semelhante àquele, onde incide a determinação legal de que não haverá prejuízo dos vencimentos para a empregada gestante, pelo afastamento das suas atividades profissionais, em razão do risco à gravidez (art. 1º, L. 14.151/2021) causado pelo coronavírus, não pode a empregadora ser obrigada a arcar com tais encargo [sic]. Em face de todo conjunto constitucional, legal e infralegal que regulamenta a proteção social, em especial, o custeio, por toda a sociedade, dos benefícios previdenciários, como corolário do princípio da solidariedade social, verifica-se que não pode ser outra a natureza dos valores devidos à empregada gestante em casos que tais, a não ser a natureza de benefício previdenciário. (TRF-4 - Agravo de Instrumento n. 5028306-07.2021.4.04.0000/SC.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Desembargador Federal  
Relator: Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Data de Julgamento:  
24/8/2021).

Dentre as demais medidas emergenciais instituídas pelo governo federal, a única medida que atende às imposições da legislação 14.151/2021 é o teletrabalho. Dessa forma, trabalhadoras gestantes com o contrato suspenso durante a pandemia, seguindo as normas das Medidas Provisórias, possuem, portanto, o direito de ter seu contrato de trabalho adequado à nova legislação. Esse foi o posicionamento da decisão liminar da 11ª vara do Trabalho de São Paulo, que determinou o afastamento da trabalhadora sem prejuízo de sua remuneração.

Como é possível observar, a norma legal é bastante clara ao determinar o afastamento das empregadas gestantes das atividades presenciais enquanto perdurar a emergência de saúde pública decorrente da pandemia causada pelo novo coronavírus, que foi declarada em fevereiro de 2020, por meio da Portaria n. 188 do Ministério da Saúde e está vigente até a presente data.

Na hipótese em apreço, a gravidez da autora encontra-se suficientemente comprovada, por meio dos exames de fls. 21/24 (id. 53aa263), que foram realizados em 10/05/2021 e concluem pela existência de gestação única compatível com mais de 16 semanas. Além disso, é fato incontroverso nos autos que a reclamante comunicou sua gravidez à reclamada.

Por fim, entendo que a suspensão do contrato de trabalho disciplinada pela Medida Provisória n. 1.045 de 28/04/2021 não é incompatível com o afastamento imposto pela lei n. 14.151/2021. O empregador, todavia, deve garantir a remuneração integral da autora, arcando com o complemento salarial correspondente à diferença entre o benefício emergencial e o salário que lhe seria devido. (TRT2 - SP - Tutela Cautelar Antecedente n. 1000589-62.2021.5.02.0711/SP. Juízo da 11ª Vara do Trabalho de São Paulo - Zona Sul. Juíza do Trabalho: Katia Bizzetto. Data de Julgamento: 28/07/2021, Data de Publicação: 29/07/2021).

A responsabilização do empregador de arcar com este custo, quando a trabalhadora grávida não pode exercer suas funções de maneira remota, viola a previsão da Convenção 103 da OIT, ratificada pelo Brasil. Essa convenção impõe ao Estado o ônus financeiro da proteção à maternidade. Dessa forma, parte da doutrina entendeu que esta medida deveria ser arcada pela

previdência social, tal qual ocorre com o salário maternidade (PETACCI, 2021).

Esse também foi o entendimento da 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, que considerou responsabilidade do Estado arcar com o ônus econômico do afastamento, tendo em vista que a ele compete zelar pelo bem público. Dessa forma, a decisão liminar foi emblemática no tema, interpretando a nova legislação como uma compensação dos valores pagos pela empresa a título de salário-maternidade.

Por tais fundamentos, e considerando que a Lei n. 14.151/2021 não estabeleceu a efetiva responsabilidade da empresa pelo pagamento dos salários no período do afastamento das empregadas gestantes, impossibilitadas de trabalhar à distância pela própria natureza das suas atividades, entendo que não é incompatível com o ordenamento jurídico vigente o pagamento do salário-maternidade, durante o período de afastamento, em razão do risco para a gravidez, ocasionado pela Pandemia de Covid-19.

Em face do exposto, defiro a tutela de urgência, para:

- a) afastar as empregadas gestantes da empresa autora de suas atividades, em razão da impossibilidade de realização do trabalho a distância;
- b) determinar o pagamento do salário-maternidade para as empregadas gestantes afastadas, durante todo o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus;
- c) possibilitar a compensação dos valores correspondentes ao salário-maternidade pago pela empresa autora às empregadas gestantes afastadas de suas atividades presenciais, em razão da atual pandemia de Covid-19, nos termos do artigo 72, §1º, da Lei n. 8.213/91. (TRF3-SP – Procedimento Comum Cível n. 5006449-07.2021.4.03.6183/SP. Juízo da 14ª Vara Cível Federal de São Paulo. Juíza Federal: Noemi Martins De Oliveira. Data de Julgamento: 05/07/2021, Data de Publicação: 08/07/2021).

Pretende-se evitar qualquer tipo de discriminação da mulher dentro do ambiente de trabalho, evitando que ela deixe de ser contratada por representar “mais um encargo” ao empregador. Dessa forma, impõe-se ao Estado esse ônus, como forma de garantir que o salário-maternidade não seja mais uma razão para a mulher ser excluída do trabalho.

Esse aspecto discriminatório ocorreu no Município de Francisco Beltrão, quando este se recusou a nomear professoras gestantes,

encaminhando-as para o final da fila dos aprovados, vez que elas não poderiam prestar as atividades presenciais. O juízo da 2ª Vara do Trabalho de Francisco Beltrão, em decisão liminar, reconheceu o ato discriminatório e antijurídico praticado, determinando a imediata nomeação das professoras.

No caso vertente, o documento de fl. 70 comprova a edição do ato normativo noticiado na inicial, o qual prevê expressamente que as candidatas gestantes, na data da convocação, serão encaminhadas para o final da fila de aprovados, pela impossibilidade de desenvolver atividades presenciais por força da Lei Federal 14.151/2021.

Inegável que tal ato é flagrantemente discriminatório e antijurídico, eis que afronta a proteção ao mercado de trabalho da mulher e as garantias constitucionais à gestante e ao nascituro. E ainda, contrária, de forma reflexa, a Lei 14.151/2021, que visou justamente proteger a trabalhadora gestante e o nascituro dos riscos de contágio pelo Coronavírus, assegurando-lhe meios de manter a subsistência, eis que garantida a remuneração. Comprovados, portanto, a probabilidade do direito e o risco de dano.

(...) Assim, defiro, em parte, a medida requerida para determinar que seja assegurada a nomeação imediata das candidatas gestantes aprovadas no Processo Seletivo Simplificado (Edital n. 107/2020), observada a ordem de classificação e as diretrizes da Lei 14.151/2021, sob pena de multa diária de R\$1.000,00, limitada a R\$20.000,00. (TRT-9 Ação Civil Coletiva n. 0000401-03.2021.5.09.0126/PR. Juízo da 02ª Vara do Trabalho de Francisco Beltrão. Juíza do Trabalho: Hilda Maria Brzezinski Da Cunha Nogueira. Data de Julgamento: 15/07/2021, Data de Publicação: 16/07/2021)

Outra questão importante levantada é com relação às gestantes que já se vacinaram contra a COVID-19. Todavia, salienta-se que a legislação em momento algum faz qualquer diferenciação entre as trabalhadoras já vacinadas e as que ainda não foram. Ou seja, independente da vacinação, todas as mulheres grávidas devem ser afastadas das atividades presenciais. Esse inclusive é o entendimento adotado pelo TRT24 em decisão liminar em Mandado de Segurança Civil.

Examinando a novel Lei n. 14.151/2021, observo que determinou o afastamento do trabalho presencial, enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, apenas em relação às empregadas gestantes, não determinando a adoção da mencionada providência em

relação às lactantes, de modo que entendo incabível estender sua aplicação, de efeitos indiscutivelmente gravosos para o funcionamento das empresas, também ao caso destas últimas, competindo ressaltar, em relação ao disposto no art. 394-A da CLT, que este confere tratamento igualitário a gestantes e lactantes apenas em relação ao trabalho em ambiente insalubre, hipótese diversa da debatida nestes autos, bem assim que o Decreto Estadual n. 874/2021 não é idôneo a disciplinar relações de trabalho, prevalecendo quanto à temática a Portaria Conjunta n. 20/20 do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial da Previdência e Trabalho, a qual não contempla disposição em tal sentido.

Igualmente certo, porém, que a Lei n. 14.151/2021 conferiu direito ao afastamento do trabalho presencial a todas as empregadas que se encontrem gestantes no período estabelecido, não fazendo discrimen entre trabalhadoras vacinadas e não vacinadas.

Sabidamente, embora idônea e valiosa à redução das manifestações graves e moderadas da infecção pelo novo coronavírus, a imunização vacinal em andamento não impede o contágio da morbidade pela mãe e pelo nascituro, com consequências ainda pouco conhecidas em relação à evolução da gravidez, de modo que razoável interpretar o diploma legal em debate no sentido de que o afastamento do trabalho presencial preconizado aplica-se tanto às gestantes vacinadas quanto às não vacinadas. (TRT-24 - MSCiv: 0000239-08.2021.5.23.0000 MT, Juiz do Trabalho Convocado: Aguiar Peixoto, Data de publicação: 25/05/2021).

Essa lei também afetou o entendimento jurisprudencial com relação à estabilidade gestante. Conforme o art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, a trabalhadora que for dispensada grávida tem direito à reintegração ao serviço. Todavia, com a Lei n. 14.151/2021, o TRT-2 entendeu que deve a gestante ser reintegrada e, conseqüentemente, afastada das atividades presenciais. Assim, a reintegração deve ocorrer por meio da adaptação das suas atividades ao modelo teletrabalho ou o afastamento remunerado. Não sendo possível, caberá a indenização substitutiva de que trata o art. art. 496, CLT.

Evidente o perigo de dano, por estar a reclamante gestante em período de enfrentamento da pandemia do COVID-19, caso não lhe seja permitido o afastamento do trabalho e o isolamento social, com manutenção de seus recursos financeiros para que seu direito a vida [sic] e de caráter alimentar não se vejam ameaçados.

Sendo assim, num juízo preliminar e perfunctório, entendo estar presente a verossimilhança da alegação, a urgência da tutela jurisdicional [sic], ante o caráter alimentar das verbas trabalhistas,

e o perigo de dano caso seja postergado para após o trânsito em julgado da decisão.

Dessa forma, considerando a existência do *fumus boni juris* e o perigo de dano irreparável à reclamante e ao nascituro, ante a prova documental produzida, entendo presentes os requisitos do art. 300 do CPC e o pedido de tutela antecipada para DEFIRO determinar a reintegração da reclamante no emprego e o restabelecimento do pagamento do salário e demais direitos legais, garantido o afastamento da empregada gestante das atividades presenciais, sem prejuízo da remuneração, enquanto perdurar a emergência de saúde pública do novo coronavírus. (TRT-2 - Ação Trabalhista 1000541-88.2021.5.02.0037 SP, Juíza do Trabalho: Sandra Miguel Abou Assali. Data de publicação: 28/05/2021).

Quase um ano após a entrada em vigor da legislação, foi promulgada a Lei n. 14.311/2022, no intuito de solucionar os conflitos e lacunas.

Apesar de impor uma oneração maior ao empresariado, a Lei n. 14.151/2021 está de acordo com os princípios protetores do direito do trabalho. Ainda, quando analisamos as recentes medidas tidas como “emergenciais”, normas e convenções vem sendo infringidas em prol do enfrentamento da crise sanitária.

O legislador, em meio ao número crescente de vítimas do novo vírus, tem o dever de zelar pela saúde da população, em especial aqueles que se encontram nos grupos de risco determinados pela Organização Mundial da Saúde. Logo, a segurança das gestantes é de suma importância para zelar não só pela vida da mulher trabalhadora, mas de quem ela está gestando.

#### 4. Jurisprudência de crise e *judicial review*

Durante a pandemia, foram editadas diversas leis visando a regulamentação do cenário de crise sanitária. Só até julho de 2020, 1.838 normas relacionadas à COVID-19 haviam sido instituídas, só em âmbito federal; em âmbito estadual e municipal, estima-se cerca de 22 mil durante o mesmo período (VENTURA; MARTINS, 2020, p. 76). Daí por diante ainda muito mais normas foram editadas.

A divisão ideológica quanto à seriedade da pandemia, o uso de máscaras, o isolamento social, a quarentena e a obrigatoriedade de vacinação,



relegaram ao Poder Judiciário a última palavra sobre tais temas. Somente no Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2020, 4.840 casos relacionados à pandemia foram processados (VENTURA; MARTINS, 2020, p. 76). A atuação do Poder Judiciário ao rever leis e atos administrativos é chamada de *judicial review* ou revisão judicial, permitindo que seja analisada a validade das normas frente direitos fundamentais (LOIS; MARQUES, 2013, p. 124).

Apesar das posições combativas, visando a proteção da população e o indeferimento de medidas tidas como “negacionistas”, quando o assunto era o Direito do Trabalho, o STF adotou a posição de jurisprudência de crise. Nesse sentido, entendeu-se que a atuação do órgão deve levar em conta a situação econômica e social que o país enfrenta, cabendo, assim, uma “abertura hermenêutica da jurisdição constitucional” (MENDES, 2020).

A primeira decisão emblemática na seara trabalhista que adotou a ideia de jurisprudência de crise foi o julgamento da ADI n. 6.363, na qual se autorizou a redução da jornada e do salário através de acordo individual. Permitiu-se, portanto, a violação literal do art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal, e ignorou toda a luta de classes característica do direito do trabalho (SEVERO, 2021, p. 91).

O princípio da proteção foi mitigado porquanto perdurasse a pandemia, visto que o cenário caótico exigia medidas atípicas, mesmo que a conta fosse paga pela classe trabalhadora. Por outro lado, ao analisar o posicionamento com relação à Lei 14.151/2021, o Poder Judiciário visou manter a proteção da mulher trabalhadora grávida, todavia, não transferiu a conta para o empresariado e, sim, para o Estado.

Enquanto a classe trabalhadora teve seus direitos diminuídos em prol do funcionamento da sociedade em meio à crise sanitária, quando foi a vez do empregador arcar com o prejuízo também, a posição de jurisprudência de crise voltou seu pêndulo para os cofres públicos. Fica evidenciado o caminho legislativo e jurídico de retirar encargos trabalhistas dos empresários, preferindo onerar ainda mais o INSS.

Apesar de positiva a manutenção da proteção das gestantes durante um período tão caótico e perigoso para sua saúde, a prevalência da proteção da classe trabalhadora deve ser sempre o norte das decisões judiciais – independente de quem arcará com o fardo econômico. A jurisprudência de crise, antes de tudo, deve proteger a parte mais vulnerável da relação, ainda mais em um cenário de alta mortalidade, crise econômica, miséria e fome.

A Lei n. 14.151/2021, ao proteger a trabalhadora gestante, onerando o empresariado, impulsionou a edição de nova legislação que solucionasse ao menos as maiores polêmicas causadas pela antiga lei. Dessa forma, A Lei n. 14.311/2022 limitou o afastamento obrigatório apenas àquelas trabalhadoras que não tenham sido totalmente imunizadas contra a COVID-19<sup>9</sup>; permitiu alterar as funções exercidas para adequação ao modelo de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância, sem prejuízo de sua remuneração integral<sup>10</sup>; bem como permitiu o retorno ao trabalho presencial mesmo sem o fim da crise sanitária<sup>11</sup>.

A nova legislação buscou fazer frente às críticas empresariais e diminuiu seus encargos financeiros, principalmente ao prever um termo final para o afastamento obrigatório – seja com o efetivo encerramento da crise

---

9 Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2, a empregada gestante que ainda não tenha sido totalmente imunizada contra o referido agente infeccioso, de acordo com os critérios definidos pelo Ministério da Saúde e pelo Plano Nacional de Imunizações (PNI), deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial. (BRASIL, 2022.)

10 Art. 1º. § 2º Para o fim de compatibilizar as atividades desenvolvidas pela empregada gestante na forma do § 1º deste artigo, o empregador poderá, respeitadas as competências para o desempenho do trabalho e as condições pessoais da gestante para o seu exercício, alterar as funções por ela exercidas, sem prejuízo de sua remuneração integral e assegurada a retomada da função anteriormente exercida, quando retornar ao trabalho presencial. (BRASIL, 2022)

11 Art. 1º. § 3º Salvo se o empregador optar por manter o exercício das suas atividades nos termos do § 1º deste artigo, a empregada gestante deverá retornar à atividade presencial nas seguintes hipóteses: I - após o encerramento do estado de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2; II - após sua vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2, a partir do dia em que o Ministério da Saúde considerar completa a imunização; III - mediante o exercício de legítima opção individual pela não vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2 que lhe tiver sido disponibilizada, conforme o calendário divulgado pela autoridade de saúde e mediante o termo de responsabilidade de que trata o § 6º deste artigo. (BRASIL, 2022)

pandêmica, com a total imunização da gestante ou mediante termo de responsabilidade e liberdade para não se vacinar. Salienta-se que esta última, ainda, abre margem para o exercício da hierarquia diante a hipossuficiência da mulher trabalhadora, ainda mais em um período de crise, permitindo a imposição da volta ao trabalho. Assim, mesmo diante de uma atuação protetiva do Poder Judiciário, que através da revisão judicial buscou ampliar as proteções legais, o Poder Executivo e o Legislativo reviram a norma para mitigar parte da proteção antes conferida.

Em suma, a crise sanitária abriu margem para uma atuação em caráter de exceção das legislações e das decisões judiciais, visando contornar as crises financeira e social resultantes da pandemia. Foi possível perceber que, no caso das trabalhadoras gestantes, o Poder Judiciário atuou no sentido de proteger e garantir a validade da Lei n. 14.151/2021, através do *judicial review*, seja impondo o afastamento ou transferindo os encargos financeiros para a Seguridade Social. Apesar disso, o impacto econômico negativo causado resultou na edição da Lei n. 14.311/2022, que reverteu e limitou o afastamento.

### 3. Conclusão

O prolongamento da pandemia de COVID-19, com a consequente necessidade de políticas públicas capazes de ajudar tanto na quarentena quanto na continuidade dos serviços. Dessa forma, diversas normas foram instituídas, facilitando a transferência do labor para o *home-office*, permitindo a suspensão dos contratos de trabalho, diminuição da jornada de trabalho, com diminuição salarial proporcional, bem como a instituição de auxílio emergencial.

Uma dessas medidas foi o afastamento obrigatório das mulheres gestantes de suas atividades presenciais, por meio da Lei n. 14.151/2021. Assim, essas mulheres, por encontrarem-se no grupo de risco no contágio do

vírus, devem ter suas funções transferidas para o modelo de teletrabalho e, no caso da impossibilidade, permanecerem afastadas, à disposição do(a) empregador(a), sem prejuízo de suas remunerações.

Ao ser questionado, o Poder Judiciário manteve a intenção de proteger as gestantes, posicionando-se a favor do afastamento, do direito à saúde e da manutenção do emprego. Todavia, em termos financeiros, também visou proteger o(a) empregador(a), conferindo ao Estado, mais especificamente a Seguridade Social, o encargo de pagar os salários-maternidade durante o período de afastamento. Por fim, foi promulgada a Lei n. 14.311/2022, atenuando e limitando os efeitos da lei anterior, servindo como resposta do poder público frente às críticas empresariais. Assim, permitiu-se a volta das gestantes ao trabalho ou a alteração momentânea de suas funções para adequação ao serviço enquanto durar o seu afastamento.

Apesar da polêmica e das críticas que esta legislação recebeu da doutrina e do empresariado, a Lei n. 14.151/2021 está de acordo com as diretrizes e princípios trabalhistas, buscando garantir maior proteção à classe trabalhadora, em especial à mulher que se encontra grávida. Ainda, em tempos de legislações de cunho emergencial, dada a situação atípica pandêmica, as normativas que vêm sendo editadas excepcionam regras tidas como “normais” e mitigaram princípios. Por mais que a lei imponha o ônus financeiro ao(à) empregador(a), ela tem o objetivo maior de proteção da vida.

## Referências

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.151, de 12 de maio de 2021**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2021/lei/L14151.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14151.htm). Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.311, de 09 de março de 2022**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2022/lei/L14311.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/lei/L14311.htm). Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938 DF 0069830-37.2018.1.00.0000**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 29 maio 2019. DJe 29 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.363 DF 0089460-11.2020.1.00.0000**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 17 abr. 2020. DJe 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação Civil Pública 5001396-92.2021.8.21.0142/RS**. Juíza de Direito Paula Mauricia Brun. Igrejinha, 09 jun. 2021. DJe 09 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **5006449-07.2021.4.03.6183/SP**. Juíza Federal Noemi Martins De Oliveira. São Paulo, 05 jul. 2021. DJe 08 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **5028306-07.2021.4.04.0000/SC**. Relator: Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 24 ago. 2021. DJe 24 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **1000541-88.2021.5.02.0037/SP**. Juíza do Trabalho Sandra Miguel Abou Assali. São Paulo, 29 maio 2021. DJe 28 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **1000589-62.2021.5.02.0711/SP**. Juíza do Trabalho Katia Bizzetto, São Paulo, 28 jul. 2021. DJe 29 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. **Mandado de Segurança Cível 0000239-08.2021.5.23.0000/MT**. Juiz do Trabalho Convocado Aguimar Peixoto. Campo Grande, 25 maio 2021. DJe 25 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Ação Civil Coletiva 0000401-03.2021.5.09.0126/PR**. Juíza do Trabalho Hilda Maria Brzezinski Da Cunha Nogueira. Francisco Beltrão, 15 jul. 2021. DJe 16 jul. 2021.

DOCA, Geralda. Auxílio emergencial volta a ser pago em 2021. Veja o calendário e tire suas dúvidas. **O Globo**, 06 abr. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/auxilio-emergencial-volta-ser-pago-em-2021-veja-calendario-tire-suas-duvidas-24956728>. Acesso em: 06 nov. 2021.

GASPAR, Danilo Gonçalves; MARTINEZ, Luciano; PAMPLONA, Rodolfo. Breves considerações sobre a Lei n. 14.151/2021. **Instituto trabalho e(m) debate (ITB)**, 14 maio 2021. Disponível em: <http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/breves-consideracoes-sobre-a-lei-n-141512021>. Acesso em: 27 maio 2021.

JUNIOR, Narciso Figueirôa. Lei 14.151/21 tem redação incompleta e pode gerar insegurança jurídica. **ConJur**, 17 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-17/figueiroa-jr-consideracoes-lei-1415121>. Acesso em: 27 maio 2021.

LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do judicial review: uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino. **Revista Sequência**, n. 66, p. 113-136, jul. 2013.

MENDES, Gilmar. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. **ConJur**, 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em: 27 jun. 2021.

MPT. **Nota Técnica 16/2020 do GT Nacional COVID-19**. Brasília, 04 set. 2020. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-16-trabalhadores-e-trabalhadoras-grupo-de-risco-pgt-mpt.pdf>. Acesso em: 04 maio 2022.

PAIXÃO, Tamiris Vilas Bôas da; SCHAEFER, Matheus Karl Schmidt. Covid-19 e teletrabalho: uma análise dos tempos de trabalho e de não trabalho. Ezilda Melo, Lize Borges e Marco Aurélio Serau Júnior (org.). **Covid-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

PETACCI, Diego. A Lei 14.151/21 e o afastamento do trabalho da empregada gestante. **ConJur**, 19 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-19/petacci-lei-1415121-afastamento-empregada-gestante>. Acesso em: 27 maio 2021.

SEVERO, Valdete Souto. A importância dos direitos sociais em tempos de COVID-19. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, [S. l.], v. 16, n. 2, 2021.

TRINDADE, Rodrigo. Lei n. 14.151/2021: Primados, consequências e divergências sobre a proteção da vida de gestantes e nascituros. **A proteção social na encruzilhada: Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. XI Congresso Internacional de Direito do Trabalho 2021**, p. 611-630, 2021.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; MARTINS, Jameson. Between Science and populism: the Brazilian response to COVID-19 from the perspective of the legal determinants of Global Health. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 17, n. 2, p. 66-83, 2020.

YEUNG, Jessie. The world's biggest work-from-home experiment has been triggered by coronavirus. **CNN**, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2020/02/14/asia/coronavirus-work-from-home-intl-hnk-scli/index.html>. Acesso em: 08 jun. 2021.

Artigo recebido em: 04/05/2022.

Aceito para publicação em: 10/12/2022.

# Vulnerabilidades dos povos indígenas na fronteira Brasil-Paraguai e o contexto da pandemia de Covid-19

## *Vulnerabilities of indigenous villages on the Brazil-Paraguay border and the context of the Covid-19 pandemic*

*Elvis Gomes Marques Filho<sup>1</sup>  
Antônio Hilário Aguilera Urquiza<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente artigo tem o objetivo de analisar as vulnerabilidades dos povos indígenas diante da pandemia do novo coronavírus, na região de fronteira entre Brasil e Paraguai. Trata-se de trabalho inédito, decorrente de pesquisa acadêmica, com vistas a avaliar e subsidiar políticas públicas de saúde para a população indígena. Quanto à metodologia, esta pesquisa caracteriza-se por ser bibliográfica e documental, com a utilização do método hipotético-dedutivo para a análise dos dados coletados. Para tanto, utilizou-se a abordagem qualitativa e a pesquisa descritiva-exploratória com o fito de atingir os resultados esperados. A pesquisa tem como objeto de estudo principal os povos indígenas transfronteiriços, que ocupam territórios no Brasil, em Mato Grosso do Sul, e no Paraguai, na Colônia Pysyry, no Departamento de Amambay. As conclusões deste estudo apontam que a inação e a negativa dos Estados brasileiro e paraguaio na implementação de políticas públicas direcionadas às idiossincrasias culturais dos povos indígenas transfronteiriços têm conduzido ao genocídio desta população, em uma violação sistemática de seus direitos humanos, em especial o da saúde e da vida.

**Palavras-chave:** Direito humano à saúde. Políticas públicas. Coronavírus.

**Abstract:** This article aims to analyze the vulnerabilities of indigenous peoples to the new coronavirus pandemic in the border region between Brazil and Paraguay. This is an unprecedented work, resulting from academic research, with a view to evaluating and subsidizing public health policies for the indigenous population. As for the methodology, this research is characterized by being bibliographical and documental, with the use of the hypothetical-deductive method for the analysis of the collected data. Therefore, a qualitative approach and descriptive-exploratory research were used in order to achieve the expected results. The research has as its main

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (PPGD/UFMS). Professor Dedicado Exclusiva da Universidade Estadual do Piauí. Líder do Grupo de Estudos, Pesquisas e Extensões Esperança Garcia (GEPEG/UESPI/CNPq). E-mail: elvisfilho@pcs.uespi.br. ORCID: 0000-0003-2681-6094. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0803042697968170>.

<sup>2</sup>Doutor em Antropologia pela Universidade de Salamanca-Espanha. Mestre em Educação (Educação Indígena) pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pesquisador do CNPq. Bolsista Produtividade (PQ2). Professor Associado da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: hilarioaguilera@gmail.com. ORCID: 0000-0002-3375-8630. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8582796165061936>.

object of study the transboundary indigenous peoples, who occupy territories in Brazil, in Mato Grosso do Sul, and in Paraguay, in the Pysry Colony, in the Department of Amambay. The conclusions of this study point out that the inaction and refusal of the Brazilian and Paraguayan States to implement public policies aimed at the cultural idiosyncrasies of cross-border indigenous peoples have led to the genocide of this population, in a systematic violation of their human rights, especially health and of life.

**Keywords:** Human right to health. Public policy. Coronavirus.

## 1. Introdução

No Brasil, segundo o último Censo Demográfico, havia 896 mil pessoas que se declararam ou se consideraram indígenas no país, sendo 572 mil (63,8%) residentes em áreas rurais (IBGE, 2012). Desse total, 517 mil (57,7%) residiam em Terras Indígenas (TIs) oficialmente reconhecidas. Juntamente com o aumento populacional, causou surpresa, a quantidade de indígenas vivendo em contexto urbano, o que significa, uma população ainda mais vulnerável do que aquela que segue em suas aldeias em áreas rurais.

Os resultados deste Censo apontam ainda as condições de desvantagem dos indígenas em comparação à população não indígena, em inúmeros indicadores sociodemográficos e sanitários, com destaque para as populações residentes nas TIs, em virtude, por exemplo, da menor cobertura de saneamento básico, sobretudo em períodos de pandemia, como a da Covid-19.

A precária segurança alimentar, a falta de atenção à saúde e os conflitos territoriais, além de questões associadas à invasão e contaminação ambiental por atividades garimpeiras e agropecuárias, são fatores determinantes para a situação de vulnerabilidade dos povos indígenas (CODEÇO *et al.*, 2020, p. 3).

A Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas é operacionalizada pelo Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SASI-SUS), implantado em 1999, como um subsistema do Sistema Único de Saúde – SUS (BRASIL, 2002). Desde 2010, o SASI-SUS é coordenado pela Secretaria Especial de Saúde Indígena do Ministério da Saúde.



O SASI-SUS é estruturado em uma rede de serviços de atenção primária à saúde em 34 (trinta e quatro) Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), localizados nas aldeias e TIs. As ações de saúde são executadas no âmbito dos DSEI e das aldeias por Equipes Multidisciplinares de Saúde Indígena, com o objetivo de ampliar a cobertura, o acesso e a aceitabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS) a essa população (CODEÇO *et al.*, 2020, p. 4).

De um modo geral, os povos indígenas são altamente vulneráveis às infecções respiratórias agudas, que historicamente levaram a grandes epidemias e até ao extermínio de algumas etnias indígenas no Brasil. A introdução de vírus respiratórios em comunidades indígenas suscetíveis apresenta elevado potencial de espalhamento, resultando em altas taxas de ataque e de internações, com potencial de causar óbitos, como foi o caso da Influenza A (H1N1) e do Vírus Sincicial Respiratório, em 2016, e atualmente com o novo coronavírus (Covid-19), desde 2019 (CARDOSO *et al.*, 2019).

Diante deste cenário, levantou-se a hipótese de que “a realidade da pandemia escancarou o quanto a sociedade brasileira é desigual em vários níveis e diferentes contextos, e como são tratadas deficientemente as questões de saúde de grupos vulneráveis, como os indígenas” (AGUILERA URQUIZA; PINEZI, 2020, p. 143).

Os Direitos Humanos e fundamentais dos povos indígenas não são adequadamente protegidos nos países da América Latina, apesar do fato de que a Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989 impõe aos Estados a obrigação de adotar medidas apropriadas, inclusive mediante acordos internacionais, para facilitar os contatos e a cooperação entre povos indígenas e tribais através das fronteiras (art. 32).

Na região da fronteira entre Brasil e Paraguai, existem 108 (cento e oito) territórios tradicionais reconhecidos de aldeias indígenas que se estendem para além das fronteiras nacionais. A despeito disso, por não haver

nenhum acordo de cooperação entre Brasil e Paraguai, os povos indígenas transfronteiriços permanecem em situação de vulnerabilidades, derivada do abandono sistemático do Estado, o que é reforçada pela pressão exercida em seus territórios por invasores estatais e não estatais e pela indústria extrativista. Somado a isso, ainda enfrentaram as consequências da pandemia de Covid-19 (URREJOLA; TAULI, 2020).

Terras Indígenas (TIs) com menor número de leitos e maior distância das áreas urbanas e com terras ocupadas pela agricultura encontraram-se com maior risco no curto prazo de saturação da assistência de saúde aos indígenas acometidos por Covid-19. No entanto, a proximidade com áreas urbanas provoca um incremento das vulnerabilidades dos povos indígenas, situação que pode ser agravada pela insuficiência de territórios reconhecidos, insegurança alimentar e condições de vida precárias nas aldeias (OLIVEIRA et al., 2020, p. 3).

Apesar das condições de vulnerabilidades com que os povos indígenas enfrentam a pandemia, e do amplo reconhecimento nos países dessa região de seus direitos individuais e coletivos, incluindo o direito à saúde e à vida, o Estado tem dado respostas insuficientes a essa situação de calamidade sanitária (CEPAL, 2020, p. 38).

No Brasil, o Comitê Nacional de Vida e Memória Indígena, constituído na Assembleia Nacional da Resistência Indígena, em maio de 2020, e organizado pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), monitora diariamente os casos de Covid-19 entre todos os indígenas. Ao contrário do Ministério da Saúde, que só registrou casos em Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs), os dados do referido Comitê incluem tanto povos indígenas residentes em territórios tradicionais quanto em zonas urbanas, que se declararam indígenas e mantiveram vínculo com seus povos. Na última atualização, foram registrados 817 (oitocentos e dezessete) óbitos de indígenas, em virtude da Covid-19, dos quais 105 (cento e cinco) foram apenas nas aldeias indígenas do Mato Grosso do Sul, que se localizam principalmente

nas regiões de fronteira Brasil/Paraguai (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2021).

Quanto à produção de dados, a presente pesquisa possui abordagem qualitativa e caracteriza-se como descritiva-exploratória, pois visa um entendimento do problema, tornando-o mais acessível e esclarecedor. A pesquisa descritiva tem como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou ainda o estabelecimento de relações entre variáveis. Nesse sentido, destaca-se que nos estudos descritivos os dados podem ser obtidos mediante análise de documentos, entrevistas, depoimentos pessoais, observação espontânea, observação participante e análise de artefatos físicos e seu planejamento é bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos ao fato estudado (GIL, 2002).

Inicialmente, ocorreu a fase de aproximação ao objeto do estudo que se deu por meio de pesquisas bibliográficas, aquelas baseadas no acesso a artigos científicos, livros, teses, dissertações (GIL, 2002). Também foram utilizadas pesquisas documentais, entendendo-se como aquelas que não foram tratadas analiticamente ou que podem receber novas abordagens, como arquivos de órgãos públicos e privados (sindicatos, igrejas, partidos políticos) (FLICK, 2009).

Para análise dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com base em livros, periódicos, leis, em especial a Constituição Federal de 1988, Lei n. 6.001/1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, e a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, bem como legislações afins, em âmbito nacional e internacional, em especial no Brasil e no Paraguai, que se relacionam com o objeto de estudo (GIL, 2002).

Dessa forma, para aprofundar a discussão sobre a temática, este artigo se encontra dividido em duas partes: primeira, políticas públicas do

Brasil/Paraguai e a pandemia de Covid-19 nas aldeias indígenas transfronteiriças; e segunda, Violações de Direitos Humanos e agravamento das vulnerabilidades dos indígenas em regiões de fronteira na pandemia de Covid-19.

## 2. Políticas públicas do Brasil/Paraguai e a pandemia de Covid-19 nas aldeias indígenas transfronteiriças

Desde a eclosão da pandemia de Covid-19, em março de 2020, organizações indígenas e cientistas destacaram o grau de vulnerabilidade dos povos indígenas diante dessa situação (FERRANTE; FEARNSSIDE, 2020).

Na medida em que o vírus se espalhou em escala global, a América se tornou o epicentro da pandemia. Em particular, o Brasil está entre as 20 (vinte) nações que, globalmente, registram o maior número de infectados e mortos pelo Covid-19 (CEPAL, 2020, p. 9). O Paraguai, em que pese a falta de dados, conseguiu administrar a pandemia de maneira menos traumática que o Brasil, com proporcionalmente menos mortes<sup>3</sup>. Entretanto, quando o tema são os imunizantes, o país vizinho está entre os que menos vacinam na América Latina.

De acordo com o Consórcio de Veículos de Imprensa, em outubro de 2021, o Brasil ultrapassou a quantidade de 600.000 (seiscentas mil) mortes decorrentes da Covid-19. Dado o contexto geral de exclusão social e de marginalização que afeta as mais de 800 etnias indígenas na América Latina, é essencial e urgente que o Estado promova políticas públicas direcionadas às particularidades desses povos, em resposta à crise gerada pela SARS-CoV-2 (CEPAL, 2020, p. 11). O Paraguai, durante toda a pandemia, chegou a um

---

<sup>3</sup>De maio a julho de 2021, foi o pior momento da pandemia no Paraguai, situação que, no momento, encontra-se sob controle (média móvel de 24 novos casos e nenhuma morte), e números totais de 460 mil casos e 16.207 mortes. Disponível em: <<https://graphics.reuters.com/world-coronavirus-tracker-and-maps/pt/countries-and-territories/paraguay/>>. Acesso em: 13 out. 2021.

reduzido número de 16.207 mortes, sendo que nos primeiros dias de outubro, apenas uma morte foi computada.

Nesse cenário, os povos indígenas têm tido seus direitos políticos, econômicos, sociais e culturais sistematicamente violados pelos Estados brasileiro e paraguaio. Essa situação tem agravado a vulnerabilidade desta população, em especial das aldeias mais pobres, com menos acesso à educação, saúde de qualidade, água potável e moradia adequada (CEPAL, 2020, p. 10).

As vulnerabilidades dos povos indígenas diante da Covid-19, no Brasil e no Paraguai, demandam do Estado a necessidade de obter consentimento livre, prévio e informado dos indígenas antes da adoção de qualquer medida sanitária; o apoio a planos comunitários de proteção definidos de forma autônoma pelos povos indígenas; o acesso a serviços médicos culturalmente adequados e o desenho de estratégias de comunicação e informação sobre a pandemia nos idiomas indígenas (CEPAL, 2020, p. 11).

Ressalta-se que o reconhecimento da identidade indígena foi reforçado pela adoção da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho(OIT), em 1989, pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 2007, e pela Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 2016, dos quais o Brasil e o Paraguai são signatários. Essas normas internacionais garantem que os indígenas têm direito a exercer e a gozar plenamente de todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais reconhecidas em âmbito internacional, inclusive o direito humano à saúde. Além disso, a referida legislação definiu os povos indígenas como sujeitos que necessitam de especial proteção, substituindo a fórmula tutelar que pressupunha um destino de assimilação pela cultura dominante (BRAGATO; BIGOLIN NETO, 2016, p. 165).

Somado a isso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio da resolução nº 1/2020, recomendou aos Estados que se abstenham de promover iniciativas legislativas que promovam o avanço de projetos extrativistas nos territórios indígenas durante o período de

pandemia, em virtude de que a realização dos processos de consulta prévia, livre e informada, previstos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) possivelmente descumprirão as medidas de distanciamento social, recomendadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

A despeito disso, no Brasil, ainda predomina a política assimilacionista, que é traduzida especialmente pela Lei n. 6.001/73, denominada de Estatuto do Índio, que “regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. A referida norma é contraditória, pois se propõe a preservar e proteger os direitos humanos dos povos indígenas, mas, em contrapartida, propõe uma integração destes aos povos não tradicionais, o que pode agravar o seu contexto de vulnerabilidade.

Ademais, no Paraguai, os guaranis sofrem com o avanço do agronegócio, ressaltando a necessidade de demarcação de seus territórios tradicionais como uma condição necessária para a sua própria sobrevivência. Ressalta-se que o indigenismo paraguaio só se consolidou efetivamente com a criação do *Instituto Nacional del Indígena* (INDI) (ANTUNHA BARBOSA; MURA, 2011, p. 303).

A Constituição Nacional do Paraguai de 1992 reconhece a existência de povos indígenas e outorga-lhes uma série de direitos para proteção de seus territórios, identidade e cultura. Esta declaração de intenções constitui uma ruptura no que diz respeito ao modelo anterior de políticas estatais dominantes e excludentes para esses povos tradicionais. No entanto, os direitos dos povos indígenas ainda não são respeitados, e, apesar dos espaços conquistados ao nível das organizações sociais e políticas, a luta continua na busca constante pela *tierra sin mal* (CERNA VILLAGRA, 2012, p. 84).

Para combater a pandemia em aldeias indígenas, nas regiões de fronteira, os Estados brasileiro e paraguaio, em cooperação, devem garantir a disponibilidade e o acesso a serviços médicos culturalmente adequados,

incluindo o acesso não discriminatório a exames médicos, atendimento de emergência e cuidados intensivos, bem como fornecer suprimentos de autocuidado e proteção pessoal aos indígenas. Além disso, devem adotar políticas públicas que se ajustem aos sistemas alimentares tradicionais dos povos indígenas, para garantir sua segurança alimentar e nutricional, bem como assegurar o abastecimento de água potável e saneamento às comunidades que não dispõem desses serviços básicos (CEPAL, 2020, p. 13).

Somado a isso, os Estados devem definir veículos de informação adequados culturalmente, traduzidos nas línguas dos povos indígenas, sobre a Covid-19, os mecanismos de transmissão, sintomas e medidas de prevenção. Com vistas a manter o isolamento social, as entidades estatais devem estabelecer, em consulta e cooperação com os povos indígenas, medidas para a proteção dos territórios indígenas, restringindo o acesso a qualquer pessoa de fora que não desempenhe funções essenciais no contexto da emergência sanitária. Ademais, devem direcionar recursos públicos específicos para a reconstrução socioeconômica das aldeias indígenas no pós-Covid-19, apoiando e restaurando seus meios de subsistência e economias tradicionais que sustentam suas comunidades (CEPAL, 2020, p. 14).

No Brasil, de acordo com o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (Covid-19) em Povos Indígenas, implementado pelo Ministério da Saúde, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) distribuiu 45.000 kits de alimentos e mais de 200.000 itens de proteção individual em todo o país (INFOBAE, 2020a).

Este plano tem sido questionado pelos povos indígenas, por não reconhecer as suas realidades socioculturais e por não propor medidas concretas e estratégias viáveis e eficazes para a prevenção e isolamento de casos confirmados de infecção, bem como por não estabelecer medidas de proteção aos indígenas em situação de isolamento voluntário (CIDH, 2020b).

A Lei nº 14.021 de 7 de julho de 2020, que dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos

territórios indígenas, foi traçada em linhas com as políticas regressivas no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas, que teve 14 (catorze) vetos impostos pelo Presidente da República, mas que foram derrubados pelo Congresso Nacional. Isso quer dizer que o Chefe do Poder Executivo Federal quis desobrigar o Estado a garantir aos povos indígenas o acesso à ajuda econômica emergencial para as pessoas com poucos recursos durante a crise da Covid-19, à água potável, à distribuição gratuita de alimentos, bem como leitos hospitalares e de terapia intensiva, por exemplo (INFOBAE, 2020b).

No Paraguai, o Instituto Paraguaio do Indígena (INDI) aprovou o Protocolo de Entrada às Comunidades Indígenas do País para Evitar o Contágio e a Propagação do Coronavírus (Covid-19) (Resolução nº 171/20) (INDI, 2020), que estabelece indicações para o ingresso em comunidades indígenas enquanto durar a pandemia, aplicáveis a instituições públicas, organizações não governamentais e pessoas de fora da comunidade que cooperam e trabalham com populações indígenas.

A principal estratégia implantada pelo governo paraguaio, por meio do INDI, foi prestar assistência para aliviar as necessidades alimentares das comunidades indígenas. Essa estratégia permitiu que 493 comunidades indígenas em 10 departamentos da Região Leste fossem apoiadas entre março e junho de 2020 com 36.039 kits de alimentos não perecíveis (IP, 2020).

Com vistas a reduzir a vulnerabilidade de povos indígenas diante da Covid-19, os Estados do Brasil e do Paraguai devem adotar políticas públicas que garantam a participação dos povos indígenas, por meio de suas organizações representativas, nas tomadas de decisões para combater a pandemia; impeçam a adoção de medidas legislativas e administrativas que afetem os direitos dos povos indígenas, como projetos de expansão extrativista, agrícola ou florestal em territórios tradicionais; promovam o acesso ao diagnóstico, atendimento e tratamento dos povos indígenas em seus territórios; estabeleçam assistência financeira aos povos indígenas para fazer frente de forma adequada à emergência sanitária e seus impactos e garantir



o acesso aos subsídios nos próprios territórios indígenas; e reconheçam a importância dos mecanismos de proteção social comunitária implementados de forma autônoma pelos povos indígenas (CEPAL, 2020, p. 64-65).

### **3. Violações de Direitos Humanos e agravamento das vulnerabilidades dos indígenas em regiões de fronteira na pandemia de Covid-19**

No Brasil, a população guarani está dividida em três grupos sócio-linguístico-culturais: Nandeva, Kaiowá e Mbyá. Essas etnias indígenas se encontram disseminadas por mais de 100 municípios brasileiros, localizados em sete estados das regiões Centro-Oeste, Sul e Sudeste: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo e Mato Grosso do Sul (COLMAN, 2015).

A população Guarani Kaiowá da região sul do estado de Mato Grosso do Sul é estimada em 52.000 pessoas (IBGE, 2016). Desse total, 2.700 vivem em situação de acampamentos à beira de estradas ou em pequenas áreas dentro dos seus antigos territórios, cerca de 38.700 em reservas indígenas criadas pelo SPI nas décadas de 1910 e 1920, e 11.000, em Terras Indígenas demarcadas após os anos 1980 (CAVALCANTE, 2013).

O tekoha da comunidade Nãnde Ru Marangatu, comunidade indígena sobre a qual se debruça esta pesquisa, é integrado por 1.218 habitantes, que fazem parte da vila Campestre, a onze quilômetros da sede do município de Antônio João, no Mato Grosso do Sul, ocupando um território de 9 mil hectares, e que teve a sua homologação de demarcação suspensa parcialmente por liminar do Judiciário (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2021). Do lado do Paraguai, existe a comunidade Kaiowá de Pysyry, localizada no Departamento de Amambay, distrito de Pedro Juan Caballero. Psyry foi reconhecida como terra indígena pelo governo paraguaio apenas na década de 1970 (OLIVEIRA, 2009).

Os Guarani do Brasil e do Paraguai, a despeito das centenas de variantes étnicas e culturais, compartilham certos padrões de ocupação e uso dos seus territórios tradicionais: praticam uma agricultura de subsistência itinerante, mudando os locais de plantio sempre que a fertilidade decresce; utilizam a técnica de coivara, com aberturas de pequeno porte, em roças familiares de cerca de meio a cinco hectares cada. As roças que não são mais cultivadas ainda assim servem de fonte alimentar, seja em forma de tubérculos e árvores frutíferas, seja em forma de armadilhas que capturam animais terrestres e alados atraídos por seus cultivares, que constituem uma reserva de caça (MARQUES FILHO, 2022).

Nesses locais, a floresta cresce novamente, reconstituindo e ampliando a diversidade anterior, acrescida de novas espécies ou do adensamento das que já existiam. Além das roças, utilizam os seus territórios tradicionais para caça, pesca e coleta de frutos, além de plantas alimentícias e medicinais. Estas práticas se encontram associadas a sistemas de manejo, conhecimentos, técnicas, instrumentos e rituais, que integram a sua cosmologia, pois não se estabelecem as distinções marcadas pelas sociedades não indígenas entre natureza e cultura, sociedade e ambiente, natural e sobrenatural (ARRUDA, 2001).

O *ñande retã* (nosso território) dos Guarani, que compreende seu território tradicional, em conformidade com sua cosmovisão e ancestralidade, originalmente estende-se nas terras “ao norte até os rios Apa e Dourados e, ao Sul, até a Serra de Maracaju e os afluentes do rio Jejuí, chegando a uma extensão leste-oeste de aproximadamente 100 km, em ambos os lados a serra do Amambaí” (BRAND, 1997, p. 22), na região de fronteira com o Paraguai.

Esses povos tradicionais são considerados como descendentes dos indígenas Itatines ou Guarani-Itatines, grupo indígena que se localizava do Itatim, no atual Estado do Mato Grosso do Sul (CAVALCANTE, 2013).

No caso dos Guarani Kaiowá, de seu território original de cerca de 8.000.000 de hectares, apenas 47.679 hectares estão em processo de

demarcação, sendo que, destes, 39.544 hectares encontrarem na posse efetiva dos índios e 8.135 hectares estão invadidos por terceiros (CIMI, 2001, p. 10).

A população Guarani Kaiowá da região sul do estado de Mato Grosso do Sul é estimada em 52.000 pessoas (IBGE, 2016). Desse total, 2.700 vivem em situação de acampamentos à beira de estradas ou em pequenas áreas dentro dos seus antigos territórios, e cerca de 38.700 em reservas indígenas criadas pelo SPI nas décadas de 1910 e 1920, e 11.000, em Terras Indígenas demarcadas após os anos 1980 (CAVALCANTE, 2013).

O Estado do Mato Grosso do Sul possui a segunda maior população indígena do Brasil, que permanece resistindo aos inúmeros atentados, financiados por fazendeiros, colonizadores e governantes, contra sua existência, cultura e especialmente suas terras, em 522 anos de massacres (PAULETTI *et al.*, 2001).

Nessa região, as comunidades indígenas estão sendo submetidas constantemente a um processo de encurralamento, promovendo uma acumulação populacional em áreas já superlotadas, vivendo em condições que violam seus direitos humanos e fundamentais, em virtude, principalmente, da falta de espaço, da fome, da miséria, dos conflitos internos, muitas vezes violentos, e da perseguição decorrente da intolerância religiosa. Esse encurralamento é institucionalizado pelo Estado, na medida em que foi promovido pelo SPI, com vistas a transformar as comunidades indígenas em mão de obra desqualificada e de baixo custo, para servir aos interesses do capital (PAULETTI *et al.*, 2001).

Essa situação torna-se mais delicada entre os Guarani Kaiowá, no município de Antônio João/MS, que vivem rodeados de grandes fazendas. Com vistas a mitigar essa situação, deve-se priorizar a demarcação das terras indígenas, pois “a terra é vida para o índio” (PAULETTI *et al.*, 2001, p. 46).

No Brasil, os Guarani Kaiowá são em número de 25.290, que se encontram espalhados em 23 pequenas áreas oficialmente reconhecidas pelo Estado, em um total de 47.679 hectares. Destes, 8.135 hectares estão em

poder dos não indígenas que invadiram seus territórios tradicionais. Com isso, tem-se a média de 1,56 hectare por pessoa, o que é insuficiente até mesmo para suas subsistências e de suas famílias, bem como dos demais membros da comunidade. Hoje, os Guarani Kaiowá ocupam menos de 1% das terras que compunham seu grande território tradicional, no Estado do Mato Grosso do Sul (PAULETTI *et al.*, 2001).

Na fronteira com o Paraguai, a maior parte dessas terras são corriqueiramente invadidas por fazendeiros e até mesmo por indígenas traficantes de drogas, da Colônia Psyry, do outro lado do Rio Estrelão (que coincide com a demarcação da fronteira), que utilizam grandes extensões de terras para plantações de monoculturas para a agroindústria e para o cultivo de maconha, respectivamente. Nesse cenário, sofrem inúmeras ameaças, de forma cotidiana, que, não raras as vezes, são concretizadas através de lesões corporais e homicídios (MARQUES FILHO, 2022).

No Paraguai, na década de 1970, os povos indígenas apresentaram suas demandas territoriais ao Estado através do Projeto Pãi-Tavyterã (PPT) e do Projeto Guarani, em atenção, respectivamente, aos Pãi-Tavyterã, que é como se autodenominam os Guarani Kaiowá do outro lado da fronteira. O indigenismo paraguaio só se consolidou, no entanto, com a criação do Instituto Nacional del Indígena (INDI). Em 1981, no Paraguai, instituiu-se o Estatuto de las Comunidades Indígenas que consagraria o direito indígena à terra como propriedade coletiva (ANTUNHA BARBOSA; MURA, 2011).

Os referidos autores, ainda, afirmam que, de acordo com o PPT, no sudeste do Paraguai, das 24 áreas indígenas demarcadas até 1975, apenas uma superava os 11.000 ha; uma segunda TI tinha pouco mais de 5.800 ha. Superior a 2.000 ha havia somente duas outras, sendo que seis TIs oscilavam entre 1.000 e 2.000 ha. As 14 áreas indígenas restantes foram demarcadas como uma superfície que variava entre 52 e 846 ha.

A Constituição Nacional do Paraguai de 1992 reconhece a existência de povos indígenas e outorga-lhes uma série de direitos para proteção de seus

territórios, identidade e cultura. Esta declaração de intenções constitui uma ruptura no que diz respeito ao modelo anterior de políticas estatais dominantes e excludentes para povos indígenas. No entanto, os direitos dos povos indígenas ainda não são respeitados, e apesar dos espaços conquistados ao nível das organizações sociais e políticas, a luta continua na busca constante pela *tierra sin mal* (CERNA VILLAGRA, 2012).

Quanto à organização social e territorial dos Guarani Kaiowá, vale ressaltar que a intensidade dos vínculos de parentesco define o maior ou menor grau de cooperação e de proximidade espacial entre as famílias. Ainda que espaçadas, as casas tradicionais da mesma parentela localizam-se nas proximidades. Um pequeno número de famílias extensas ligadas por vários casamentos entre si, geralmente ocupam uma mesma região, compondo um tekoha. Esses tekoha, podem ser unidos simbolicamente por laços de parentesco, ainda que mais fluidos, o que lhes confere uma unidade, denominada te'yi guasu. Por conseguinte, o te'yi guasu é definido a partir dos laços de parentesco e do território comum (VIETTA, 2001).

A invasão de territórios indígenas, ameaçados por empresas extrativistas, mineradoras, madeireiras, traficantes de drogas e outros grupos ilegais, expõe as aldeias a um alto risco de contágio e limita suas possibilidades de estabelecimento de medidas autônomas para conter e mitigar a pandemia. Da mesma forma, a importância do coletivo nas culturas indígenas, fundamental para sua sobrevivência como povos, aumenta o risco de contágio, pois a manutenção de formas de trabalho comunitário, a troca de alimentos e outras manifestações culturais coletivas dificultam a adoção de medidas de distanciamento físico indispensáveis à prevenção e ao combate da Covid-19 (CEPAL, 2020, p. 10).

Os principais indicadores de vulnerabilidade dos povos indígenas são: forma de abastecimento de água, existência de banheiro ou sanitário e o fornecimento de energia elétrica.

Na região Centro-Oeste do Brasil, onde se localizam as aldeias indígenas transfronteiriças, em Mato Grosso do Sul, a quase totalidade das TIs possuem um abastecimento de água baixo ou médio, provocado pela limitação de acesso a recursos naturais, o que leva a uma dependência externa para acesso à água. A ausência de banheiro ou sanitário é decorrência da precariedade de políticas públicas. Apesar do alto fornecimento de energia elétrica nessa região, esse fator pode indicar um maior grau de contato externo e mais elevada vulnerabilidade, o que conduz à facilidade de introdução de patógenos (CODEÇO *et al.*, 2020, p.23-24).

No Brasil, a população indígena tem enfrentado uma política de extermínio ou genocídio (SILVA, 2020). Nesse caso, o termo genocídio define um plano coordenado de diferentes ações visando à destruição dos alicerces essenciais da vida de povos tradicionais, o que conduz à destruição física e cultural de territórios indígenas (SHORT, 2010). No combate à pandemia de Covid-19, os povos indígenas enfrentam um genocídio por omissão, que ocorre quando a inércia do Estado leva à violação sistemática dos seus Direitos Humanos e fundamentais, por conta da privação de condições essenciais para se manter a saúde, o que produz a morte em massa (FEIN, 1997, p. 10). Essa inação do Estado brasileiro não ocorre por acidente, mas por uma decisão política que leva a consequências terríveis para os povos indígenas (MILANEZ, 2020).

Em virtude de sua postura negacionista, decorrente do racismo institucional e estrutural (MENTON *et al.*, 2021, p. 8), os Estados brasileiro e paraguaio demoraram a promover políticas públicas e a estabelecer um plano de contingência para o combate à pandemia, apesar de estudos que mostravam as vulnerabilidades em diferentes territórios indígenas, e que facilitariam a disseminação da Covid-19 nessas localidades (AZEVEDO *et al.*, 2020).

#### 4. Conclusão

Em virtude da inércia e ineficácia das políticas públicas do Estado, os povos indígenas tiveram que tomar medidas por conta própria para combater a pandemia de Covid-19. Dentre as iniciativas, citam-se a geração de dados sobre infecções e óbitos nas aldeias; o lançamento de campanhas de informação e sensibilização sobre a prevenção do vírus; a adoção de medidas de contenção e mitigação, como barreiras sanitárias, proibição de acesso às comunidades, vigilância, fiscalização comunitária, criação de protocolos de circulação e isolamento; o uso e promoção da medicina tradicional; e a adoção de medidas para garantir a segurança alimentar (CEPAL, 2020, p. 52).

Somado a isso, no exercício de seu direito à autodeterminação, muitos povos indígenas decidiram restringir ou fechar as fronteiras de seus territórios como uma das principais medidas para prevenir a transmissão do vírus, especialmente aqueles grupos que já haviam adotado medidas semelhantes em epidemias anteriores (KAPLAN et al., 2020). Para as comunidades indígenas, principalmente aquelas pertencentes a povos com poucos habitantes, evitar que o vírus se alastre ao seu território se constitui uma questão de vida ou morte, não só para os indivíduos, mas para toda a coletividade. Portanto, o fechamento de fronteiras territoriais é uma medida extrema para evitar consequências drásticas, como as que já ocorreram no passado com outras doenças (FILAC, 2020).

Em meio a essa realidade de marginalização, fragmentação de seus modelos de organização social e práticas culturais, altos índices de violência, alcoolismo e consumo de outras drogas, no final do mês de maio de 2020, a contaminação pelo coronavírus chegou às aldeias Guarani da região de fronteira no Mato Grosso do Sul (AGUILERA URQUIZA; PINEZI, 2020, p. 146).

Com base nisso, a resposta dos Estados brasileiro e paraguaio diante da Covid-19 em aldeias indígenas deve enfatizar seus direitos coletivos e

individuais, consagrados na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Convenção dos Povos Indígenas e Tribais, 1989, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Essa legislação internacional, somada às Constituições do Brasil e do Paraguai, constituem-se como um avanço no suporte normativo para implementação de políticas públicas adequadas às particularidades dos povos indígenas.

Mas de que adianta o dever se não existe o ser? Quando ocorre o reconhecimento por parte do Estado, os indígenas não são encarados enquanto sujeitos de direitos, e sim como passivos não detentores de voz e de autonomia, ideais que são frutos de uma concepção assimilacionista e tutelar.

Outrossim, deve haver o consentimento livre, prévio e informado desses povos para qualquer medida adotada, garantindo condições sanitárias seguras para o desenvolvimento de processos de consulta prévia. O reconhecimento emancipatório dos indígenas perpassa pelo direito desses povos tradicionais de se autorealizarem enquanto tais, possibilitando-os o direito de decidir sobre seu próprio destino.

Dessa forma, a luta por esse reconhecimento deve se dar conferindo autonomia aos povos indígenas, enquanto sujeitos de direitos, capazes de intervir em sua própria realidade, sem serem encarados como hipossuficientes e tutelados pelo Estado, mas sim detentores de uma cidadania ativa, que os possibilita participar e influenciar efetivamente em todas as decisões estatais que os afetem, em especial as políticas públicas de saúde, em zonas fronteiriças, que devem ser postas em prática sob uma visão multiculturalista dos Estados brasileiro e paraguaio.

Portanto, Brasil e Paraguai devem proteger os territórios indígenas, em especial os transfronteiriços, para evitar a propagação da Covid-19 e ainda devem contribuir para a recuperação das aldeias após a crise. No entanto, as respostas estatais para proteção desses povos tradicionais contra a atual crise sócio-sanitária têm sido fracas e insuficientes, em virtude da inércia



proposital ou da implementação de políticas públicas de saúde destoantes das particularidades culturais dos povos indígenas.

## Referências

- ANTUNHA BARBOSA, Pablo; MURA, Fabio. Construindo e reconstruindo territórios guarani: dinâmica territorial na fronteira entre Brasil e Paraguai (sec. XIX-XX). **Journal de la Société des Américanistes**, Paris, v. 97, n. 2, p. 287-318, dez. 2011.
- ARRUDA, Rinaldo. Territórios indígenas no Brasil: aspectos jurídicos e socioculturais. **Estudios Latinoamericanos**, v. 21, p. 39-55, 2001. Disponível em: <http://estudioslatinoamericanos.pl/index.php/estudios/article/view/181>. Acesso em: 28 maio 2022.
- AZEVEDO, Marta *et al.* Análise de vulnerabilidade demográfica e infraestrutural das terras indígenas à covid-19. **Caderno de Insumos**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 117, 2020. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/analise-de-vulnerabilidade-demografica-e-infraestrutural-das-terras-indigenas>. Acesso em: 6 out. 2021.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; BIGOLIN, Pedro. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 156-195, mar. 2017.
- BRAND, Antônio Jacó. **O impacto da perda da terra sobre a tradição Kaiowá/Guarani: os difíceis caminhos da palavra**. Tese (Doutorado em História), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, Porto Alegre, 1997.
- BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 14 out. 2021.
- BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. **Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas**. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde, 2002.
- CARDOSO, Andrey Moreira *et al.* Investigation of an outbreak of acute respiratory disease in an indigenous village in Brazil: Contribution of Influenza A(H1N1)pdm09 and human respiratory syncytial viruses. **PLOS ONE**, San Francisco, v. 14, n. 7, p. e0218925, 2019. Disponível em: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0218925>. Acesso em: 14 out. 2021.
- CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul**. Assis: UNESP, 2013.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe). **El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala: entre la invisibilización y la resistencia colectiva**. Santiago de Chile: CEPAL, 2020. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46543-impacto-covid-19-pueblos-indigenas-america-latina-abya-yala-la-invisibilizacion>. Acesso em: 6 out. 2021.
- CERNA VILLAGRA, Sarah Patricia. Yvy maraé'y: el conflicto del estado con los pueblos indígenas en Paraguay. **América Latina Hoy**, Salamanca, v. 60, p. 83-115, abr. 2012.
- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). **Pandemia y Derechos Humanos en las Américas**: resolución 1/2020. Washington, D.C, 2020.

CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). **Resolución 35/2020**. Medida cautelar n. 563-20: miembros de los pueblos indígenas yanomami y ye'kwana respecto de Brasil. Washington, D.C, 2020.

CIMI. **Violência contra os povos indígenas no Brasil** - Relatório 2006-2007. Disponível em: [https://cimi.org.br/pub/relatorio/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas\\_2006-2007-Cimi.pdf](https://cimi.org.br/pub/relatorio/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2006-2007-Cimi.pdf). Acesso em: 18 jun. 2022.

CODEÇO, Cláudia T. *et al.* Risco de espalhamento da COVID-19 em populações indígenas: considerações preliminares sobre vulnerabilidade geográfica e sociodemográfica. **Repositório Institucional da Fiocruz**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/40980>. Acesso em: 6 out. 2021.

COLMAN, Rosa Sebastiana. **Guarani retã e mobilidade espacial guarani**: belas caminhadas e processo de expulsão no território guarani. 2015. 240 p. Tese (Doutorado em Demografia) – Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, Campinas, SP.

FEIN, Helen. Genocide by Attrition 1939-1993: The Warsaw Ghetto, Cambodia, and Sudan: Links between Human Rights, Health, and Mass Death. **Health and Human Rights**, Nova Iorque, v. 2, n. 2, p. 10–45, 1997. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/4065270>. Acesso em: 13 out. 2021.

FERRANTE, Lucas; FEARNSTIDE, Philip M. Protect Indigenous peoples from COVID-19. **Science**, Washington, v. 368, n. 6488, p. 251–251, 2020. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.abc0073>. Acesso em: 13 out. 2021.

FILAC (Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe/Foro Indígena de Abya Yala). **Tercer informe regional: buenas prácticas de los pueblos indígenas ante la pandemia**. Comunidades resilientes. Disponível em: [https://indigenascovid19.red/wp-content/uploads/2020/09/FILAC\\_FIAY\\_tercer-informe-PI\\_COVID19\\_final.pdf](https://indigenascovid19.red/wp-content/uploads/2020/09/FILAC_FIAY_tercer-informe-PI_COVID19_final.pdf). Acesso em: 13 out. 2021.

FLICK, Uwe. **Desenho da pesquisa qualitativa**. Coleção Pesquisa Qualitativa. Porto Alegre: Bookman, Artmed, 2009.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). **Censo Demográfico 2010**: Características Gerais dos Indígenas – Resultados do Universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/?lang=&co%252520duf=50&search=mato-grosso-do-sul>. Acesso em: 21 abr. 2022.

INDI (Instituto Paraguayo do Indígena). **Resolución n. 171/20 por la cual se aprueba el Protocolo de Ingreso a las Comunidades Indígenas del País para Evitar el Contagio y Expansión del Coronavirus, COVID-19**. Disponível em: [https://indi.gov.py/application/files/4416/0736/1206/RESOLUCION\\_171\\_PROTOCOLO\\_DE\\_INGRESO\\_A\\_COMUNIDADES\\_INDIGENAS\\_-INDI\\_1.pdf](https://indi.gov.py/application/files/4416/0736/1206/RESOLUCION_171_PROTOCOLO_DE_INGRESO_A_COMUNIDADES_INDIGENAS_-INDI_1.pdf). Acesso em: 13 out. 2021.

INFOBAE. **Bolsonaro veta partes de ley que facilita atención de indígenas por covid-19**. Disponível em: <https://www.infobae.com/america/agencias/2020/07/08/bolsonaro-veta-partes-de-ley-que-facilita-atencion-de-indigenas-por-covid-19/>. Acesso em: 13 out. 2021.

INFOBAE. **Brasil: Aumentan los casos de coronavirus en indígenas**. Disponível em: <https://www.infobae.com/america/agencias/2020/05/18/brasil-aumentan-los-casos-de-coronavirus-en-indigenas/>. Acesso em: 13 out. 2021.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **Covid-19 e os povos indígenas**. Disponível em: <https://covid19.socioambiental.org/>. Acesso em: 13 out. 2021.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). Povos Indígenas no Brasil. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/o-isa/programas/povos-indigenas-no-brasil>. Acesso em: 21 abr. 2022.

IP (Agencia de Información Paraguaya). **INDI Distribuyó más de un Millón de Kilos de Alimentos a Comunidades Indígenas de la Región Oriental** - Paraguay. Disponível em: <https://reliefweb.int/report/paraguay/indi-distribuy-m-s-de-un-mill-n-de-kilos-de-alimentos-comunidades-ind-genas-de-la>. Acesso em: 13 out. 2021.

KAPLAN, Hillard S.; TRUMBLE, Benjamin C.; STIEGLITZ, Jonathan; et al. Voluntary collective isolation as a best response to COVID-19 for indigenous populations? A case study and protocol from the Bolivian Amazon. **The Lancet**, Nova Iorque, v. 395, n. 10238, p. 1727–1734, 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31104-1/abstract](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31104-1/abstract). Acesso em: 13 out. 2021.

MARQUES FILHO, Elvis Gomes. **Estado Brasileiro e Povos Indígenas: direito aos territórios tradicionais dos Guarani Kaiowá na fronteira Brasil-Paraguai do Mato Grosso do Sul**. 2022. 141 p. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2022.

MENESES-NAVARRO, Sergio *et al.* The challenges facing indigenous communities in Latin America as they confront the COVID-19 pandemic. **International Journal for Equity in Health**, Londres, v. 19, n. 1, p. 63, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s12939-020-01178-4>. Acesso em: 6 out. 2021.

MENTON, Mary *et al.* The COVID-19 pandemic intensified resource conflicts and indigenous resistance in Brazil. **World Development**, Amsterdã, v. 138, p. 105222, 2021. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305750X20303491>. Acesso em: 6 out. 2021.

MILANEZ, Felipe. Fighting the invisible anaconda amidst a war of conquest: notes of a genocide. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. 23, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/j/asoc/a/MtMBtqHRc4GvhGBvYtRMH9j/?lang=en>. Acesso em: 13 out. 2021.

OLIVEIRA, Ana Maria Soares de. **Reordenamento territorial e produtivo do agronegócio canavieiro no Brasil e os desdobramentos para o trabalho**. Doutorado em Geografia, Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Tecnologia, Presidente Prudente, 2009.

OLIVEIRA, Ubirajara *et al.* Modelagem da vulnerabilidade dos povos indígenas no Brasil ao covid-19. **Instituto Socioambiental (ISA)**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 6, 2020. Disponível em: <http://ds.saudeindigena.icict.fiocruz.br/handle/bvs/3687>. Acesso em: 6 out. 2021.

PAULETTI, Maucir; FEENEY, Micheal; SCHNEIDER, Nereu; MANGOLIM, Olívio. Povo Guarani e Kaiowá: uma história de luta pela terra no Estado do Mato Grosso do Sul. *In*: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL. **Conflitos de direitos sobre as terras guarani kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

SANTOS, Ricardo Ventura; PONTES, Ana Lucia; COIMBRA JR., Carlos E. A. Um “fato social total”: COVID-19 e povos indígenas no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/j/csp/a/qxqxzwVDGCwT8pTtvCRf5fx/?lang=pt>. Acesso em: 6 out. 2021.

SHORT, Damien. Cultural genocide and indigenous peoples: a sociological approach. **The International Journal of Human Rights**, Londres, v. 14, n. 6, p. 833–848, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13642987.2010.512126>. Acesso em: 13 out. 2021.

SILVA, Fernanda. **Um cenário que atualiza uma política estatal de extermínio dos indígenas.** Disponível em: <https://diplomatie.org.br/um-cenario-que-atualiza-uma-politica-estatal-de-extermínio-dos-indigenas/>. Acesso em: 13 out. 2021.

URREJOLA, Antonia; TAULI, Victoria. **Crisis multidimensional de la pandemia COVID 19 para los Pueblos Indígenas Amazónicos Transfronterizos en Colombia, Ecuador y Perú.** Disponível em: <https://www.amazonfrontlines.org/chronicles/crisis-multidimensional-de-la-pandemia-covid-19-para-los-pueblos-indigenas-amazonicos-transfronterizos-en-colombia-ecuador-y-peru/>. Acesso em: 13 out. 2021.

Artigo recebido em: 14/10/2021.

Aceito para publicação em: 07/06/2023.

# Direitos fundamentais, igualdade e atuação do Judiciário: os desafios contemporâneos das cotas étnico-raciais

## *Fundamental rights, equality and the performance of the Judiciary: the contemporary challenges of ethnic-racial quotas*

*Felipe Pereira Maroubo*<sup>1</sup>

**Resumo:** O debate sobre a efetividade dos direitos fundamentais é uma ferramenta elementar para afastar o racismo estrutural e a desigualdade social. Estes fundamentam a perversidade de práticas institucionais e culturais, conscientes ou inconscientes, do uso da raça ou etnia como fundamento sistemático de discriminação pela distribuição de privilégios e repartição injusta dos ônus. Em vista disso, o Estado implementou políticas promocionais, baseadas no critério racial, para conferir qualidade de vida e justiça social a uma parcela populacional historicamente alijada de seus direitos e atingida diariamente com ações discriminatórias em razão de sua cor. Na primeira parte desse trabalho, oferecem-se as teorizações sobre o tema das ações afirmativas, com destaque às cotas raciais, para discutir qual a influência do sistema de direitos humanos, dos princípios da igualdade e da diversidade, bem como o papel do direito na racionalização e na justificativa da política afirmativa. Logo depois, oferece-se uma leitura constitucional das cotas étnico-raciais, balizando-se nas decisões proferidas em ações de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, com foco em concursos e processos seletivos. O intuito é verificar os limites de atuação do Judiciário e os parâmetros decisórios relacionados às cotas étnico-raciais. Por fim, levantam-se os dilemas atuais impostos à igualdade material. São questões que, se não enfrentadas, poderão provocar prejuízos ainda maiores à legitimidade da atuação dos poderes da República na reserva de vagas para negros em órgãos e entidades públicas.

**Palavras-chave:** Igualdade. Cotas raciais. Atuação do Poder Judiciário.

**Abstract:** The debate on the effectiveness of fundamental rights is an elementary tool to remove structural racism and social inequality. These underlie the perversity of institutional and cultural practices, whether conscious or unconscious, of the use of race or ethnicity as a systematic basis of discrimination for the distribution of privileges and unjust sharing of the burden. In view of this, the State has implemented promotional policies, based on racial criteria, to provide quality of life and social justice to a population that has historically been deprived of its rights and is daily affected by discriminatory actions due to its color. In the first part of this work, theories on the subject of affirmative actions are offered, with emphasis on racial quotas, to discuss the influence of the human rights system, the principles of equality and diversity, as well as the role of law in

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) com mobilidade internacional pela Universidade do Porto, Portugal (UP). Advogado do Município de Leme - São Paulo.

rationalization and justification of affirmative policy. Soon after, a constitutional reading of the ethnic-racial quotas is offered, based on the decisions handed down in control actions concentrated by the Brazilian Supreme Court, focusing on competitions and selection processes. The aim is to verify the limits of the Judiciary's performance and the decision parameters related to ethnic-racial quotas. Finally, the current dilemmas imposed on material equality are raised. These are issues that, if not addressed, could cause even greater damage to the legitimacy of the performance of the powers of the Republic in reserving vacancies for blacks in public bodies and entities.

**Keywords:** Equality. Racial quotas. Judiciary decisions.

## 1. Introdução

A construção de uma sociedade livre e justa é um dos objetivos centrais do Estado brasileiro. A discussão sobre a efetividade dos direitos fundamentais é primordial para coibir a desigualdade estrutural e concretizar a igualdade substancial. O Estado adotou políticas públicas promocionais, ligadas ao parâmetro racial, para prover a justiça social, suplantando o histórico escravista da população negra, comumente alijada de seus direitos e atingida pelos efeitos de ações estruturais de discriminação, imposto ao longo de séculos.

O debate sobre as políticas de ação afirmativa é relativamente recente, seja sob o ponto de vista da dogmática jurídica, ou dos casos que são levados aos tribunais superiores. Evidentemente, as políticas promocionais já eram discutidas e adotadas em outros países do mundo antes de chegar ao Brasil. O primeiro questionamento judicial de relevo ocorreu no âmbito do ensino público. A querela se deu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 186, originária do Distrito Federal, julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, notadamente com a edição de Lei n. 12.990/2014, as modificações no direito brasileiro ressuscitaram a contenda, mas sob outro prisma. A norma impugnada reservou 20% das vagas a candidatos negros nos órgãos e entidades públicas federais. O inconformismo e o antagonismo de setores conservadores da sociedade foram novamente agitados, na medida em

que a nova legislação representou um avanço das cotas étnico-raciais sobre outros setores da vida social.

Em vista da insegurança jurídica e da ausência de posição firme das instituições públicas na defesa da norma jurídica em cotejo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41, do Distrito Federal. O intuito era defender a presunção de constitucionalidade da nova lei e harmonizar o entendimento jurisprudencial quanto à validade e à legitimidade das ações afirmativas para áreas antes não abrangidas pela política promocional.

Este trabalho está dividido em três grandes segmentos. Na primeira parte, são teorizadas as ações afirmativas, de um modo geral, para situá-las como mecanismos importantes na era dos direitos humanos. Além disso, discute-se a influência do princípio da igualdade, da diversidade e do direito pátrio na missão de racionalizar o uso da política afirmativa, cuja limitação temporal indica que deva existir a termo, ser excepcional e complementar a outras políticas públicas que melhor funcionem em diferentes conjunturas.

Na segunda parte, o foco recai sobre a interpretação judicial das cotas étnico-raciais em processos seletivos. No âmbito constitucional, é fornecido o panorama geral criado pelos *leading cases* – ADPF n. 186 e ADC n. 41 – em torno das cotas no âmbito do ensino superior público e do serviço público federal. A partir da leitura atenta da controvérsia constitucional, será possível debruçar sobre os limites e os parâmetros de atuação do Poder Judiciário brasileiro, sobretudo, dos juízos de primeiro grau, evidenciando a legitimidade do uso de condicionantes decisórias cotidianamente exigidas no expediente jurisdicional.

O terceiro segmento deste trabalho, que toma os tópicos finais, busca expor os novos obstáculos e reveses da política de ação afirmativa, sob o prisma da igualdade e a partir de levantamento doutrinário sobre os sucessos e adversidades (que se mantém apesar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 41) das políticas em concursos públicos. Os dados

empíricos aplicados ao tema e os relatórios de monitoramento da legislação federal terão a função de explicitar a fotografia da realidade e o quadro de avanços em matéria de direitos fundamentais.

A preocupação está em responder, sobretudo, a duas questões que ainda demandam solução assertiva. A primeira vincula-se ao elevado grau de subjetividade e discricionariedade das comissões de verificação de autodeclaração. A segunda situa-se na defasagem de controle social, que implica em redução dos índices de legitimidade, de legalidade e desnatura parcialmente a razão da constitucionalidade da reserva de vagas para negros em processos seletivos públicos.

Neste trabalho, utiliza-se o método dedutivo como lógica de construção do raciocínio, visto que parte de premissas gerais sobre as políticas de ação afirmativa, notadamente as cotas raciais, no contexto geral dos direitos humanos e dos princípios da igualdade, da diversidade e da efetividade dos direitos fundamentais, para um raciocínio específico, de aplicação ao direito brasileiro e à fotografia do mundo dos fatos, de modo a extrair conclusões sobre a efetividade da condução da política pública alinhavada pelo Estado brasileiro.

A tríade metodológica que compõe a pesquisa é a análise bibliográfica, jurisprudencial e empírica. Para cumpri-las, foram selecionados materiais específicos por meio de buscas em bancos de dados e indexadores, com os termos “princípio da igualdade”, “políticas de ação afirmativa”, “discriminação”, “antidiscriminação”, “cotas raciais”, “cotas étnico-raciais”, “igualdade racial”, “racismo estrutural”, “princípio da diversidade”, “igualdade como reconhecimento”, “relatórios da política de cotas”, “Lei 12.990/2014” e “Portaria Normativa n. 4/2018”. Foram utilizados, sobretudo, os materiais obtidos no SciELO, Hein Online, Rede de Bibliotecas da UERJ, Portal de Legislação do Palácio do Planalto e do Conselho Nacional de Justiça e repositório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados.



## 2. Políticas promocionais na era dos direitos humanos

Os direitos humanos “nascem quando devem e podem nascer” (PIOVESAN, 2005, p. 44). Esta expressão de Flávia Piovesan (2005, p. 43-45) revela que essa categoria jurídica compõe um domínio construído pela engenhosidade humana e pela dialética de edificação semântica ininterrupta, com a finalidade de realizar o vetor interpretativo da dignidade humana. Desta forma, os direitos humanos avançam no passo da história e compreendem um conjunto axiomático universalizante, fruto das dinâmicas de conflitos históricos e de ações comunitárias desempenhadas num certo tempo-espaço. Portanto, enquanto direitos universais e indivisíveis, esteiam-se, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, posteriormente com o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na liberdade e na igualdade entre os sujeitos de direito.

O espírito ético compartilhado, lapidado pelos países ocidentais após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, respaldou a criação de parâmetros mínimos de proteção, inscritos em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos. Tais parâmetros integram o sistema global e regional de defesa de direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensão. Neste contexto, as políticas de ação afirmativa despontam como mecanismos legítimos e desejáveis de concreção da igualdade étnico-racial, inscritos nos pactos internacionais contemporâneos de direitos humanos.

Portanto, os direitos humanos reclamam o consenso sobre um conteúdo mínimo, de modo que a eliminação de todas as formas de discriminação faz parte desse rol. Por isso, minorias e grupos que tradicionalmente carregam o fardo da subjugação pelas majorias, como as mulheres, as pessoas com deficiência, os indígenas, os pretos e pardos, dentre tantos outros, demandam proteção especial de seus direitos.

Na origem, a concepção de combate à intolerância pela via do ideal de denegação da alteridade foi o discurso dominante na esfera protetiva dos direitos humanos. A proteção contra a discriminação em razão da nacionalidade, da religião e da origem étnico-racial se deparou com uma estratégia que, aparentemente indulgente, foi insuficiente para combatê-la. A especificidade das demandas de grupos e as peculiaridades dos atores sociais reforçaram a constatação de que a igualdade meramente formal como peça suficiente para funcionar a engrenagem era importante, mas sozinha, pouco valor detinha. A mudança de estratégia, que retirou a generalidade e a abstração que pairavam pelo conteúdo essencial dos direitos humanos, foi imprescindível para calibrar os passos mais adequados e acelerar a efetividade dos direitos dos grupos minoritários. (PIOVESAN, 2005, p. 43-49)

O rompimento com o monopólio da igualdade formal, a partir de um ciclo de valorização da vertente material deste princípio, possibilitou o fortalecimento do filtro do direito à alteridade e à diversidade nos diversos planos jurídicos nacionais. Isso significa a percepção de que os âmbitos formal e material do direito fundamental à igualdade não são excludentes, mas complementares, na medida em que (i) a igualdade formal contempla um ideal de justiça distributiva, cujo núcleo é a preocupação com a esfera socioeconômica e com a previsão de equiparação perante a lei, enquanto (ii) a igualdade material vincula-se ao ideal de justiça que marca o debate da efetividade das normas no direito contemporâneo. Deste modo, o cariz substancial importa o reconhecimento redistributivo a partir do respeito às diferenças e à identidade, *v.g.*, de gênero, orientação sexual, étnico-racial.

Nancy Fraser, uma das mais influentes filósofas estadunidenses afiliadas à teoria crítica, argumenta que a leitura das noções de justiça deve partir de determinados pressupostos, são eles: (a) a distribuição de recursos e de renda; (b) o reconhecimento das contribuições de grupos sociais distintos; e (c) a representação assegurada pelo domínio simbólico. Na lição da autora, existem duas ordens de demandas: (i) as reivindicações redistributivas,

vinculadas à justa distribuição de recursos e riquezas; e (ii) a política de reconhecimento, que não pretende uniformizar o modo de viver comunitário, mas oferecer a aliança na diferença, de modo que o preço do respeito não impute a assimilação do grupo dominante (FRASER, 2010, p. 167-190).

A complementariedade entre a esfera redistributiva e a do reconhecimento é pressuposto básico à justiça social, de modo que qualquer aspiração por as tratar como antíteses autoexcludentes, entre os pólos da política de classe e da política de identidade, representa um perigoso caminho e uma despropositada escolha entre multiculturalismo e democracia social. Assim, o novo pensamento crítico capitaneado por Nancy Fraser contribui para arquitetar uma orientação político-programática que extraia as vantagens do ideal de redistribuição e as melhores contribuições da política de reconhecimento.

As dimensões de justiça, explicitadas por Nancy Fraser, são capacitadas para mediar às demandas de diversos movimentos sociais. Quanto àquelas do movimento negro, por exemplo, a política redistributiva colabora para tecer orientações antirracistas e emendar injustiças do passado, a despeito de seus efeitos apenas para frente e do esforço coletivo para reverberar os horrores do passado e não mais repeti-lo. Para complementar o ideal redistributivo, a política de reconhecimento contribui para a valorização identitária dos afrodescendentes, por meio do desconstrutivismo e do respeito à diversidade e à diferença (FRASER, 2010, p. 167-190).

Não é válida, ante a complexidade da sociedade contemporânea, a abordagem uníssona com foco em desigualdades socioeconômicas, às quais a solução está na reformulação da política econômica, ou em um enfoque exclusivo em injustiças culturais, sob o ponto de vista de padrões de representação e de linguagem, às quais o remédio é a transformação cultural ou simbólica. Consoante Nancy Fraser, os maiores embaraços situam-se em termos de raça e gênero. Tomando a primeira como paradigma, em vista da abordagem deste trabalho, a dificuldade étnico-racial está situada no centro

da ambivalência entre as injustiças sociais e culturais, tornando o debate racial extremamente difícil, já que embebido tanto do reforço da ideia de classes, como de um abusivo *status* de subalternidade a que a sociedade submete esta parcela da população. Deste modo, o tratamento das políticas promocionais, sobretudo, das cotas raciais em certames públicos, denota uma pequena parcela de um processo mais amplo e que compreende uma estrutura encadeada pela convivência harmônica do dualismo de perspectiva, composto pela redistribuição e pelo reconhecimento.

No plano concreto, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, aprovado pela Organização das Nações Unidas em 1965 e ratificado por cento e sessenta e sete países (dentre eles, o Brasil, que o internalizou em seu ordenamento jurídico em 1968 (PIOVESAN, 2005, p. 47-49)), é um passo internacional relevante para reforçar os novos fundamentos que compõem o direito à igualdade na sociedade contemporânea. A expressão da importância deste documento internacional emana de três fatores.

O primeiro é a indefensabilidade e o expurgo de ideologias vinculadas à superioridade racial, amparadas em teorias genéticas ou biológicas, que sustentam a exclusão e o racismo, em prejuízo flagrante à defesa de garantias e liberdades fundamentais de indivíduos e grupos. O segundo fator é propositivo, na medida em que destaca, logo no art. 1º, um conceito amplo de discriminação racial, o qual corresponde à distinção, restrição, preferência ou exclusão em razão da descendência, origem nacional, etnia, raça ou cor. Por último, o terceiro elemento importante é assentar a proibição à prática de atos de hostilidade em virtude de manifestações da diversidade, bem como a promoção positiva, a fim de elevar o patamar civilizatório e alavancar a efetividade do princípio da igualdade.

O enfoque específico deste trabalho é o tratamento das políticas promocionais enquanto instrumentos de inclusão social, fomento ao respeito à alteridade e à diversidade, sob o pano de fundo do debate do princípio da igualdade, a fim de sustentar a hipótese de que somente a política proibitiva

de discriminação não consegue solucionar um vácuo disposto nas tradições estruturais discriminatórias. A partir daí é possível pensar em formas concretas de dismantelar os padrões de violência e exclusão, de modo a socorrer as parcelas à margem do jogo majoritário de poder. Por esta razão, em face de entraves duros e sistêmicos cultivados pela valorização extremada da igualdade formal, as ações afirmativas despontam como ações excepcionais a termo para intensificar a matriz substantiva da igualdade, acelerar o reconhecimento da diversidade e do pluralismo.

O tema étnico-racial foi tratado com maiores especificidades na Conferência das Nações Unidas contra o Racismo. O documento aprovado em 2001, em Durban, na África do Sul, consolidou propostas brasileiras para incrementar as políticas destinadas aos afrodescendentes no âmbito do mercado de trabalho e da educação. Uma das principais políticas positivas indicadas são as ações afirmativas, nomeadamente, as cotas raciais.

As medidas aprovadas na reunião compreenderam duas frentes. A primeira diz respeito à promessa de ampliar o acesso dessa população aos cargos públicos na Administração Pública e aos empregos oferecidos pela iniciativa privada. E em segundo lugar, recomendou-se que as legislações nacionais contivessem dispositivos legais que criassem critérios de desempate em licitações públicas, segundo os índices de diversidade social. Anos mais tarde, algumas dessas promessas possibilitaram alterações jurídicas importantes no direito pátrio, em especial, no que tange à inclusão e ao respeito à diversidade nas contratações públicas (PIOVESAN, 2005, p. 50).

### 3. Os princípios da igualdade e da diversidade nas políticas de cotas

No final do século XVIII, o princípio da igualdade aflora como categoria jurídica prevista nas constituições estadunidense e francesa pós-revoluções.

Entretanto, o conteúdo da igualdade é restrito, pois edificado na teoria constitucional clássica, proveniente das teorizações de Locke, Rousseau e Montesquieu. O império da igualdade perante a lei visa desmontar os privilégios e as distinções jurídicas entre os sujeitos, reagindo ao antigo regime francês assentado no absolutismo e na discriminação pela condição pessoal.

O Estado liberal burguês e o iluminismo buscam formar um espaço jurídico neutro, em que todos os indivíduos sejam considerados livres e iguais perante a lei, despidos de privilégios e distinções de qualquer espécie. O anseio por liberdade dos teóricos da escola liberal é a peça que movimenta o impulso da igualdade formal como direito fundamental. Todavia, a ideia de igualdade como gestada pelos movimentos revolucionários não está edificada nos *standards* contemporâneos (GOMES, 2001b, p. 130-139).

A igualdade genérica e abstrata perante a lei desconsidera as dificuldades substanciais de acessibilidade das minorias às mesmas oportunidades. Trata-se, portanto, de um conceito meramente processual, que, assumido numa vertente formal, subestima a importância de perceber a realidade e proporcionar pontos de partida desiguais, além de perturbar a operacionalização da isonomia e legitimar a discriminação. Nesta linha, o avanço do constitucionalismo realçou que a igualdade exclusivamente formal não passava de ficção jurídica. A efetividade substancial do axioma da igualdade demanda igualdade de resultados, em que situações desiguais sejam atacadas por pontos de partida também desiguais, com o intuito de alcançar a isonomia e criar um ambiente mais justo em oportunidades e potencialidades às minorias sociais (GOMES, 2001b, p. 130-132).

Não obstante as teorizações mais recentes do princípio da igualdade, o poder público sistematicamente ignorou o seu papel na consecução de políticas de Estado para tratar frontalmente a preocupação de igualdade material aos marginalizados em função da raça, do sexo, da religião e de deficiências. Essa realidade se estendeu ao menos até a década de 1960 e,

mesmo com a força da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, a nova rota não foi suficiente para combater os efeitos da discriminação estrutural dos afrodescendentes no mundo do trabalho, na decisão comunitária, na participação política e na formação da vontade democrática.

As políticas de discriminação positiva buscam incentivar e agilizar a inversão da lógica do Estado neutro e observador do fenômeno social para o papel de ator relevante na efetividade do axioma da igualdade, nos moldes propugnados pelas Constituições criadas sob a ideologia do constitucionalismo democrático<sup>2</sup>. Esse movimento é apenas um começo, de modo que seria ingênuo e insincero alegar que a mudança de paradigma jurídico aniquilou o retrocesso profundamente enraizado na cultura de uma sociedade ocidental ainda pouco tolerante, embora plural e que clama pelo respeito à alteridade.

As ações afirmativas constituem um conjunto de instrumentos políticos e sociais que, por meio de abordagens particularizadas, justificadas e provisórias pretendem inibir a continuidade do ciclo histórico (GOMES, 2001b, p. 130-134) de discriminações negativas<sup>3</sup>, que compreendem a exacerbação intencional de diferenças reais ou ilusórias e que são utilizadas

---

<sup>2</sup>O neoconstitucionalismo realiza promessas do pós-2ª Guerra, ligadas à garantia dos direitos fundamentais e do respeito à tolerância. É resultado da fusão entre o constitucionalismo, pautado na centralidade da Constituição, e da democracia, fundamentada na soberania popular e no sufrágio universal. No Brasil, a Constituição de 1988 pronuncia a vitória do constitucionalismo democrático, pois enterra a lógica formal e estamental de poder e edifica a pauta da efetividade dos direitos, a ascensão do filtro do direito público e de um Judiciário forte, intérprete do direito num contexto de crise de representatividade, desencanto com a política e judicialização da vida. Cf. BARROSO, 2018.

<sup>3</sup>Roger Raupp Rios, em sua obra “Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas”, esclarece que o conceito de discriminação evidencia uma reprovação jurídica em face de violações ao princípio isonômico, em atenção aos agravos experimentados pelos destinatários deste tratamento dispare. Esse esforço conceitual pressupõe uma perspectiva mais substantiva do que formal da discriminação. Além disso, a discriminação incorpora duas modalidades. A primeira é a discriminação direta (*disparate treatment*), composta por práticas intencionais e conscientes; e a segunda é a discriminação indireta (*disparate impact*), cujas manifestações pressupõem medidas que, *a priori*, aparentam neutralidade, entretanto são, de fato, discriminatórias. Cf. RIOS, 2008, p. 19-22.

por determinados grupos sociais para se beneficiarem da discrepância de poder. As políticas de cotas estão compreendidas nas ações afirmativas, mas com elas não se confundem, visto que correspondem a um plexo de mecanismos mais amplo e plural para repelir os fatores estruturais de discriminação. Além disso, não se confundem com o caráter estatal, uma vez que os estímulos pretendidos com as ações afirmativas ultrapassam a fronteira pública e coexiste com estímulos empresariais para composição de projetos e quadros que valorizem e equiparem as pessoas oriundas de grupos alvo de discriminação (VEGNER, 2004, p. 218-221).

Nos moldes que hoje se revelam predominantes, a política de ação afirmativa tem origem estadunidense, na década de 1960, com a Ordem Executiva n. 10.925, assinada pelo presidente John Kennedy. Este decreto implantou medidas de promoção da igualdade de oportunidades, bem como ofereceu incentivos para reparar as iniquidades do passado obscuro da escravidão, de modo a reconhecer a igualdade material e o pluralismo político-social.

Em meados da mesma década, o presidente norte-americano Lyndon Johnson promulgou o *Civil Rights Act* (1963), para assentar uma política repressiva em face de atos contrários ao reconhecimento de *status* igual, independentemente de raça, cor, sexo ou origem, com destaque à vedação de comportamentos contrários ao axioma da igualdade no mercado de trabalho e em locais públicos. Trata-se de um marco importante sob o ponto de vista jurídico, mas que demandou maior sinal de concretude.

Mais adiante, o presidente Richard Nixon lança o Plano Filadélfia (1972), em que se institucionaliza a possibilidade de discriminação positiva para que, ao aceitar tal postura, mas com sinais trocados, fosse possível integrar e proporcionar isonomia à população mais excluída, além de elevar a diversidade em ambientes públicos (OLIGINI; DE MARCO, 2016, p. 39-44).

A psicologia humana informa a complexidade do fenômeno discriminatório, pois se percebe que a simples proibição ou inibição de



condutas por normas jurídicas não resulta no afastamento do segregacionismo entre os sujeitos imersos em seus grupos sociais. O uso do direito penal, por exemplo, evidencia a falha institucional da política massiva e proibitiva, que desconsidera a importância de outros meios no processo histórico de ressignificação do respeito à diferença e à diversidade<sup>4</sup>. As razões que justificam o uso de mecanismos deste tipo, apesar de comprovadamente ineficientes a longo prazo (o que não significa que não o será para a vítima individualmente considerada), é que são alternativas descoladas das necessidades humanas, bem como isoladas de outros fatores relevantes, como a desigualdade social, e que demandam atuação conjunta de estratégias de contenção.

Ao longo da história brasileira, sobretudo até meados dos anos 90, as políticas antidiscriminatórias não tiveram expressivo desenvolvimento, o que dificultou a adesão de grupos às ações positivas em prol da igualdade. Durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso<sup>5</sup>, em 1995,

---

<sup>4</sup> O cientista político e historiador mineiro José Murilo de Carvalho destaca que compreender a construção da cidadania no Brasil demanda que se identifique qual o ator que define, na prática, a cidadania. A política baseada nas limitações decorrentes da desigualdade social e na ficção da igualdade constitucional ascendeu a polícia como agente estratificador e proporcionou uma inversão na ordem lógica, pois enquanto se conferiu maior desenvolvimento aos direitos sociais e aos direitos políticos, os direitos civis ainda seguem como uma questão de valor menor. Sob esta perspectiva, a democracia brasileira seria formalmente democrática, pois fracassa no sonho irrealizado de escalar níveis de cidadania a depender da origem socioeconômica do cidadão. Aos marginalizados socialmente, a ordem jurídica mostra seu rosto pela repressão policial e penal seletiva e segregacionista. Um exemplo do fracasso em legar a definição de cidadania a instituições, de fato, democráticas e preocupadas com o povo é o direito penal. Inexorável a necessidade de instituir novos procedimentos políticos e sociais para os quais o cidadão esclarecido não seja peça incômoda e reivindicadora, mas uma chave para imprimir efetividade à igualdade e combater o desrespeito institucional a direitos civis no país. Cf. CARVALHO, 1999.

<sup>5</sup> A primeira referência de propostas de ação afirmativa relativamente à população negra se implementou a partir do Decreto nº 1.904/1996, que estabeleceu o Programa Nacional de Direitos Humanos, que aborda a necessidade de estímulo às ações afirmativas, por ocasião do primeiro mandato do então presidente Fernando Henrique Cardoso, além de discussões, em julho do mesmo ano, organizadas pelo Ministério da Justiça. Com fundamento nestes planos, o Ministério da Justiça, por intermédio da Portaria nº 1.151/2001 instituiu o Programa de Ações Afirmativas no setor público, no qual propôs metas para a ocupação de cargos de assessoramento, convênios, licitações e contratações do serviço público por, pelo menos, 20% de afrodescendentes, 20% de mulheres e 5% de deficientes físicos. Em 2002, o

criou-se grupos de discussão para o desenvolvimento de mecanismos de mitigação da desigualdade estrutural e da discriminação racial.

A partir de 2002, as políticas de cotas para estudantes negros foram criadas por iniciativa própria das instituições públicas de ensino superior, valendo-se do exercício da autonomia universitária. Como se verifica, o Brasil não dispunha de uma política pública nacional de institucionalização da atuação do Estado para proteger vítimas do racismo estrutural encoberto pelo mito da democracia racial. Apesar disto, os debates preliminares resultaram na aprovação de leis federais de reserva de vagas para negros em universidades públicas e em concursos públicos que, num primeiro momento, enfrentaram forte resistência, com inúmeras repercussões judiciais<sup>6</sup>, inclusive perante a Suprema Corte, de organismos civis e partidos políticos que se posicionaram contrariamente às políticas de cotas raciais (OLIGINI; DE MARCO, 2016, p. 44-45).

A par da resistência de parcela da população brasileira, o panorama empírico geral de quebra de tradições revela resultados satisfatórios nas camadas sociais mais baixas, embora com deficiências na celeridade de modificação da fotografia original no topo. Como exemplo institucional, evidentemente não universalizável, mas simbolicamente relevante, é que em mais de 128 anos de existência do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa foi o primeiro e único negro nomeado, em 2004, para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Se antes a política de ações afirmativas estadunidense era percebida como um impulso moral do Estado liberal e capitalista, cujo fundamento deveria ser a mínima intervenção nas escolas e nas empresas por critério de cor, sexo e classe social, o rompimento com a crença na capacidade mística e

---

Decreto 4.228 expande a aplicação das políticas de ação afirmativa no setor público para todos os órgãos do Poder Executivo Federal. Cf. COSTA NETO, 2016.

<sup>6</sup> Para citar o exemplo mais emblemático da discussão jurídica em caráter inicial e em grandes dimensões sobre as afirmativas, desta vez, no âmbito da política de cotas em universidades públicas: Cf. BRASIL, 2014b.

libertadora do solidarismo reclama a atuação positiva estatal para promover a igualdade. Assim como na evolução dos direitos humanos, o fomento à igualdade, nos Estados Unidos, ultrapassou os vieses proibitivos e aderiu às ações afirmativas, reservando cotas raciais a grupos de afrodescendentes, além de incentivar a distribuição de financiamento público às empresas que comprovarem iniciativas em prol da equidade.

A mudança grau de mentalidade norte-americana se revelou tanto no setor público, como no setor privado. A experiência do país exprime que, apesar de debates incessantes sobre a legitimidade das medidas, os três braços do governo (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como a iniciativa privada, não deixaram de contribuir para elevar o grau de realização do direito à igualdade (GOMES, 2001a).

Assim como em outros países do mundo, as duas bases filosóficas e constitucionais do debate sobre as ações afirmativas também são postulados complementares e relevantes para eliminar as falhas isonômicas das políticas adotadas nos Estados Unidos. Joaquim Barbosa alude à (i) justiça compensatória e à (ii) justiça distributiva. Na primeira, pretendem-se reparar, de alguma maneira, as injustiças do passado de grupos sociais alijados de seus direitos. Segundo o autor, a postura que visa à compensação não passa sem reprovação, pois ao promovê-la, o Estado assume para si o ônus que deveria ser cobrado de sujeitos determinados, os quais agiram com dolo, ao empreender certas atitudes, por exemplo, com o emprego da escravidão enquanto fator de enriquecimento econômico, em prejuízo da dignidade humana daquele injustamente submetido à condição de subalternidade. Na segunda, defende-se que os direitos, as vantagens, os ônus e os benefícios devem ser repartidos entre toda a sociedade. Não se trata de prescrever o retorno ao passado ou em repará-lo, mas em reequilibrar o grau de justiça na contemporaneidade. A justiça distributiva tem um defeito importante que consiste em subestimar o passado, sem atacar com a profundidade necessária os fatores que mantém o *status quo* desigual (GOMES, 2001a).

#### 4. Cotas étnico-raciais: evolução jurídica em órgãos e entidades públicas

Os direitos fundamentais inscritos na Carta da República abarcam o princípio da igualdade pelo viés formal e substancial, balizando a proteção constitucional dos direitos de minorias, dentre as quais está a população afrodescendente, que passou a contar com programas de ação afirmativa na administração pública federal, por meio de cotas raciais em universidades públicas. As primeiras instituições a aderirem às políticas promocionais em razão da cor e da etnia foram a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a Universidade do Estado da Bahia, a Universidade de Brasília e a Universidade Federal do Paraná (PIOVESAN, 2005, p. 49-51). A leitura constitucional do potencial da igualdade substancial revela a dimensão axiológica da proteção de direitos e garantias de grupos estigmatizados (SENHORAS, 2015, p. 12).

Mesmo antes da edição de legislação federal sobre o tema, por meio da Concorrência n. 3/2001, o Supremo Tribunal Federal licitou a contratação de dezessete profissionais para prestação de serviços de jornalismo, reservando-se 20% das vagas para candidatos negros. Num período de dez anos, entre 2002 e 2012, ao menos 43 municípios e 4 Estados (Paraná, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul) dispuseram, em legislação local, de uma política de reserva de vagas para pessoas negras no provimento de cargos efetivos por concurso público (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015p. 366-367).

Por meio da Portaria n. 762/2010, o Ministério das Relações Exteriores também assumiu o encargo da reserva de vagas para candidatos pretos e pardos no concurso de admissão à carreira de diplomata (COSTA, 2015, p. 14). Outros documentos legislativos ampliaram a esfera de direitos e garantias e a política reparatória de danos, inspirando a Lei n. 12.990/2014, dentre as quais se destacam a Lei n. 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade

Racial – e a Lei n. 12.711/2012 – Lei de Cotas para o Ensino Superior nas Universidades Públicas (SENHORAS, 2015, p. 3).

A Lei n. 12.990/2014<sup>7</sup> é uma legislação especial com prazo determinado, que permanecerá em vigor por dez anos, que estabelece o percentual de 20% de reserva de vagas para negros no provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Esse diploma legal não estendeu a obrigatoriedade das cotas raciais em concursos públicos para o Legislativo e o Judiciário e nem para os Estados e Municípios, os quais deverão fazê-lo por meios próprios<sup>8</sup>.

Esta lei federal representa a evolução do comprometimento de Estados e Municípios, em mais de uma década de consolidação gradual de uma agenda política de defesa de grupos e minorias estigmatizadas, apoiada mesmo por setores vinculados ao liberalismo social, que identificam a importância de compensar ou reduzir os efeitos do passado escravocrata e do descaso de políticas estatais com a população negra. A influência internacional também pesou na edição da Lei n. 12.990/2014, com destaque das experiências na Índia, implementada na década de 1940, e do *benchmarking* estadunidense, na década de 1960, no qual foram empregadas cotas raciais em escolas e em listas de candidatos a cargos políticos (SENHORAS, 2015, p. 2).

---

<sup>7</sup> A Lei n. 12.990/2014 – que reservou 20% das vagas de concursos públicos federais para candidatos negros – foi promulgada em consonância com o art. 15 da Lei 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial, cujo art. 15 prevê que é dever do poder público adotar programas de ação afirmativa para promoção da igualdade e da educação. Cf. OLIGINI; DE MARCO, 2016, p. 47-48.

<sup>8</sup> O percentual de 20% de reserva de vagas para negros, conforme previsto na Lei n.º 12.990/2014 não é obra do acaso. Trata-se de um cálculo técnico para estipular os parâmetros de inclusão e que levaram em conta o estado atual do perfil dos integrantes da magistratura, os cargos de servidores cujo requisito é a escolaridade superior, o percentual da população brasileira e de formandos em direito negros, a fim de se verificar um percentual médio de negros em condições de adentrarem, por exemplo, o Poder Judiciário na condição de magistrados. Outros cálculos especializados vislumbraram uma média possível entre os diferentes segmentos do Poder Judiciário para antecipar um prazo possível de duração da ação afirmativa, com base em uma estimativa temporal sobre quando atingir-se-á o percentual esperado. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 368-369.

Ao menos quatro condicionantes devem ser consideradas na aplicação das cotas raciais enquanto política para provimento de cargos públicos em concursos federais. A primeira tem a ver com número de vagas. O número mínimo de vagas ofertadas deve ser igual ou superior a três. A segunda condicionante está relacionada à contabilização do número fracionado de vagas. No cálculo, caso a quantidade de vagas destinadas a candidatos negros origine número fracionário, deve-se adotar o arredondamento para cima se fração igual ou maior que 5 décimos e arredondamento para baixo se a fração for menor que 5 décimos. A terceira é a dupla forma de ingresso.

Basicamente, os candidatos negros concorrerão tanto às vagas reservadas como às vagas destinadas à ampla concorrência, observada a sua classificação no concurso. Essa ressalva maximiza os resultados da política de cotas raciais, uma vez que os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas pela ampla concorrência não são computados para efeito de preenchimento das vagas reservadas. Mesmo em caso de desistência do aprovado negro em vaga reservada, ela pode ser preenchida pelo próximo candidato negro classificado<sup>9</sup>.

Como mencionado, a Lei n. 12.990/2014 não possui aplicação direta sobre o preenchimento de cargos de membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia Pública e das Defensorias Públicas da União e dos Estados, devido à necessidade de edição de lei específica. Deste modo, nos termos dos arts. 96, inciso I, e 127, §2º, da Constituição, os membros e servidores do Judiciário dependeriam de lei de iniciativa exclusiva do próprio Poder, enquanto os membros e servidores do Ministério Público dependeriam de lei de iniciativa do próprio Ministério Público. No caso do Legislativo, por dicção dos arts. 51, inciso IV, e 52, inciso XIII, as cotas para concursos públicos podem ser aprovadas por resolução (COSTA, 2015, p. 13-14).

---

<sup>9</sup> Art. 1º, *caput*, §§ 1º e 2º, art. 2º e art. 3º, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.990/2014. Cf. BRASIL, 2014.

No âmbito do Poder Judiciário, a Resolução n. 203/2015, do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu a reserva de 20% das vagas para candidatos negros no concurso de ingresso à carreira da magistratura. O intuito foi diminuir a desigualdade de oportunidades que acomete negros na ocupação de espaços de poder no Judiciário brasileiro. Em compromisso com a efetividade, a excepcionalidade e a temporariedade, o art. 9º da Resolução fixa que o documento vigorará até 2024, com abertura para revisão do percentual de vagas reservadas a negros e indígenas, à luz dos dados obtidos com o monitoramento do sucesso da política de cotas raciais na magistratura.

O Censo do Judiciário de 2013 revelou que apenas 14% dos magistrados brasileiros declararam-se pardos, 1,4% pretos e 0,1% como indígenas. Nos últimos dois anos, o percentual de negros – pretos e pardos – subiu de 15% para 19% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 363-373). De acordo com dados mais recentes, até março de 2017, seis concursos para ingresso na magistratura foram organizados pelos Tribunais de Justiça nos termos da Resolução do CNJ, são eles: Bahia, Rio de Janeiro, Sergipe, Rio Grande do Sul, Paraná e Distrito Federal. Outros 11 tribunais estaduais afirmaram não ter aplicado a cota devido à ausência de concursos posteriores à nova determinação. Na Justiça Federal, até a mesma data, três dos cinco Tribunais Regionais Federais já haviam incluído o percentual de 20% das vagas em seus certames (TRFs da 2ª, 3ª e 4ª Regiões) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

O ingresso na carreira magistratura é bom parâmetro para mensurar a capacidade de transformação proporcionada pela política de ação afirmativa nos cargos de poder. Nesse sentido, nos termos do último grande Censo Judiciário, realizado em 2013, os dados alarmantes chamam atenção (isso sem levar em consideração o perfil desagregado de desembargadores de tribunais, que poderiam revelar uma representatividade ainda menor):

1. Enquanto 51% da população brasileira se autodeclara parda ou negra, estes são apenas 15% dos magistrados nas Justiças Estadual, Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar.
2. Alguns Tribunais de Justiça revelaram números particularmente preocupantes (% de magistrados negros): (a) Tribunal de Justiça de Goiás: 15,6%; (b) Tribunal de Justiça de Minas Gerais: 12%; (c) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: 8,2%; (d) Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul: 6,6%; (e) Tribunal de Justiça do Paraná: 5,5%; (f) Tribunal de Justiça de São Paulo: 3,2%; (g) Tribunal de Justiça de Santa Catarina: 2,9%; (h) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: 1,7% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Enquanto marco instrumental de realização da igualdade substancial, a Lei n. 12.990/2014 obteve o reconhecimento sucessivo de diversos entes federados e órgãos essenciais à Justiça que compreenderam que o ideal de justiça distributiva, de reconhecimento e de diversidade é uma estratégia que atingiu diretamente os sujeitos-alvo, em superação à tendência de tratar a questão de forma genérica, abstrata e universal. Essa lei fortalece a efetividade do Estatuto da Igualdade Racial – Lei n. 12.288/2010, de modo a materializar a igualdade de oportunidades na reserva de vagas por critérios raciais em concursos públicos (COSTA, 2015, p. 12).

Portanto, é uma iniciativa que vislumbra resultados concretos sobre um grupo determinado e específico de sujeitos de direitos, o que permite a atuação reparatória do dano com maior eficiência, com amparo no incentivo do poder constituinte originário de evocar uma série de direitos para conferir maior dignidade a grupos específicos.

Todavia, o apoio à lei de cotas em concursos públicos não foi unânime e nem instantâneo. Tal como ocorreu com a lei de cotas raciais para ingresso em instituições federais de ensino superior, uma parcela da comunidade jurídica considerou que avançar com as ações afirmativas no mundo do trabalho seria inconstitucional, por desenvolver uma nova fórmula de



igualdade, diferente da traçada pelo Estado Democrático de Direito, bem como ineficiente, visto que proporcionaria a institucionalização de uma política autoritária e seletiva que prioriza o bem-estar social de alguns atores, em preterição de outros.

Outro fator que frequentemente sustenta as críticas pela inconstitucionalidade da lei é a meritocracia<sup>10</sup>, pois o padrão gerencial, empregado pelos considerados mais aptos, que se sustenta na eficiência geral da sociedade brasileira, teoricamente, seria incompatível com o oferecimento de privilégios para promover supostas discriminações positivas (SENHORAS, 2015, p. 5-6). Estes argumentos são rechaçados pela maioria dos autores, que se posicionam favoráveis à existência das cotas raciais e ao seu avanço para outras áreas.

Os autores favoráveis às cotas raciais sustentam que a adoção dessas reservas, em processos seletivos em universidades públicas ou em concursos públicos, representa um avanço salutar em matéria de direitos humanos, pois viabiliza a correção na velocidade certa de injustiças históricas, promove a pluralização dos atores sociais integrados no ensino público (tradicionalmente dominado por brancos ricos ou de classe média alta) e fornece meios para que o jovem preto ou pardo, que representa grande parte da população e, ao mesmo tempo, a parcela mais marginalizada, possua condições de competir no mercado de trabalho (público e privado) com os demais sujeitos. Além disso, os defensores desta espécie de ação afirmativa sustentam a importância delas como metas culturais de incentivo à integração, à diversidade e ao pluralismo (OLIGINI; DE MARCO, 2016, p. 44). Após a adoção de política de cotas, os

---

<sup>10</sup> Em um dos trabalhos desenvolvidos antes da implantação das cotas raciais em concursos públicos, por Nina Trícia Disconzi Rodrigues e Altemar Coristante Pereira Júnior, já se demonstrava que o aprofundamento do debate sobre a matéria demandaria novo esforço. Posicionando-se contrários à política de cotas em concursos públicos, os autores afirmam que as ações afirmativas com o uso de cotas deveriam restringir-se ao acesso ao ensino superior público de educação. Não admitem a extensão da ação afirmativa para outros ramos, pois colocar-se-ia em risco a noção de meritocracia como valor atribuído pelo Estado Democrático de Direito e exigiria perceber esse sistema como a solução de todas as desigualdades e mazelas sociais. Cf. RODRIGUES; PEREIRA JÚNIOR, 2013.

resultados empíricos demonstram bons efeitos, reforçando a crença no instituto jurídico<sup>11</sup>.

Em contrapartida, a doutrina minoritária aponta argumentos em sentido oposto<sup>12</sup>. As ações afirmativas baseadas em cotas raciais nasceriam com um problema genético, pois não se define adequadamente a figura do negro. O Brasil é um país com elevado índice de miscigenação, e considerando que a aposição do atributo fenotípico assegura ao interessado um benefício competitivo em relação às outras pessoas, a primeira dificuldade estaria em estabelecer um procedimento justo para definir quem é negro.

O critério antropológico adotado é o da autodeclaração, de modo que é negro aquele que se autodeclara como tal. Este método é criticado pelos

---

<sup>11</sup> No Relatório de Pesquisa formulado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, lançado em 2016, sobre a reserva de vagas para negros na Administração Pública, os resultados empíricos têm demonstrado uma elevação gradual do número de negros em universidades públicas e em cargos da administração pública, sem qualquer efeito colateral para o desempenho satisfatório das atividades nos locais onde atuam. Inclusive, os pesquisadores asseveram que a legislação federal incentivou sobremaneira a adoção de inúmeros diplomas normativos que asseguraram a reserva de vagas com critérios raciais na administração pública dos municípios e dos Estados (ao menos 4 Estados e 46 municípios já dispunham, em 2016, de legislação específica sobre a matéria). O problema é a distribuição desigual das iniciativas adotadas, com predominância no Sudeste (40% dos casos) e Sul (54,3% da incidência), de modo que o Centro-Oeste e o Nordeste somados possuem apenas 5,7% das iniciativas de regulamentação da reserva de vagas dentro da administração pública. Além disso, em dez localidades, até 2016, subsistiram suspensões judiciais da legislação de cotas em concursos públicos, sobretudo em municípios, da ordem de 30% (3 suspensões por razões de ordem formal, como a iniciativa) e 70% (7 casos de suspensão por vício formal e material ou apenas material, pela recalcitrância em se reconhecer o respeito ao princípio da isonomia). Cf. IPEA, 2016, p. 25-37.

<sup>12</sup> Edilson Vitorelli é um dos maiores defensores da concepção de que as cotas raciais em concursos públicos constituem um equívoco brasileiro. Por meio de uma revisão da matéria à luz da experiência norte-americana com políticas de ação afirmativa e por precedentes quanto às cotas no ensino superior, aduz que são formal e materialmente inconstitucionais quando inseridas no âmbito dos concursos públicos. Em síntese, as razões alegadas pelo autor são: (i) o concurso público é uma norma constitucional de grande valor e que representa um sistema de mérito, na medida em que possibilita a escolha dos melhores candidatos em condições iguais de participação; (ii) não se admite que o legislador infraconstitucional excepcione norma constitucional que tamanha envergadura, sob pena de abrir-se possibilidade para novas exceções, no futuro, com simples apego a embasamentos estatísticos e que não avaliam o nível de inclusão real; (iii) as cotas raciais não são a solução para o problema racial brasileiro, mas não resultado de uma análise insular de achados estatísticas e premissas teóricas discutíveis e que excluem outras tantas minorias, de igual modo, tão marginalizadas socialmente quanto os negros. Cf. VITORELLI, 2016.

contrários às ações afirmativas, pois, no Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, não houve uma política pública institucional segregacionista após a abolição da escravatura, o que permitiu uma maior miscigenação racial da sociedade e, por consequência, a dificuldade de se encontrar o limiar sobre quando alguém “deixa de ser considerado negro para ser caracterizado branco” ou vice-versa.

Outro argumento crítico ultrapassado deve-se à vastidão do grupo populacional de negros atingidos, proporcionalmente à população nacional, o que não justificaria a adoção de medidas promocionais. Por último, pode-se destacar a sustentação dos autores pela fraude, diante uso da autodeclaração para acesso indevido às cotas com o objetivo de auferir vantagens competitivas em um certame, atraindo-se diversos indivíduos a se autodeclararem negros, quando de fato não o seriam.

É inelutável que uma parcela significativa dos argumentos elencados pelos autores contrários à adoção das cotas raciais foi relevante para fortalecer a legitimidade e a justiça do procedimento. A constatação de fraudes nas autodeclarações e a dificuldade antropológica de definir aquele que é negro ou não são fatos triviais. Por essa razão, as universidades públicas foram as primeiras a adotar políticas de heterorreconhecimento, com o uso de comissões de avaliação de autodeclaração.

Porém, tais procedimentos trouxeram novas críticas, por violação à isonomia. A razão é que os índices de judicialização dispararam para discutir a subjetividade e ausência de parâmetros para as ações, além de rediscussão de situações concretas escatológicas em pessoas com fenótipo muito similar, ou mesmo de gêmeos, para os quais a comissão de verificação, por exemplo, da Universidade de Brasília (e outras instituições) selou (selaram) destinos diferentes<sup>13</sup>, obtendo resultados distintos quando avaliadas pela comissão de avaliação.

---

<sup>13</sup> Em 2007, os irmãos gêmeos idênticos Alan e Alex Teixeira da Cunha, filhos de pai negro e mãe branca, disputaram vaga no vestibular da Universidade de Brasília (UnB) por meio do

Em vista dos episódios de fraude e considerando que a atuação da comissão de avaliação é decisiva, uma vez que possui plenos poderes para anular a autodeclaração formulada por candidatos negros, dando a palavra final sobre a condição racial do indivíduo participante do certame, a melhor solução é conceber novos mecanismos procedimentais que dêem segurança ao certame. O receio da sobreposição da comissão de avaliação sobre a autodeclaração refletida é uma constatação fática, tendo em vista que o próprio Poder Judiciário passou a decidir determinados casos com amparo na análise visual de fotografias para determinar se candidato era, de fato, negro ou não<sup>14</sup>. Esta situação, invariavelmente elevou a insegurança jurídica dos

---

sistema de reserva de vagas para preenchimento por cotas raciais. Após a submissão de fotografias à comissão de avaliação de autodeclaração da universidade, Alan foi considerado negro, enquanto Alex, não. Após a repercussão negativa do caso, a Universidade de Brasília voltou atrás e decidiu incluir Alex como aluno cotista. Os irmãos gêmeos não lograram êxito no certame de 2007, entretanto abriram a discussão sobre a segurança jurídica e a legitimidade da comissão de verificação de critérios heteroreferentes. Este caso emblemático, portanto, foi símbolo das falhas do sistema de cotas raciais, pela ausência de critérios de heteroidentificação, e que desaguou na decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade das cotas, em 2012, bem como analisou os limites das comissões de análise de veracidade das autodeclarações, para evitar abusos e fraudes. Cf. ESTADÃO, 2012.

<sup>14</sup> Sobre a possibilidade de reanálise do parecer da comissão de avaliação pelo Poder Judiciário, com o uso de fotografias, em prejuízo à segurança jurídica, temos: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – TJPR. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.148.891-8. APELANTE: ESTADO DO PARANÁ. APELADO: ANDRÉ DE OLIVEIRA PROCHE. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. COTA RACIAL. SUBCOMISSÃO DE VERIFICAÇÃO DA AFRODESCENDÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CANDIDATO POR NÃO APRESENTAR AS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DO ART. 4º DA LEI Nº 14.273/2003. ATO ILEGAL E ABUSIVO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NO ATO DE EXCLUSÃO EM RAZÃO DA FALTA DE EXPLICITACÃO DE QUAL REQUISITO O CANDIDATO DEIXOU DE ATENDER. FOTOGRAFIAS ACOSTADAS QUE PODEM INDICAR O CANDIDATO COMO PARDO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. 1. É possível ao Poder Judiciário analisar os fundamentos dos atos administrativos discriminatórios, a fim de averiguar não só a legalidade, mas também eventual violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isso implique em afronta ao princípio da harmonia entre os poderes. O controle judicial sobre os atos discricionários é justificável, em vista à necessidade de evitar o abuso de poder do administrador público, que deve ser submetido ao controle dos seus atos, seja em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, seja para evitar arbitrariedades que, além de comprometerem o próprio Estado Democrático de Direito, ofendem princípios subjetivos. 2. Fixadas essas premissas, verifica-se que, na espécie, o ato administrativo objurgado ofende à

candidatos cotistas e aos demais concorrentes, que, por vezes, deixaram de concorrer às cotas a que teriam direito por receio de uma desclassificação arbitrária posterior<sup>15</sup>.

Por isso, há preocupações legítimas com a discricionariedade da avaliação do fenótipo por uma comissão externa, que demandam, ao menos, três aprimoramentos:

- (i) Padrões decisórios objetivos e claros: As comissões de avaliação devem oferecer padrões objetivos de orientação da declaração dos candidatos, de modo que o ele, ao preencher a autodeclaração, possa avaliar os riscos aos quais se submete se assim o fizer. A

---

razoabilidade e proporcionalidade, pois, conforme bem expôs a respeitável sentença, a fotografia acostada às fls. 19 revela que o impetrante é da cor parda, ao passo que sua família é da etnia negra, conforme certidões e demais fotografias. Tem-se daí que o ato coator é ilegal e viola direito líquido e certo, não restando alternativa senão negar provimento ao recurso. (4ª Câmara Cível, Relator Coimbra de Moura, Julgamento em 11 nov. 2014).

<sup>15</sup> Sobre a possibilidade de reanálise do parecer da comissão de avaliação pelo Poder Judiciário, com o uso de fotografias, em prejuízo à segurança jurídica, temos: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – TJPR. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.148.891-8. APELANTE: ESTADO DO PARANÁ. APELADO: ANDRÉ DE OLIVEIRA PROCHE. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. COTA RACIAL. SUBCOMISSÃO DE VERIFICAÇÃO DA AFRODESCENDÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CANDIDATO POR NÃO APRESENTAR AS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DO ART. 4º DA LEI Nº 14.273/2003. ATO ILEGAL E ABUSIVO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NO ATO DE EXCLUSÃO EM RAZÃO DA FALTA DE EXPLICITAÇÃO DE QUAL REQUISITO O CANDIDATO DEIXOU DE ATENDER. FOTOGRAFIAS ACOSTADAS QUE PODEM INDICAR O CANDIDATO COMO PARDO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. 1. É possível ao Poder Judiciário analisar os fundamentos dos atos administrativos discriminatórios, a fim de averiguar não só a legalidade, mas também eventual violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isso implique em afronta ao princípio da harmonia entre os poderes. O controle judicial sobre os atos discricionários é justificável, em vista à necessidade de evitar o abuso de poder do administrador público, que deve ser submetido ao controle dos seus atos, seja em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, seja para evitar arbitrariedades que, além de comprometerem o próprio Estado Democrático de Direito, ofendem princípios subjetivos. 2. Fixadas essas premissas, verifica-se que, na espécie, o ato administrativo objurgado ofende à razoabilidade e proporcionalidade, pois, conforme bem expôs a respeitável sentença, a fotografia acostada às fls. 19 revela que o impetrante é da cor parda, ao passo que sua família é da etnia negra, conforme certidões e demais fotografias. Tem-se daí que o ato coator é ilegal e viola direito líquido e certo, não restando alternativa senão negar provimento ao recurso. (4ª Câmara Cível, Relator Coimbra de Moura, Julgamento em 11 nov. 2014).

insegurança macula o princípio da confiança e reside no percentual elevado de diferença entre a autodeclaração do candidato e a avaliação de heteroverificação, que chega a 21% do total de inscritos para ocupar a vaga como cotista. Isso significa que uma a cada cinco pessoas acaba excluída do certame, mesmo que não tenha atuado de má-fé e nem possua fenótipo que dê espaço para desacordos razoáveis sobre ser ou não preto ou pardo (VITORELLI, 2017, p. 109). Logo, um procedimento que não explicita pormenorizadamente seus critérios beira à arbitrariedade.

- (ii) Fundamentação das decisões: que as decisões proferidas pelas comissões de verificação sejam suficientemente fundamentadas, de modo a viabilizar um controle jurídico mais efetivo sobre as condicionantes decisórias da comissão. O quadro atual permite a transferência do subjetivismo para as comissões de recursos administrativos e para o Poder Judiciário, bem como é insincero sobre os parâmetros de fato considerados pelos examinadores. Não se pode negar que toda decisão que modifique uma situação jurídica deve publicizar os parâmetros institucionais utilizados para fundamentar a decisão final.
- (iii) Fortalecimento do controle social: a necessidade de melhoria e ampliação do controle social é antídoto para eliminar a vulnerabilidade do sistema de cotas com decisões injustas e paternalistas, bem como permitir a fraude no interior da própria comissão (*v.g.*, conluio entre candidatos e a comissão de avaliação de autodeclaração). Se a prática em qualquer certame é a realização transparência, os atos administrativos das comissões também devem se sujeitar à publicidade e ao controle social.

Uma decisão fundamentada, íntegra e coerente, e com critérios preestabelecidos minora a utilização exacerbada do Judiciário para rever a decisão tomada em âmbito administrativo e projeta positivamente o princípio da igualdade.

## **5. Interpretação judicial das cotas raciais em processos seletivos: a atuação do Poder Judiciário**

A influência do Poder Judiciário – por meio do Supremo Tribunal Federal ou pelos juízes de primeiro e segundo grau – sobre a constitucionalidade ou acerca de critérios de legalidade em casos concretos está presente em diversos exemplos. O primeiro caso emblemático levado à Suprema Corte sobre a adoção das políticas de ação afirmativa foi o da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Nesta ação, após ampla discussão pública, o plenário do Supremo Tribunal Federal considerou válidos os atos normativos emanados pela Universidade de Brasília (UnB), bem como por dois órgãos a ela vinculados, quais sejam, o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UnB (CEPE) e o Centro de Promoção de Eventos da UnB (CESPE). Estes atos administrativos fixaram diretrizes para disponibilização, durante dez anos, de 20% das vagas do vestibular para estudantes negros, em todos os cursos da UnB, bem como um pequeno número de vagas, por 10 anos, para índios de todos os Estados brasileiros, além de oferecer bolsas e moradia aos estudantes indígenas e negros carentes<sup>16</sup>.

Os atos acerca do sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial, no âmbito do processo de seleção para ingresso em instituição

---

<sup>16</sup> Cabe ao Poder Judiciário o controle das condutas humanas em face de regras morais? Para discutir esta questão e o tema da constitucionalidade dos programas de ação afirmativa, Jessé Torres compreende que o escrutínio das condutas deve ser feito de modo mais amplo possível à luz de princípios e valores constitucionais. Cf. PEREIRA JÚNIOR, 2012.

pública de ensino superior, foram impugnados na ADPF por suposta ofensa aos arts. 1º, *caput*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, todos da Constituição Federal.

A pretensão do autor na mencionada arguição era desconstituir tais atos, de modo que utilizou como fundamento a existência de inúmeras decisões de primeira e segunda instância, na seara federal e estadual, que decidiam de modo divergente sobre a constitucionalidade ou não de atos normativos e administrativos emanados pelas universidades.

Para afirmar, no mérito, que a discriminação existente no Brasil não possui substância racial, mas sim social, sustentou: que a adoção de políticas afirmativas raciais não seria necessária no Brasil; que dependeria de análise de outros valores históricos, culturais, sociais, econômicos e políticos do povo; que não há exclusão pelo simples fato de ser negro; que mesmo a opção escravocrata se deu por motivação lucrativa e não por origem na cor; que a intensa miscigenação brasileira inadmitte um sistema binário de classificação por raças (branco e preto), o que torna a situação mais complexa; que as cotas geram ofensa arbitrária ao princípio da igualdade e discriminação perversa em relação aos brancos, bem como aos próprios negros, os quais seriam submetidos a um tribunal racial institucionalizado no seio universitário para definir aquele que é ou não negro; e que não haveria um conceito propriamente dito de raça.

Dentre os princípios, valores e direitos em jogo, portanto, destacam-se: a dignidade da pessoa humana; o princípio da não-intervenção; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer formas de discriminação; o princípio da igualdade, em seus desdobramentos formal e material; os princípios da administração pública, sobretudo, a legalidade; o direito à educação e à igualdade de condições de acesso e permanência na escola; o direito à autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial universitária; e o dever



do Estado de garantia aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística.

Em vista das alegações do autor, foram prestadas informações pelas autoridades que emanaram os atos impugnados, de manifestação da Procuradoria Geral da República, da Advocacia Geral da União e das contribuições do debate social, inclusive em audiência pública. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a compreensão a ser dada aos direitos em jogo deveria ser a que segue.

Em relação ao princípio da igualdade, entendeu que não basta que o Estado se abstenha de instituir privilégios ou discriminações arbitrárias. A isonomia material deve ser perseguida por políticas públicas e iniciativas concretas direcionadas à inclusão e ao reconhecimento de grupos desfavorecidos. Assim, além da justiça compensatória em virtude de razões históricas, a justiça distributiva assume importante papel no estímulo ao pluralismo, na superação de estereótipos e no combate ao preconceito. Assim, ao lado do direito à igualdade, existe o direito à diferença, que deve servir para a afirmação e promoção de direitos, bem como a necessidade de converter um direito em verdadeira igualdade de possibilidades.

Além disso, o STF deduziu que, ao dispor sobre a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos a pessoas portadoras de deficiência, no art. 37, a Constituição clarifica a intenção precípua do legislador de reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas que proporcionem superioridade jurídica, como as políticas de ação afirmativa. Se isso é admissível para determinados grupos, outros grupos marginalizados também podem ser albergados pela principiologia constitucional. Não se furta a isso que as políticas de ação afirmativa apenas são legítimas, proporcionais e razoáveis ao se ampararem na transitoriedade.

A Corte inferiu também que, ao afirmar a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios que norteiam o ensino, a Constituição de 1988 pretendeu temperar o rigor do cotejo de mérito

dos candidatos com o princípio da igualdade material para o acesso à universidade. O mérito não deve ser aferido por uma ótica linear, mas também em virtude de suas condições de vida numa sociedade com nítida desigualdade étnico-racial. O postulado da garantia da autonomia universitária deixa assente o papel amplo das instituições de ensino de transpassarem a mera produção e transmissão de conhecimento, para serem locais de desenvolvimento de alternativas que privilegiem o pluralismo e a concretização da justiça social.

Além disso, o dever do Estado com a educação, efetivado mediante o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística deve passar por um filtro de igualdade, fraternidade e pluralismo que imponham uma desigualação inicial entre os candidatos a uma vaga na universidade a fim de compensar as injustiças cometidas em face da população negra e indígena. As universidades são centros integradores que contemplam a alteridade, espaços de desmistificação de preconceitos sociais em relação ao outro e de construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente homogênea, compatível com o mundo globalizado.

Diante do exposto, ao colacionar os argumentos lançados quanto aos direitos, princípios e valores fundamentais envolvidos quanto às cotas raciais, resta patente o propósito do STF em amparar as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília, na medida em que visam promover um ambiente plural e diversificado, em superação às disparidades sociais históricas. Ademais, estariam assentadas na proporcionalidade e razoabilidade das soluções empregadas e seriam transitórias e sujeitas a revisões periódicas para identificar a efetividade da medida, em perfeita compatibilidade com a realização do princípio da dignidade humana.

A decisão ocorreu antes da edição da Lei Federal n. 12.711/2012 (BRASIL, 2014b), em julgamento plenário realizado em abril de 2012, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram acompanhar o voto do relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, por unanimidade, para julgar

improcedente a ação ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), declarando constitucional a política de cotas, implantada pela UnB em 2004, que reservou 20% das vagas para candidatos negros e indígenas, prevista para vigorar por um prazo determinado de dez anos.

Àquela altura, a Lei Federal n. 12.711/2012, que consolidou a reserva de vagas por razões étnico-raciais em concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação em instituições federais de ensino, ainda não havia sido editada. Apesar de o julgamento ter ocorrido em 26 de abril de 2012, apenas em outubro de 2014 o acórdão de julgamento foi publicado.

A contenda retornou ao Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup> quando a União decidiu editar a Lei n. 12.990/2014, na qual reservou 20% do número de vagas em concursos públicos para os autodeclarados negros (pretos e pardos). Para a análise, o Supremo Tribunal Federal retomou diversos dos argumentos já apreciados na ADPF n. 186 e se restringiu à apreciação da constitucionalidade das cotas raciais em concursos públicos em suas especificidades.

Em junho de 2017, a Suprema Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 41 (BRASIL, 2016) para assentar, por unanimidade, a constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014. A ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e contou com a presença de *amici curiae*, especificamente, o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA e a EDUCAFRO – Educação Cidadania de Afrodescendentes e Carentes. A decisão do Supremo suscitou 3 principais razões para declarar de constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014.

---

<sup>17</sup> A recente adoção das cotas em concursos públicos retomou a discussão acerca da legitimidade da expansão da aplicação de cotas. A análise da cumulação das políticas públicas provenientes das Leis n.º 12.711/2012 e n.º 12.990/2014, à luz do princípio da proporcionalidade, formulada por Bruna Prando Oligini e Cristhian Magnus De Marco, buscou identificar que a atuação positiva do Estado tanto na reserva de vagas a negros nas universidades públicas e em concursos públicos federais são perfeitamente acumuláveis, pois isoladamente as políticas públicas para ingresso no ensino superior não são suficientes para sanar as desigualdades. Cf. OLIGINI; DE MARCO, 2016.

A primeira razão é que a discriminação positiva criada pela norma questionada é perfeitamente compatível com o princípio da igualdade. Num país em que o racismo é estrutural e institucionalizado é legítimo que o Parlamento considere mecanismos para resgatar a distribuição isonômica de bens da vida, em atenção à igualdade material.

O segundo motivo é a admissibilidade de coexistência entre o princípio da igualdade material e os princípios do concurso público e da eficiência administrativa, de modo que nenhum deles se anula pela ação do outro. Isso porque o candidato à vaga proporcionada pela política pública não é investido no cargo sem que tenha alcançado a nota mínima necessária para que seja considerado apto. O uso do critério racional como mecanismo adicional de seleção no certame proporcionou a criação de ambientes plurais e o acesso do público-alvo da política pública, mas que concorreram e mostraram-se habilitadas à investidura no cargo.

Por fim, o terceiro fundamento para a constitucionalidade da norma é o de que há cumprimento categórico do princípio da proporcionalidade, posto que (i) não são todos os cargos ou empregos públicos que exigem o requisito de curso superior; (ii) ainda que haja tal exigência, nem todos os beneficiários no certame público o foram nas universidades públicas; e (iii) ainda que o concorrente tenha utilizado o sistema de cotas para ingressar no ensino superior, outros fatores impõem a aplicação da medida, pois não se deve considerar que o acesso à educação superior é o único fator capaz de debelar o racismo institucional. O acesso ao mercado de trabalho é outro gargalo que reproduz um quadro de racismo sistemático.

Na mesma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não poderia silenciar sobre a eventual instituição de mecanismos para coibir fraudes praticadas pelos candidatos. Por isso, o tribunal considerou constitucional a utilização de critérios adicionais de heteroidentificação, como a autodeclaração presencial perante a comissão do certame, em substituição ao ato individual do candidato. Os novos mecanismos suplementares deverão

obedecer à dignidade humana e garantir o contraditório e a ampla defesa, antevendo-se, inclusive, que a atuação do Poder Judiciário deverá ser autocontida e adstrita aos limites definidos no concurso público.

Além destes limites, a Supremo Tribunal Federal fixou parâmetros para garantir a segurança jurídica da competição, sendo eles: (a) a garantia dos percentuais mínimos de reserva em todas as fases do certame; (b) a extensão destas vagas para todas aquelas oferecidas durante a vigência no concurso e não somente para as pronunciadas no edital de abertura; (c) a vedação de fracionamento de vagas com a mesma exigência de especialização com o intuito de burlar a política de cotas (nos casos de concursos com mais de 2 vagas); e (d) a produção de efeitos jurídicos, para qualquer fim de direito, decorrente da ordem de classificação obtida para nomeação às vagas, durante a carreira funcional do cotista.

Em síntese, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, defendeu a compatibilidade do texto da lei federal em face da Constituição. Ressaltou que, a despeito das divergências acerca do emprego de políticas raciais, é legítima a ingerência do Poder Executivo federal no cumprimento de seu dever de reparar erros estruturais e institucionais do Estado brasileiro, em virtude de seu passado escravocrata. Ressaltou, ainda, a necessidade de remédios temporários e excepcionais para mitigar os efeitos de um racismo persistente e que, ainda velado, incentiva a desigualdade social e a exclusão de ambientes de poder dificilmente alcançáveis simplesmente pela igualdade perante a lei.

Isto posto, a tese de julgamento fixou a constitucionalidade da reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. Ademais, considerou legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa (BRASIL, 2016).

Independentemente da palavra final do Supremo Tribunal Federal, muitas demandas foram ajuizadas para discutir questões específicas relacionadas às comissões de verificação do fenótipo, criadas para confirmar ou não a autodeclaração efetuada previamente pelo candidato no ato de inscrição ao concurso público. Não se discute a importância das comissões para combater fraudes e declarações falsas, no entanto o poder de eliminar definitivamente o candidato dos certames sobre resistência nos tribunais<sup>18</sup>. E,

---

<sup>18</sup> Para demonstrar como as soluções jurídicas, tomadas nas demandas judiciais, quanto à decisão da comissão de verificação sobre a autodeclaração efetuada pelo candidato, podem ser elencados ao menos dois precedentes ilustrativos da controvérsia. O primeiro deles reforça a regularidade na avaliação da Comissão, bem como ratifica os poderes desta:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – TRF-4. APELAÇÃO CÍVEL 5004656-48.2015.404.7110 RS. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. REGULARIDADE NA AVALIAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. 1. O Edital é claro ao adotar o fenótipo – e não o genótipo – para a análise do grupo racial. Portanto, não se pode falar em arbitrariedade na decisão da Comissão de Verificação de Autodeclaração, que, seguindo os termos estritos dos dispositivos mencionados, procedeu à verificação dos aspectos de identificação com o grupo de afrodescendentes, reputando-os não preenchidos. 2. A autodeclaração não é critério absoluto, sob pena de se subverterem os objetivos da lei de privilegiar a inclusão das pessoas menos favorecidas sejam por questões sociais ou econômicas ou por outro fator de discriminação. (3ª Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, Julgamento em 27 set. 2016).

O segundo julgado é ainda mais recorrente, posto que, na maioria das vezes, os editais conferem o poder à Comissão de Verificação para, diante da não confirmação da autodeclaração, excluírem os candidatos do certame. A prática corrente tem sido de prolação de decisões que não excluem a candidata cuja autodeclaração não foi aceita, quando ausente má-fé, pois do contrário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse sentido, vejamos:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF. APELAÇÕES CÍVEIS 20160110340034 DF 0008837-16.2016.8.07.0001. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. LEI N. 12.990/2014. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO DA AUTODECLARAÇÃO. ELIMINAÇÃO DA CANDIDATA. FALSIDADE DE DECLARAÇÃO. NÃO VERIFICADA MÁ-FÉ. REALOCAÇÃO NA LISTA DE AMPLA CONCORRÊNCIA. SUCUMBÊNCIA PARCIAL. REDISTRIBUIÇÃO DE HONORÁRIOS. 1. A penalidade de eliminação do concurso público prevista no parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.990/14, em caso de constatação de falsidade na declaração de preto/pardo, tem como objetivo coibir atos fraudulentos de candidatos que buscam se beneficiar da política de cotas raciais indevidamente. 2. O fato da candidata ter ingressado anteriormente em universidade federal pública pelo sistema de cotas raciais, bem como pelo fato de ser filha de mulher negra, gera a expectativa legítima de fazer jus à política cotista, de modo que não pode ser inferida sua má-fé, para fins de eliminação do certame. 3. Não constatado o objetivo espúrio de fraudar o concurso público ao se autodeclarar negra/parda, não se justifica a eliminação do certame, devendo a candidata figurar na lista de ampla concorrência, caso a nota obtida lhe permita.

mesmo após a nomeação do candidato, essas comissões possuem a prerrogativa de anular o ato após processo administrativo regular.

Não havia um respaldo jurídico que previsse detalhadamente os métodos de aferição da veracidade da autodeclaração, de modo que o procedimento padeceria de um vício de subjetividade e insegurança jurídica. Após a Portaria Normativa n. 4/2018, gestada pelo Ministério dos Direitos Humanos, essas antigas controvérsias deverão ser reduzidas, de modo a estabilizar a jurisprudência dos tribunais sobre o tema.

## 6. Novos desafios à efetividade da política de cotas raciais: avanços, procedimentos e a Portaria Normativa n. 4/2018

A exclusão sistemática em razão da raça e da origem étnica, ao largo dos séculos, alocou indivíduos e grupos minoritários a uma injusta dubiedade: estão à margem da esfera de direitos, mas no centro da esfera de deveres. O desequilíbrio não foi apenas cultural, mas também social, político, econômico, o que propiciou a formação de classes de cidadãos. O cientista político José Murilo de Carvalho ilustra a desagregação social entre cidadãos de primeira, segunda e terceira classes<sup>19</sup>, um fenômeno que, dentre outros fatores, conecta-

---

4. Apelações conhecidas e parcialmente providas. (1ª Turma Cível, Relatora Simone Lucindo, Julgamento em 24 de mai. 2017).

<sup>19</sup> A narrativa da história de José Murilo de Carvalho para desvanecer o descolamento entre o gentílico “brasileiro” e a alcunha de direitos “cidadania” é um retrato da estratificação policialesca, por ordem de direitos, os cidadãos de primeira, segunda e terceira classe. Como analogia ao uso metafórico de “A Revolução dos Bichos”, de George Orwell, situação na qual os porcos tomam o poder e detêm soberania sobre todos os demais animais da fazenda, no Brasil, há três níveis concretamente hierárquicos. O cidadão de primeira classe é o “doutor”, ciente e esclarecido de seus direitos, com condições materiais e psicossociais de lutar pela sua aplicação. Muitas vezes, seus direitos já são naturalmente cumpridos pelas instituições de Estado, em deferência a atitudes como “sabe com quem você está falando?” ou “quem você pensa que é?”. O segundo é o “crente” ou pobre honesto, cujos direitos são violados ou respeitados a depender de uma avaliação concreta de cada caso pela política. São cidadãos que, a rigor, não possuem conhecimento exato de seus direitos e nem detêm condições materiais ou intelectuais para fazê-los valer em nome próprio. A terceira e última classe de cidadãos são os “macumbeiros” ou pobres das grandes cidades, sem carteira assinada, mendigos, meninos de rua, analfabetos ou com educação deficiente. Estes possuem seus direitos desrespeitados sistematicamente. Cf. CARVALHO, 1999.

se ao critério racial e que requer uma quebra da mentalidade de outrora para instalar instrumentos de inclusão e indução à diversidade.

O abismo na ocupação de territórios de poder entre os grupos sociais classificados em razão do parâmetro racial foi avaliado no início das primeiras ações afirmativas adotadas pelo Brasil, por meio de coleta de dados realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Instituto Sindical Interamericano e Estados Sócio-Econômicos (Dieese) (IPEA, 2000).

Neste período de instalação e disseminação das ações afirmativas, verificou-se que, no mercado de trabalho, nos anos 2000, os negros foram o grupo populacional com os maiores índices de desemprego e instabilidade ocupacional, com jornadas acima da média nacional e salários piores relativamente aos brancos que executavam as mesmas funções e num período de tempo equivalente. Numa análise desagregada e qualitativa, os estudos evidenciaram que os postos de trabalho ocupados por negros eram mais precários do que aqueles destinados a outros grupos. No círculo universitário público e privado, apenas alarmantes 2% dos estudantes eram autodeclarados afrodescendentes, comparativamente aos demais frequentadores dos espaços educacionais de ensino superior (PIOVESAN, 2005, p. 50-51).

A democracia plena depende da aptidão de gozo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais por todos os indivíduos. Por isso, é inafastável o debate sobre o desafio da efetividade da isonomia, que importa o compromisso ético com os direitos humanos e a eliminação de todas as formas de discriminação, dentre elas, as étnico-raciais, seja por reprimir condutas avessas à dignidade, ou por animar estratégias especiais e temporárias que abreviem o descompasso de um processo histórico pouco preocupado com a construção da igualdade racial.

Neste compasso, o legado de exclusão não pode padecer da mesma lentidão que legou ao Brasil o título de último país do mundo ocidental a livrar-se da escravidão, em 1888. A urgência das medidas antidiscriminação não podem ganhar o mesmo enalço do atraso histórico brasileiro em



demandas pela isonomia. Os negros são parcela significativa da composição étnica nacional, ultrapassam metade da população, e tem pressa na realização de direitos fundamentais, no enaltecimento como protagonistas de seu próprio destino e cidadãos plenos em direitos e liberdades (PIOVESAN, 2005, p. 52).

Como bom espectador, é inelutável reconhecer os avanços obtidos pelo andar do tempo, o que não retira a obrigação de acompanhar os obstáculos não vencidos<sup>20</sup> (*v.g.*, a baixa ocupação de cargos em novos concursos por negros e a subjetividade de critérios) e outros que têm sido equacionados (*v.g.*, criação da comissão de heteroidentificação) no âmbito da reserva de vagas aos afrodescendentes nos certames públicos.

No campo dos entraves persistentes, verifica-se que, apesar das novas regras para a reserva de vagas em concursos públicos, a ocupação por negros nos novos certames está abaixo da média prevista na lei de cotas (20%). Segundo o monitoramento promovido pela extinta Secretaria de Promoção de Políticas da Igualdade Racial (SEPPIR) do Ministério dos Direitos Humanos logo no primeiro ano de vigência da Lei n. 12.990/2014, com o uso da mesma metodologia aplicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificou-se que, no total, foram ofertadas 4.177 vagas no serviço público federal. Deste total, a legislação determina a destinação de 20%, equivalente a 835 vagas, a negros. Entretanto, o cotejo com a realidade revela que somente 638 das 835 vagas foram preenchidas por negros por meio do uso de ações afirmativas, o que corresponde a 15,3% do total de vagas, abaixo dos 20% pretendidos pela lei.

A principal razão apontada para a defasagem de 4,7% do percentual de vagas destinadas a afrodescendentes é uma limitação material, isto é, a lei

---

<sup>20</sup> Antônio Gomes Costa Neto constatou que as ações afirmativas por meio do programa de cotas no Poder Executivo federal podem se revelar um plano governamental frágil, com risco de comprometer outras políticas públicas em favor da população negra, devido à falta de monitoramento preciso e exame periódico da implementação da política. Cf. COSTA NETO, 2016.

somente se aplica aos casos em que o número de vagas ofertadas for superior a três. É comum que os concursos ofertem um número reduzido de vagas, entre uma e duas, para o preenchimento de cargos públicos e que, por essa razão, inviabilizam a incidência plena da norma de ação afirmativa.

Em espaços como as universidades, por exemplo, os números podem ser mais alarmantes, visto que, em regra, os certames para provimento de cargos de professor, além de demandarem um alto grau de especialização (o que a política ainda não conseguiu obter plenamente), o outro fator de exclusão é um número pequeno de vagas e que impede a incidência do percentual determinado pela Lei n. 12.990/2014.

Embora as desigualdades de acesso em razão da cor tenham decaído, os índices denotam que a velocidade ainda não é a ideal. No ano de 2015, o IBGE apontou que 53% da população era autodeclarada negra e, no mesmo ano da pesquisa, o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos do governo federal (Siape) revelou que tão somente 32,3% dos servidores eram pretos ou pardos. Apesar das discrepâncias serem alarmantes já nos dados globais, o que se verifica é que o abismo é maior em carreiras com postos específicos.

Assim como na magistratura, os percentuais para os cargos de diplomata e auditor fiscal denotam uma presença de afrodescendentes ainda menor, respectivamente, por volta de 5,9% e 12,3% do total<sup>21</sup>. A desproporção

---

<sup>21</sup> Em fevereiro de 2014, com o apoio do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Tatiana Dias Silva e Josenilton Marques da Silva analisaram, à luz das desigualdades raciais no mundo do trabalho e das experiências de cotas em nível estadual e municipal, o Projeto de Lei (PL) 6738/2013, que viria a se tornar a Lei n° 12.990/2014, que reservou 20% das vagas em concursos públicos federais para negros. O racismo é base estruturante das desigualdades no país e se reflete não apenas no campo educacional, em que os negros tinham em média 7 anos de estudo, ante mais de 10 entre brancos no ano de 2012, mas também no mundo do trabalho. Segundo dados do PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2012), as mulheres negras, com o mesmo nível educacional, possuíam rendimentos correspondentes a apenas 40% daquele auferido por homens brancos. Esses números denotam o racismo que atua, senão de forma direta, pela manifestação velada e nebulosa. Entre as carreiras públicas, a ocupação por raça/cor em diversos cargos demonstram a grave disparidade, vejamos: cargos na defensoria pública (19,5% de ocupação por negros), carreira de fiscal do trabalho (16,6%), cargos de nível superior em agências reguladoras (15,6%), cargos de Advogado da União

acentua-se nos cargos mais cobiçados, que oferecem uma remuneração maior, com requisito de nível superior, e que guardam uma ocupação 3 vezes menor de negros do que por brancos. A ocupação dos pretos e pardos dos cargos comissionados não fogem a esta regra, de modo que são apenas 27% do total.

A análise detida de dados desagregados (SENADO FEDERAL, 2017) das mais diversas carreiras e formas de ingresso no serviço público permitem o combate pontual às disfunções que atingem, sobretudo, os cargos superiores e que permanecem materialmente inacessíveis para parcela significativa dos afrodescendentes (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2018b).

Sob outra perspectiva, pairam problemas quanto à autodeclaração dos candidatos negros, embora esta seja elencada como um dos fatores que reforçou a efetividade das cotas raciais em concursos públicos. A legitimidade dessa política de ação afirmativa é frequentemente abalada com escândalos e fraudes na reserva de vagas. Em razão disso, o Ministério dos Direitos Humanos editou a Portaria Normativa n. 4/2018, que regulamentou o processo de heteroidentificação, enquanto procedimento complementar à autodeclaração dos candidatos negros que prestassem concursos públicos federais pleiteando o uso de cotas. Essa iniciativa estatal atendeu a uma demanda da sociedade civil e dos próprios movimentos negros para validar a lisura da política pública (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2018b).

A Portaria Normativa n. 4/2018 consiste em iniciativa promovida pelo Ministério dos Direitos Humanos, que determina a confirmação da autodeclaração do candidato, por terceiros, quanto às informações sobre a cor

---

(15,0%), cargos de Procurador da Fazenda Nacional (14,2%), Oficial de chancelaria (13,3%), cargos de Auditor da Receita Federal (12,3%), cargos de nível superior de desenvolvimento tecnológico (9,3%) e cargos da CVM/SUSEP (6,3%). Os dados apontam que a presença da população negra é muito mais reduzida em carreiras mais valorizadas, sobretudo as de nível superior, e que oferecem maior remuneração. Em cargos de nível médio, a participação de negros aumenta. Portanto, trata-se de uma desigualdade que deve ser enfrentada, de modo a reverter a disparidade não somente nos setores mais baixos do mundo do trabalho, mas também uniformizando-se o índice de representatividade nos mais diversos setores da sociedade. Cf. SILVA; SILVA, 2014, p. 2-19.

da pele declarada. O texto regulamentar foi produzido a partir de dados de monitoramento de ações afirmativas em cotas raciais obtidos e sistematizados pela Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

Em resumo, a avaliação da autodeclaração analisa o fenótipo do candidato por uma comissão de heteroidentificação, formada por cidadãos de reputação ilibada, que tenham experiência na temática da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo, além de terem se capacitado para fim por meio de oficinas oferecidas pelo Estado. Da avaliação deve ser exarado um parecer motivado que confirme ou negue a autodeclaração formulada pelo candidato afrodescendente no ato de inscrição ao certame (BRASIL, 2018).

Edilson Vitorelli manifestou preocupação com barreiras procedimentais, em antecipação à edição da Portaria Normativa n. 4/2018, com observações que permanecem válidas até que esteja comprovada a eficácia do procedimento regulamentado. A prevenção de fraudes e a adequada identificação dos beneficiários estão no cerne da produção de resultados que legitimam as cotas raciais na sociedade. No ponto de vista do autor, a objetividade da avaliação e a clareza no controle público são fundamentais à segurança jurídica do processo seletivo, de modo que as políticas de heterorreconhecimento racial alcancem seus objetivos sem gerar constrangimentos e perda de legitimidade que, a tanto custo e gradativamente obteve (VITORELLI, 2017).

O modelo procedimental pode ser aperfeiçoado a partir de 3 alternativas processuais. A primeira delas é o emprego de critérios claros de comparação fenotípica. A segunda é a garantia de fundamentação suficiente e transparente das decisões emanadas das comissões de avaliação das autodeclarações. A terceira é o fortalecimento de padrões de controle social sobre as listas de aprovados aos certames.

As políticas promocionais do direito fundamental à igualdade são um fato jurídico constitucional. Inclusive, o *status* constitucional já foi ratificado pela Suprema Corte brasileira. No Brasil, foram bem-sucedidas no ambiente

universitário. Isso não se pode dizer de sua implementação nas seleções de concursos públicos. Isso não desconstitui a necessidade de discutir reformas no procedimento mais adequado de seleção de afrodescendentes em concursos públicos, que resguardem a segurança jurídica de todos os cotistas, bem como a probidade e a equidade do sistema, de modo a evitar tanto quanto possível que novas interferências do Judiciário possam tornar o sistema ainda mais severo ou disfuncional, devido à submissão ao talante do magistrado deste ou daquele caso. A Portaria Normativa n. 4/2018, que veio aperfeiçoar o instituto jurídico em comento, é uma iniciativa do governo federal, mas que serve como instrumento de persuasão para que outros órgãos independentes e os demais entes federativos possam uniformemente adotar em prol do avanço da política de cotas.

Uma dificuldade que segue sem resposta legal é a relativa à exclusão definitiva do concurso dos candidatos reprovados pela comissão de heteroidentificação. O ponto controvertido tenta avaliar se é ou não proporcional que o candidato de boa-fé seja eliminado definitivamente por decisão discricionária da comissão de verificação, de modo que venha a perder a oportunidade de permanecer na disputa de qualquer outro tipo residual e amplo de vaga, como os casos de cotas para baixa renda ou as vagas para ampla concorrência.

Neste artigo, o intuito foi esboçar as novas possibilidades e desafios, a partir de pontos específicos que permanecem nebulosos ou que criam distorções que neutralizam o efeito desejado pela política de cotas raciais. Deste modo, discutiu-se como aprimorar a realização da isonomia no âmbito da reserva de cotas em certames públicos, evitando-se a ingerência, hoje frequente e desordenada, do Judiciário, além de proporcionar caminhos e velocidade à legitimação e ao fortalecimento da luta contra a discriminação racial, bem como implantar um modelo que congloba reparação e reconhecimento, para que o respeito à diversidade, a inclusão e a pluralidade

não sejam apenas horizontes inalcançáveis, mas um ponto realizável da construção democrática e valorização de todas as dimensões da igualdade.

## 7. Conclusão

A premissa inicial do artigo é que as políticas afirmativas, dentre as quais estão as cotas étnico-raciais, consubstanciam ações de caráter público ou privado, empregadas para promover duas finalidades: (i) a reparatória, uma vez que o seu advento permite recompor o atraso do racismo estrutural, do segregacionismo e da submissão social herdados por muitos séculos de subjugação escrava; e (ii) de promoção célere dos direitos humanos, da efetividade da igualdade material e dos direitos fundamentais, além do reconhecimento do direito à diferença.

Na primeira parte, assinaram-se a semântica e as origens históricas das políticas de ações afirmativas, de modo a engendrar um caminho que as direcionem à era dos direitos humanos. Além disso, foi explorada a íntima relação entre o princípio da igualdade e as cotas étnico-raciais, de modo que se percorre uma trajetória filosófica e sociológica, a fim de respaldar a evolução do direito positivo brasileiro quanto ao tema. O enfoque no princípio da igualdade material decorre na dinâmica internacional de resignificação da igualdade meramente formal. O Brasil não esteve alheio a esta dinâmica e emprestou o fundamento da isonomia para as políticas públicas que visam eliminar as graves desigualdades econômicas e sociais, a partir do fundamento da isonomia. Alguns avanços foram notados, porém inúmeros problemas persistem.

A produção de normas jurídicas protetivas dos direitos da população negra é um resultado positivo e disruptivo de ultrapassar um passado de discriminação endêmica. Evidentemente que não se romantiza a situação atual, porém não se podem desconsiderar os avanços jurídicos imbuídos de um espírito progressista e emancipacionista, que ultrapassou as margens da

tradicional política proibitiva contra o preconceito de cor. A pauta inclusiva legou um passo adiante na construção de ações afirmativas, tais como as cotas étnico-raciais, e que visam oferecer uma terceira via para solucionar as graves violações a direitos humanos da população negra.

O Estatuto da Igualdade Racional – Lei n. 12.990/2014 – estampa os passos mais modernos quanto às políticas de cotas raciais no Brasil. Como toda política corajosa e ousada para os padrões brasileiros, a reserva de vagas para negros na ocupação de cargos e funções públicas no âmbito federal, as divergências suscitaram intensos debates no Judiciário, a ponto de demandar o pronunciamento pela constitucionalidade da legislação mencionada, suscitada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41. A Suprema Corte não apenas consolidou a presunção de constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, como também trouxe novos parâmetros a serem observados para a reserva adequada de vagas para negros e pardos nos processos de seleção para cargos e empregos públicos do Poder Executivo federal.

A tenacidade da doutrina e da jurisprudência em produzir uma política promocional de cotas raciais justa e ponderada, com senso de temporariedade e excepcionalidade, revelam que o duelo por direitos não é um espaço trivial. Entretanto, o sucesso das ações afirmativas no ensino público e, em seguida, em concursos para provimento de cargos e funções públicas na administração federal demonstram o compromisso das instituições de Estado para enfraquecer o mito da democracia racial e mudar o quadro cotidiano de exclusão social em diversos ambientes, como o do trabalho, da pesquisa e da convivência.

Conclui-se que o empenho na efetivação de direitos fundamentais e do princípio da igualdade produziu avanços notáveis. No entanto, não é incomum a continuidade de nichos de exclusão, que reforçam as demandas por novos instrumentos e procedimentos que incrementem a justiça social e elidam as inconsistências residuais provocadas por três destacados motivos: (i) os problemas oriundos de comissões de verificação de autodeclaração com

procedimentos e performances aquém dos pretendidos; (ii) a vagueza dos editais de concursos, que ainda se pautam fortemente na subjetividade e inconsistência aos critérios adotados; e (iii) a fraqueza de um incipiente controle social que garanta a realização máxima do princípio da igualdade a partir de ações submetidas ao filtro da proporcionalidade.

## Referências

- BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35777/25701>>. Acesso em: 27 set. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. **Lei n. 12.990, de 9 de junho de 2014**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/12990.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12990.htm). Acesso em: 01 fev. 2023.
- BRASIL. **Portaria Normativa n. 4, de 6 abril de 2018**. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/KujrwoTzC2Mb/content/id/9714349/do1-2018-04-10-portaria-normativa-n-4-de-6-de-abril-de-2018-9714345](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTzC2Mb/content/id/9714349/do1-2018-04-10-portaria-normativa-n-4-de-6-de-abril-de-2018-9714345). Acesso em: 01 fev. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Requerente: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. DJe 20 out. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 41. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Roberto Barroso. Despacho publicado em 02 fev. 2016. DJe 02 fev. 2016.
- CARVALHO, José Murilo de. Brasileiro Cidadão? *In*: CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados**: escritos de história política. Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Cotas raciais para concurso de ingresso na magistratura (CNJ). **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 363-373, set./dez. 2015.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Cotas para negros em concursos para juiz são adotadas em quase todo país**. Censo Judiciário – Justiça Estadual 2013, mar. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84376-cotas-para-negros-em-concursos-para-juiz-sao-adotadas-em-quase-todo-pais>. Acesso em: 26 set. 2018.
- COSTA, Namba Akegawa. Aplicação da Lei 12.990/2014, que reserva aos negros 20% das vagas nos concursos públicos da União. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 27, n. 5-6, p. 11-17, mai./jun. 2015.
- COSTA NETO, Antonio Gomes da. Ações afirmativas na Administração Pública Federal: a política multicultural da lei de cotas no serviço público. **Revista Educação Pública**, Rio de Janeiro, 30 ago. 2016.
- ESTADÃO. Para UnB, um era branco e outro, negro. **O Estado de S. Paulo**, 28 out. 2012. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,para-unb-um-era-branco-e-outro-negro-imp-,951965>. Acesso em: 27 set. 2018.
- FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada de justiça. *In*: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel



(coord.) **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167-190.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.38, n. 151, p.129-152, jul./set. 2001.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Políticas sociais**: acompanhamento e análise. Capítulo 8 – Igualdade Racial. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2000.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reserva de vagas para negros na Administração Pública**: Relatório de Pesquisa. Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2016.

OLIGINI, Bruna Prando; DE MARCO, Cristhian Magnus. Ações afirmativas: análise da cumulação das políticas públicas à luz da proporcionalidade. **Diálogos sobre Direito e Justiça**. Coletânea (orgs. Cristhian Magnus De Marco, Magda Cristiane Detsch da Silva e Orides Mezzaroba). Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. p. 39-84.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Cotas raciais**: procedimento de heteroidentificação em concurso público é regulamentado. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, abr. 2018. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/cotas-raciais-procedimento-de-heteroidentificacao-em-concurso-publico-e-regulamentado>. Acesso em: 26 set. 2018.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Lei de cotas garante o ingresso de 638 negros no serviço público em um ano**. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, abr. 2018. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/junho/lei-de-cotas-garante-o-ingresso-de-638-negros-no-servico-publico-em-um-ano>. Acesso em: 26 set. 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Supremo Tribunal Federal (STF): Políticas de cotas, regra moral e justiça. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 315-359, maio/ago. 2012.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; PEREIRA JÚNIOR, Altemar Constante. Implantação das cotas raciais nos concursos públicos: Um debate necessário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 50, n. 197, jan./mar. 2013.

SENADO FEDERAL. Especial Cidadania – Lei de Cotas em concurso é julgada constitucional, mas ainda motiva ações, **Agência Senado**, jul. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/lei-de-cotas-em-concurso-e-julgada-constitucional-mas-ainda-motiva-aco-es>. Acesso em: 26 set. 2018.

SENHORAS, Elói Martins. Debates sobre a discriminação positiva na Lei de Cotas em concursos públicos. **Revista Síntese: Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, n. 112, p. 9-17, abr. 2015.

SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. **Reserva de vagas para negros em concursos públicos**: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. Nota Técnica IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada n. 17. Brasília: IPEA, 2014.

VEGNERS, Erika Camargo. Joaquim B. Barbosa Gomes – Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito Como Instrumento de Transformação Social. **Revista Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 4, n. 6, p. 218-221, 2004.

VITORELLI, Edilson. O equívoco brasileiro: cotas raciais em concursos públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 271, p. 281-315, maio 2016.

VITORELLI, Edilson. Implementação de cotas raciais em universidades e concursos públicos: problemas procedimentais e técnicas para sua superação. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 95-124, maio/ago. 2017.

Artigo recebido em: 27/03/2020.

Aceito para publicação em: 12/07/2022.

# Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas sob o enfoque das teorias horizontal e diagonal: da formulação teórica à aplicabilidade judicial

*The effectiveness of fundamental rights in private relations under the approach to horizontal and diagonal theories: from theoretical formulation to judicial applicability*

Luiz Fernando de Oliveira<sup>1</sup>  
Kelvys Louzeiro de Souza<sup>2</sup>  
Mauro Sérgio de Souza Moreira<sup>3</sup>

**Resumo:** Este artigo tem como propósito analisar a existência da eficácia dos direitos fundamentais sob o enfoque das teorias Horizontal e Diagonal. Os objetivos são: apresentar as diversas posições sobre a incidência dos direitos fundamentais nos casos que envolvem particulares nas duas pontas, ou seja, ambas as partes sendo portadoras de direitos fundamentais. Nesse sentido, são apresentados os pontos mais relevantes das discussões teóricas e práticas sobre o assunto. Esses temas versam essencialmente em se determinar como os direitos fundamentais incidem nas relações privadas e em que extensão. A problemática do presente artigo é inicialmente aferir em que medida existe não uma eficácia horizontal, uma vez que a construção histórica das relações jurídicas privadas foi calcada sob o princípio da autonomia da vontade. Existindo a incidência dos direitos fundamentais, passa-se à pergunta seguinte: como os direitos fundamentais podem

---

<sup>1</sup> Doutor em História e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Goiás - UFG. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Docência Universitária pela Faculdade Católica de Anápolis - FCA, e em Coordenação Pedagógica pela Faculdade Mantanese dos Vales Gerais - INTERVALE. MBA em Gestão de Projetos Sociais pela Faculdade Mantanese dos Vales Gerais - INTERVALE. Bacharel em Direito pela Universidade Evangélica de Goiás - UniEvangelica, licenciado em História pela Universidade Federal de Goiás - UFG, em Pedagogia pela Faculdade Mantanese dos Vales Gerais - INTERVALE. Graduando em Ciências Sociais pelo Centro Universitário FTEP. É advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, com registro profissional no Distrito Federal (OAB/DF) e no estado de Goiás (OAB/GO). Foi Defensor Público. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4275-1817>

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2019). Advogado inscrito nos quadros da OAB-DF sob o número 65.256. Foi estagiário no Gabinete da Ministra Nancy Andrighi (STJ) e na Defensoria Pública do Distrito Federal. Fez parte do Grupo de estudos "Sociedade e Democracia" vinculado ao Curso de Direito da UCB. Graduando em História pela Universidade de Brasília - UnB. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3499-9775>

<sup>3</sup> Procurador Federal. Ex-advogado da área tributária da PETROBRAS. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Professor de Direito Tributário na Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina/PE.

interferir nas relações jurídicas dos particulares? É preciso expor as diversas teorias, pois várias são as posições adotadas a respeito da incidência dos direitos fundamentais. A teoria Diagonal representa um desses novos posicionamentos, apresentando-se como uma nova forma de incidência e não como um problema de aplicabilidade. Para medir a problemática da eficácia Diagonal, além do estudo, faz-se uma comparação com a eficácia horizontal, haja vista, serem ligadas umbilicalmente. Para se alcançar as respostas, fez-se uma pesquisa através da bibliografia especializada seguindo o método descritivo-analítico, que também instruiu a análise da jurisprudência. Para atingir um entendimento, além de ter feito uma análise crítica-comparativa entre as duas teorias, foram apresentados casos em que teoricamente se aplica a teoria diagonal, todos na seara trabalhista. Por meio dos métodos utilizados foi possível compreender a existência efetiva da eficácia horizontal, bem como que preponderantemente as Cortes Constitucionais adotam a aplicabilidade direta da referida teoria. Outrossim, chegou-se à conclusão de que a eficácia Diagonal não é propriamente uma nova teoria de incidência, mas de aplicabilidade da teoria horizontal. Ademais, ressalta-se a importância do entendimento de tais teorias tendo em vista os conflitos de relações jurídicas que serão solucionados a partir do cenário da pandemia causada pelo Covid-19, especialmente relações contratuais, consumeristas e trabalhistas.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal. Eficácia Diagonal. Relações Privadas.

**Abstract:** This article aims to analyze the existence of the effectiveness of fundamental rights under the focus of the theories Horizontal and Diagonal. The objectives are: to present the various positions on the incidence of fundamental rights in cases involving individuals at both ends, that is, both parties holding fundamental rights. In this sense, the most relevant points of the theoretical and practical discussions on the subject are presented. These issues are essentially about how fundamental rights relate to private relationships and to what extent. The problem of the present article is initially to check whether or not there is a horizontal effectiveness (here the question is pertinent) since the historical construction of private legal relations was based on the principle of autonomy of the will. Given the impact of fundamental rights, the following question arises: how can fundamental rights interfere in the legal relations of individuals? Remembering that it is necessary to expose the various theories. There are several positions adopted regarding the incidence of fundamental rights, the Diagonal theory represents one of these new positions, it presents itself as a new form of incidence and not as a problem of applicability. And in order to measure the problem of Diagonal efficacy, in addition to the study, a comparison with the horizontal efficacy, if any, is to be linked umbilically. In order to reach the answers, a research was done through the specialized bibliography following the descriptive-analytical method, which also instructed the analysis of jurisprudence. In order to reach an understanding, in addition to having done a critical-comparative analysis between the two theories, were presented cases in which diagonal theory applies theoretically, all in the labor field. By means of the methods used it was possible to understand the effective existence of horizontal efficacy, as well as that the Constitutional Courts predominantly adopt the direct applicability of said theory. It was also concluded that Diagonal efficacy is not properly a new theory of incidence, but rather of the applicability of

horizontal theory. Furthermore, the importance of understanding such theories is emphasized in view of the conflicts of legal relations that will be solved from the scenario of the pandemic caused by Covid-19, especially contractual, consumer and labor relations.

**Keywords:** Fundamental Rights. Effectiveness Horizontal. Effectiveness Diagonal. Private Relations.

## 1. Introdução

O Direito é um mecanismo que permite a interpretação e positivação da vida e da realidade social. Trata-se de um sistema que ao longo do tempo se altera e busca se adaptar aos anseios da sociedade (GRAU, 2008). Isto é observado nesse texto em relação ao direito privado, especialmente a partir da incidência de paradigmas constitucionais em relação à “virada de Copérnico” expressa no plano epistemológico do pós-positivismo (FACHIN, 1998).

Hodiernamente, as relações entre o Direito Privado e os Direitos Fundamentais assumiram novos traços e características. A chamada eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é um dos temas de maior envergadura e complexidade dentro da intersecção entre Direitos Fundamentais e Direito Privado. Nessa perspectiva, surgem algumas teorias para tentar explicar a forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo as mais relevantes a teoria da aplicabilidade direta e a da aplicabilidade indireta.

A partir daí, doutrinadores de todo mundo da *civil law* formularam teorias para justificar, seja a incidência direta, seja a indireta, dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse mesmo momento histórico surge nos Estados Unidos da América a teoria do *State Action* e, contemporaneamente, a teoria da Eficácia Diagonal, no Chile. Diversas indagações aparecem, dentre elas, se existe um terceiro tipo de eficácia nas relações privadas (SARLET, 2005).

Considerando tais teorias e ainda apoiando-se em um pluralismo jurídico, o caso brasileiro torna-se complexo. Apesar do artigo 5º, §1º da

Constituição Federal consagrar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, este preceito inicialmente não é de ordem objetiva em relação aos particulares, mas apenas ao Estado. Assim, é imperativo realizar uma análise jurisprudencial em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e Tribunal Superior do Trabalho (TST), a fim de se aferir em que medida as teorias e as formas de aplicabilidade aqui levantadas são adotadas pelos referidos tribunais.

Para se chegar a uma resposta dessas questões e de outras, como por exemplo, a diferença entre a teoria horizontal e diagonal, este texto propõe uma discussão sobre o tema por meio da investigação bibliográfica e documental da jurisprudência de tribunais pátrios e estrangeiros. Para tanto, o artigo é estruturado em quatro tópicos. O primeiro discorre sobre a afirmação dos direitos fundamentais e tem como objetivo apresentar a evolução e a forma de aplicabilidade de tais direitos ao longo do tempo; o segundo, apresenta algumas das teorias em relação à eficácia dos direitos fundamentais elaboradas e tem como objetivo apresentar formulações teóricas já estudadas, a fim de demonstrar as várias vertentes do pensamento e a dificuldade de chegar a um consenso em relação ao tema; o terceiro tópico oferece uma atenção especial à teoria da eficácia diagonal, formulada pelo jurista chileno Sergio Gamonal.

O objetivo é apresentar o pensamento do autor, pouco explorado no país. Por fim, o quarto tópico é reservado para uma análise comparativa entre a teoria da eficácia diagonal e da eficácia horizontal, tentando delinear os traços que as diferenciam. Outrossim, busca-se apresentar paradigmas indiciários do STF em relação à percepção da teoria da eficácia horizontal e sua aplicabilidade, bem como compará-los com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho em relação à teoria diagonal.

Em tempo, faz-se necessário informar que o tema é complexo. Por isso, o presente artigo não busca apresentá-lo de forma pormenorizada, mas expor,

em linhas gerais, as principais discussões e teorias, para assim demonstrar uma percepção dos autores acerca dos fatos analisados.

## 2. Direitos fundamentais e relações privadas

### 2.1. *A Magna Carta como marco histórico de delineamento de direitos fundamentais*

Direitos fundamentais são afirmações históricas. Eles advêm de lutas diárias, ao longo de séculos, por meio de processos de consolidação e concretização (JHERING, 2009). Afinal, o que se entende como um Direito Fundamental? Para Carl Schmitt (1996), dois são os critérios para caracterização dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, podem ser designados como direitos fundamentais todos os direitos e garantias arrolados e especificados em uma Constituição; em segundo lugar, os direitos fundamentais são aqueles que receberam do texto constitucional um grau elevado de segurança ou garantia. São direitos que variam materialmente segundo a ideologia, modalidade do Estado, valores e princípios.

Gonet Branco (2009, p. 271) afirma que “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. Já José Afonso da Silva (2013, p. 178) aduz que “são direitos positivos, que encontram seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico.”

Apesar de existir dificuldade em conceituar de forma precisa, pode-se afirmar que os direitos fundamentais têm pelo menos dois caracteres definidos, aos quais os três autores citados aduzem de uma forma ou de outra, são eles: historicidade e positivação. Isto é, em cada momento da história, de acordo com as necessidades cotidianas, o ser humano busca por meio de um documento, em regra, com força vinculativa, positivar pretensões que garantam de modo satisfatório o desenvolvimento da sociedade, sejam os

direitos básicos como as liberdades públicas, sejam o direito ao desenvolvimento econômico-social ou a garantia da paz e da democracia. Nesse sentido, o primeiro movimento que tentou limitar o poder Estatal e de alguma forma garantir alguns direitos, foi a *Magna Carta Libertatum*, assinada pelo Rei João Sem-Terra, em 1215 (TROUTMAN, 2019).

Alguns autores afirmam que a noção de direitos fundamentais não foi inaugurada com a *Magna Carta Libertatum*. Schmitt (1996, p. 164) vai além ao afirmar que “la historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra.”

De acordo com Luís Roberto Barroso (2018), a *Magna Carta* é um dos marcos históricos do constitucionalismo. Já José Afonso da Silva (2013, p. 153) aduz que “na Inglaterra, elaboraram-se cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta [...]”, advertindo em seguida que sua origem não é propriamente uma natureza constitucional, mas tornou-se o símbolo das liberdades públicas.

Assinala Canotilho (2014, p. 55) que a evolução dos momentos constitucionais Ingleses, desde a *Magna Carta*, conduziu à “sedimentação de algumas dimensões estruturantes da constituição ocidental.” A *Magna Carta* foi o documento que teve o condão de inaugurar conceitos como o de processo justo regulado pela lei (due process of law).

## 2.2. A afirmação dos direitos fundamentais face ao ancient regime

O Estado moderno surge no século XV com o Mercantilismo e as primeiras fronteiras reconhecidas (DALLARI, p. 2013). Trata-se de um Estado forte e absolutista, com o poder centrado no soberano e legitimado filosoficamente em autores como Maquiavel e Hobbes (MARMEELSTEINS, 2011). Segundo Jellinek (2000, P. 312), “la monarquia absoluta es la primeira que há realizado em Occidente, después de la época Romana, la idea de la



unidad del Estado.” Ao introduzir o conceito de unidade estatal, criou-se um estado forte, absoluto, ilimitado.

Com as Revoluções Inglesas do século XXVII, procurou-se reafirmar o poder do parlamento inglês, daí surgindo documentos de suma importância para a historicidade da afirmação dos direitos fundamentais, como o *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Right* (1689), que reafirmaram direitos já consignados na *Magna Carta* como, por exemplo, o princípio da legalidade tributária (COMPARATO, 2017).

O *Bill of Rights* limitou o poder do rei, afirmou o direito de petição, reafirmou devido processo legal, as imunidades aos parlamentares e, sobretudo, trouxe para o parlamento britânico grande parte dos poderes do soberano (BURDEAU, 2005). Nesse momento históricos teóricos como Althusius e Locke defenderam a limitação do poder do soberano, que deveria obedecer às leis, sendo que essas não poderiam ser ditadas unilateralmente pelo governante. Mais tarde, Rousseau e Montesquieu, foram mais além, e defenderam a ideia de que o poder deveria ser exercido pelo povo (BARROSO, 2018).

Desta maneira, começou a ser lapidado o que posteriormente se chamou de primeira dimensão ou geração de direitos fundamentais. Esses direitos foram reafirmados nos Estados Unidos, com a Revolução Americana, e na França com a Revolução Francesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 positivou seu artigo 16 que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (COMPARATO, 2017). Assim, a primeira dimensão de direitos fora definitivamente lançada, porém não, consolidada.

### *2.3. A reafirmação: o nascimento de um novo constitucionalismo*

A afirmação dos direitos fundamentais é visível em processos lentos de luta. Conforme expõe Gonet Branco (2009, p. 265) “a sedimentação dos

direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas.”

Precipuamente, a partir da Revolução Francesa, houve um processo de substituição da universalidade abstrata para a universalidade material dos direitos fundamentais, em razão da solidificação da primeira dimensão dos direitos fundamentais, marcados pela ideia de liberdade. Caracterizados por postulados civis e políticos, chamados de liberdades públicas, eles são marcos do constitucionalismo ocidental e passam a ser reconhecido em todas as constituições. Com um status negativo e oponíveis ao Estado, possibilitaram ao indivíduo resistir às pretensões estatais inconstitucionais, bem como exigir a abstenção da prática de atos que atentem contra direitos como a vida e a propriedade privada (BONAVIDES, 2010).

No século XIX, diversas mudanças ocorreram na sociedade ocidental. A população se torna cada vez mais urbana e operária a partir da Revolução Industrial. Nesse contexto, os direitos meramente negativos em face do Estado liberal já não abarcavam os anseios do povo. Começa-se a construção de uma nova relação entre Sociedade e Estado, pressionando este a ter uma postura por um ‘assumir’ ou ‘fazer’ (BRANCO, 2009). Ou seja, era necessário oferecer à população meios de viver de forma digna e assim eram evidenciados direitos de segunda dimensão e construtos de um Estado Social.

Os direitos de segunda dimensão foram a princípio filosóficos e de cunho político antiliberal. Foram primeiramente proclamados em declarações e depois positivados em Constituições, como a do México (1917) e a de Weimar (1919), diminuindo a preponderância do constitucionalismo liberal e sobrelevando o constitucionalismo social. As primeiras constituições sociais mostraram-se com um conteúdo de baixa densidade, frágeis e, sem força vinculativa. Foram consideradas meras declarações de intenções, faltando a concretização dos diversos enunciados (BONAVIDES, 2010).

As atrocidades da Segunda Guerra Mundial promoveram uma reflexão do valor da vida humana. Assim, os direitos afirmados no pós-guerra tiveram como primeiro destinatário o gênero humano. Por isso, aponta Martin Kriele (2013, p. 284) que “a concepção do princípio jurídico fundamental da dignidade humana é e sempre foi determinado [...] a garantir a proteção daqueles que não podem se defender da ofensa de seus interesses.” Desse modo, após sistemáticas violações dos direitos básicos do ser humano, das pessoas serem subjugadas em prol de um ideal de sociedade, o direito reagiu consagrando a dignidade da pessoa humana como guia de todos os direitos e como premissa de interpretação de todo o sistema jurídico.

Ana Paula Barcellos (2002, p. 108) pontua que a dignidade humana foi colocada “como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais” e assim “diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade humana como fundamento do estado.”

A partir do pós-guerra, mudou-se o pensamento hermético de outrora e o sentido de como os direitos fundamentais incidem nas relações dos sujeitos de direito privado, sobretudo por causa da força normativa dada a constituição. Assim, os direitos fundamentais começaram a ser arguidos como forma de proteção, não só contra o Estado, mas em face de pessoas particulares. A doutrina e a jurisprudência alemã debruçaram-se sobre o tema no final da década de 1950 e afirmaram, peremptoriamente, a existência do que se chamou de “eficácia horizontal” (ALEXY, 2009, p. 523), surgindo diversas teorias e formas de interpretação que serão devidamente tratadas a seguir.

### **3. Teoria do efeito horizontal: eficácia e aplicabilidade**

Inicialmente os direitos fundamentais eram garantias oponíveis em face do Estado. A evolução histórica dos direitos fundamentais e as mudanças das relações humanas resultaram em diversas ameaças do poder

socioeconômico. Dessa forma, “a liberdade humana é posta em perigo não só pelo Estado, mas também por poderes não estatais, que na atualidade podem ficar mais ameaçadores do que a ameaça do Estado.” (HESSE, 1988, p. 278). Assim, surge na Alemanha a teoria da eficácia horizontal, que segundo Sarlet (2000, p. 54) consistia em afirmar que:

[...] os direitos fundamentais integravam uma ordem objetiva centrada no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana no seio da comunidade, cuidando-se de decisão constitucional básica para todos os âmbitos do direito.

Ao revés da eficácia vertical, na qual o cidadão tem frente ao Estado um direito subjetivo e o Estado nada detém, na eficácia horizontal, em regra, as relações são caracterizadas, ao menos teoricamente, por uma igualdade de direitos fundamentais (HESSE, 1998). Por isso, conforme ressalta Alexy (2009, p. 528) “atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita”.

Contudo, a polêmica, concentra-se em se saber como e em que extensão as normas de direito fundamental produzem seus efeitos nas relações privadas, haja vista que, em regra, ambas as partes são portadoras de direitos fundamentais. Nesse sentido, cabe a exposição das teorias de aplicabilidade formuladas a partir da década de 1950 na Alemanha e, posteriormente, em outras partes do mundo.

### *3.1. A teoria da eficácia mediata ou indireta*

A teoria da eficácia mediata ou indireta tem como principais expositores Durig e o Tribunal Constitucional Alemão. Segundo Alexy (2009, p. 529), essa teoria trata os direitos fundamentais “como princípios objetivos que influenciam a interpretação do direito privado”, isto é, os princípios fundamentais são “decisões axiológicas” e “valores constitucionais” que atuam como vetores irradiadores sobre todo o sistema jurídico privado,

especialmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são vistos por dois vértices: o primeiro de ordem subjetiva, voltado para o indivíduo que são oponíveis em face do Estado; o segundo, de ordem objetiva, representando a vinculação dos poderes estatais e civis aos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais atuam como cláusulas abertas, funcionando através de um efeito irradiador. Conforme alude Vieira Andrade (2003, p. 224),

[...] quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (Wertakzentuierung, Wertverschärfung), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (Wetschutzlückenschliessung), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.

Dessa maneira, apesar da importância dos direitos fundamentais, as normas de direito privado devem permanecer com todos os seus atributos, com obediência a todos os direitos e deveres que elas impõem, cabendo unicamente ao legislador “a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais.” (SARMENTO, 2003, p. 224).

Ao juiz caberia o papel de preencher as cláusulas indeterminadas, segundo os preceitos constitucionais. A esse respeito Barberán (2010, p. 43) afirma que:

*El efecto de los derechos fundamentales requiere que el juez interprete de determinada forma una norma legal, pudiendo haberla interpretado de otra forma si los derechos fundamentales no se presentaran como vinculantes para dicha interpretación.*

Ao executar a norma de direito privado, o juiz só pode aplicar de outra forma se os direitos fundamentais determinarem expressamente. Sem embargo, apesar da autorização para que se resolvessem os casos concretos

adotando diretamente a lei privada, a teoria mediata aduz por uma aplicação à luz dos princípios constitucionais. Empregando a teoria mediata, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu o caso Luth, afirmando que:

Em virtude do mandamento constitucional, o juiz deve controlar se as prescrições materiais de direito civil a serem por ele aplicadas são influenciadas pelos direitos fundamentais na forma descrita; se assim o for, ele, na interpretação e na aplicação dessas prescrições, tem que levar em consideração as modificações de direito privado que daí decorrem (ALEXY, 2009, p. 533).

Seguindo esse entendimento o Tribunal Constitucional Alemão limita as possibilidades de interpretação e aplicação de uma regra legal apenas àquelas que são conciliáveis com a aplicação dos direitos fundamentais, uma vez que não se deve interpretar nenhuma regra juscivilista em contradição com os postulados fundamentais (CANARIS, 2003, p. 227). Assim, a tese da irradiação determina, em suma, que o catálogo de direitos fundamentais tem um caráter objetivo que deve ser observado por todos os ramos do direito.

### *3.2. A teoria dos efeitos imediatos ou diretos*

A teoria dos efeitos imediatos ou diretos foi defendida inicialmente por Hans C. Nipperdey e posteriormente por Walter Leisner. Segundo Nipperdey (apud ALEXY, 2009, p. 530), dos direitos fundamentais “fluem direitos subjetivos privados para os indivíduos”. Ou seja, os direitos fundamentais não precisam de nenhuma transformação para o sistema de regras de direito privado.

Apesar de alguns direitos da Constituição Alemã serem direcionados apenas ao Estado, portanto, vinculando apenas este, outros direitos têm o condão de serem invocados diretamente em relações entre particulares, tendo eficácia contra todos (SARMENTO, 2003, p. 228). Nessa quadra, como decorrência do princípio da unidade da Constituição e de sua força normativa, não se pode admitir a ocorrência de um “gueto” (LEISNER apud SARLET, 2000, p. 54) do direito privado em relação à Constituição. De acordo com

Sarmiento (2003, p. 229), o Tribunal Federal Trabalhista Alemão adotou a referida teoria e reconheceu, baseado nos princípios constitucionais e sem a alegação de nenhuma norma da legislação trabalhista, a invalidade da cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio.

### *3.2.1. Schwabe e a vinculação do Estado aos direitos fundamentais*

Segundo Jungen Schwabe (apud ALEXY, 2009, p. 530), os efeitos na relação entre privados decorrem da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como “direitos subjetivos”. Ou seja, existem direitos fundamentais de “*status negativus*” em que a aplicabilidade e a eficácia perpassam as relações cidadão-estado-cidadão e atingem as relações entre particulares. Portanto, à medida que o Estado “cria e impõe” regras de direito privado, indiretamente participa de futuras violações que possam ser cometidas pelos particulares.

Alexy (2009, p. 530) aduz que “essas violações, ainda que realizadas por particulares, teriam que ser consideradas violações estatais”. Nessa perspectiva, ele atribui ao Estado as responsabilidades dos atos dos seus cidadãos em qualquer hipótese, seja porque editou uma lei obrigando-lhes a fazer algo, seja porque ao não editar uma lei proibindo-lhes, permitiu que agissem de modo a lesar o direito fundamental de outrem.

Sarmiento (2003, p. 245) afirma que a teoria de Schwabe é frágil e totalitária, uma vez que parte do pressuposto de que as ações privadas precisam de um aval estatal, visto que “a liberdade humana, não é criada pelo Estado ou pela lei, mas os precede.” Assim, não é possível imputar toda conduta humana ao Estado só pelo fato dele não ter impedido. Ademais, aduz ser ilógico “atribuir ao estado uma lesão de direitos fundamentais gerada pela conduta de um particular, sem pressupor que este particular, por sua vez, estivesse vinculado ao respeito daquele direito.”

### 3.2.2. Alexy e o modelo de três níveis

Robert Alexy (2009, p. 540) tenta conciliar as três teorias supracitadas. Ele afirma que nenhuma delas “transpõe os direitos fundamentais dirigidos contra o Estado para relação cidadão/cidadão por meio de uma simples troca.”; pelo contrário, aceitam a “modulação de força de seus efeitos”. No final, para as três teorias o efeito dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma questão de “sopesamento”, podendo assim produzir resultados equivalentes, apesar da diferença. Assim, para construir seu modelo de três níveis são conjugadas cada uma das teorias a um nível, sendo eles: o dever estatal, o dos direitos frente ao Estado e o das relações jurídicas entre sujeitos.

A teoria dos efeitos indiretos está no primeiro nível, uma vez que, segundo o autor, as normas de direitos fundamentais têm sua validade como “princípios objetivos”, isto é, valores objetivos, para todos os ramos do direito, implicando assim num dever estatal de observá-los na interpretação e aplicação nas normas de direito civil. A teoria dos direitos em face do Estado está no segundo nível, onde o cidadão teria um direito subjetivo que o Judiciário, ao julgar um caso, leve em consideração a ordem de valores fundamentais. Dessa forma, se o Judiciário não considerar os princípios fundamentais ferirá o direito do cidadão. Ou seja,

[u]m direito só pode ser violado por aquele em face do qual ele existe. Se tribunais civis podem violar direitos fundamentais dos cidadãos por meio do conteúdo das suas decisões, então, os direitos violados, são direitos dos cidadãos contra o Judiciário, ou seja, contra o Estado (ALEXY, 2009, p. 535).

O terceiro nível corresponde à teoria dos efeitos diretos, na qual a eficácia direta não consiste na “simples troca de destinatários dos direitos do cidadão contra o Estado” fazendo permuta no polo passivo do Estado por um particular; ao revés, “há determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades e competências e não-competências na relação cidadão/cidadão.”.



Este é mais um argumento em prol da existência dos efeitos diretos nas relações privadas. Este efeito perante terceiros sempre será direto, de modo que cada um dos três níveis de efeitos diretos “abarca um aspecto da mesma questão e que decidir qual deles será escolhido na fundamentação jurídica é questão de conveniência” ponderando pela inexistência de preferência entre eles, visto que “contra essa forma de efeitos diretos há apenas um argumento sustentável: a rejeição a qualquer forma de efeitos perante terceiros.” (ALEXY, 2009, p. 538-540)

Apesar de toda construção doutrinária, a teoria dos efeitos diretos não logrou êxito em território alemão. Contudo, em países como Espanha e Portugal, a doutrina e jurisprudência passaram a seguir majoritariamente a teoria dos efeitos diretos.

### 3.3. *A teoria do state action*

De acordo com Sarmiento (2003, p. 213), a doutrina do *State Action* remonta ao século XIX, e seguindo a larga tradição liberal estadunidense, os direitos fundamentais vinculam-se, em regra, apenas ao Estado, “sendo invocáveis tão somente em face de uma ação estatal.”

A Suprema Corte Estadunidense entre o fim do século XIX e meados do século XX alçou o liberalismo econômico ao *status* de “dogma constitucional”. Nesse sentido, toda e qualquer lei que interferisse minimamente na esfera privada fora considerada inconstitucional. À guisa de exemplo, tem-se o caso *Lochner versus Nova York*, de 1905, onde o Tribunal considerou inconstitucional a lei que fixava jornada máxima de trabalho para empregados de padaria. Para tanto, aduziu que “o ato normativo interferia desarrazoadamente na liberdade de contrato assegurada entre empregado e empregador.” (MARMELSTEINS, 2011, p. 52).

Percebe-se que o Tribunal era bastante apegado à literalidade da Constituição e que também a doutrina não fugia dessa direção. Logo, Laurence Tribe (apud SARMENTO, 2003, p. 213) analisa que,

[...] imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que tipo de pessoas se associarem. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais.

Outro argumento no qual se escora a doutrina estadunidense é o pacto federativo, no qual os Estados membros detêm a competência de legislar sobre direito privado. Desse modo, ao limitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas preserva-se a autonomia desses entes estatais (SARMENTO, 2003, p. 213).

De acordo com Sarmiento (2003, p. 214), a jurisprudência adotada pela Suprema Corte ainda no século XIX, afirmava duas premissas: os direitos fundamentais não vinculam os particulares, mas apenas os entes públicos; e, apenas os estados detêm competência para legislar as relações privadas. A primeira premissa continua intacta na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos; contudo, a segunda, começou a sofrer ‘atenuações’, já que a

[...] jurisprudência admite atualmente a competência da união para legislar sobre direitos humanos mesmo quando nenhum ator estatal esteja envolvido, o que ocorreu com a promulgação de diversos diplomas na década de 1960, na fase áurea do movimento em prol dos direitos civis nos EUA, dentre os quais destaca-se o *Civil Rights Act* de 1964.

Nesse sentido, procurando mitigar a doutrina do *State Action*, surgiu na jurisprudência o que se chamou de *Public Function Theory*, a qual, em linhas gerais, afirma que quando o ente privado exerce função estatal típica está sujeito a limitações constitucionais (SARLET, 2000, p. 54). Assim, segundo a Suprema Corte do Estados Unidos (1946):

(...) certas atividades que, independentemente de delegação, são de natureza essencialmente estatal, e, portanto, quando os particulares as exercitam, devem submeter-se integralmente aos direitos fundamentais previstos na Constituição” (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1946).

Essa linha de argumentação adveio da apreciação pela Suprema Corte do caso *Marsh versus Alabama em 1946*, no qual se discutia se uma empresa privada poderia proibir religiosos de pregar nas dependências de sua propriedade, onde existiam ruas e estabelecimentos comerciais com característica de uma cidade comum. O código do Estado do Alabama proibia a entrada e permanência dos devotos nas propriedades particulares.

O Tribunal assentou, com base na primeira e décima quarta emenda, a tese de que a cidade, mesmo sendo de propriedade particular, preservava seus aspectos básicos de comunidade, não diferindo de outras cidades. Outrossim, afirmou que o título de propriedade não podia controlar liberdades civis, visto que estas decorrem da constituição. Assim, as pessoas que vivem nessas comunidades teriam os mesmos direitos de qualquer outra pessoa que vive numa cidade comum, não podendo ser privadas das liberdades garantidas na Constituição.

Ao equiparar a empresa ao Estado, no sentido de, ao gerir uma cidade, a empresa exerce função típica estatal, o tribunal assegurou a liberdade de culto aos religiosos. Nesse ínterim, a teoria aplicada no caso concreto busca, mesmo que equiparando os particulares ao Estado, resolver a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, mesmo que de maneira transversa (SARLET, 2000, p. 54).

#### **4. Teoria da eficácia diagonal: a visão juslaboralista de Sérgio Gamoral Contreras**

O principal expositor da teoria da eficácia diagonal é o juslaboralista chileno Sérgio Gamonal Contreras, que trabalha com o tema em diversos textos, mormente, em seu livro “Cidadania na Empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais” (GAMONAL, 2011).

Esta teoria guarda correlação com a matéria de contratos, uma vez que é fundamentada sob a égide do direito trabalhista e aplicável aos outros ramos do direito, como o do consumidor. A autonomia da vontade e a liberdade

contratual são dois dos princípios mais remotos da teoria geral dos contratos. Para Vilaça (2009, p. 12), a vontade de contratar “reafirma a liberdade do homem” enquanto a liberdade

[...] Apresenta-se por duas facetas: a liberdade de contratar e a contratual. Pela primeira, a todos é lícita a elaboração de contratos. Todos são livres para realizar física e materialmente os contratos, desde que preenchidos os requisitos de validade dos atos jurídicos.

Em sequência, afirma o autor que “na discussão das cláusulas e condições contratuais, há, na prática, o prevalecimento da vontade do economicamente forte”. Ora, se em um contrato civil comum existe, em regra, a superioridade de uma parte em relação a outra, nas relações trabalhistas essa superioridade é ainda maior.

Orlando Gomes (2007, p. 8) menciona que “o desequilíbrio se tornou tão patente que gerou insatisfação e provocou um tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes.” O tratamento diferente ao qual alude o autor não é exclusivo dos contratos trabalhistas, pois na seara consumerista, existe uma especial proteção ao consumidor, parte hipossuficiente na relação (NUNES, 2018, p. 112).

No caso específico do direito trabalhista, a suposta igualdade não passa de uma quimera e talvez seja o mais eloquente caso de contrato de adesão que exista na atualidade “onde o exercício da liberdade e vontade por uma das partes contratuais - o empregado - encontra-se em polo extremado de contingenciamento.” (DELGADO, 2017, p. 573).

Sem embargo, a suposta igualdade entre empregado e empregador não passa de uma igualdade meramente formal (MELO, 2017, p. 10-11) em que certamente inexistente uma negociação, mas uma oferta ao qual, em regra, se adere ou não (DELGADO, 2017, p. 574). Ao aceitar, necessariamente o trabalhador passa a ser subordinado ao empregador, subordinação que “implica a existência de um poder privado de uma pessoa sobre a outra.”

(CONTRERAS, 2011, p. 12). Assim, legalmente existe através do contrato de trabalho a legitimação do poder de um sujeito privado (empregador) sobre outro (trabalhador).

Contreras (2011, p. 19) afirma que existe uma “projeção dos direitos de cidadania do trabalhador para dentro do contrato de trabalho.” É nessa esteira que se constrói a teoria diagonal. Isso pode ser demonstrado pelo fato de que existe na relação laboral uma assimetria de poderes, onde o empregador é detentor de potestades, poderes diretivos e sancionatórios que, de certa forma, o assemelha ao Estado. Ao possuir tamanho poder, o empregador pode ao alvedrio mudar a relação jurídica com o empregado a qualquer instante estando o trabalhador sujeito à vontade de outrem.

O ‘poder de potestade’ tem, segundo o autor, três facetas, que são divididas em potestade de mando ou direção, regulamentação e disciplinar. As características gerais do conteúdo potestativo são, dentre outras: poder do empregador reconhecido e outorgado pelo ordenamento jurídico, tendo com fonte o contrato e seu exercício limitado pela lei; poder privado de um sujeito sobre o outro; poder com conteúdo indeterminado e aberto; é um poder limitado pelos direitos fundamentais do trabalhador. Tais poderes, que são inumeráveis, retiram a relação empregado/empregador da mera aplicação da eficácia horizontal da qual se parte do pressuposto que a relação ocorre entre iguais e a coloca no que Contreras denomina de eficácia diagonal.

#### *4.1. O alcance e aplicabilidade da eficácia diagonal*

O alcance do efeito diagonal parece se irradiar em três dimensões. Primeiramente, direciona-se ao legislador, que em sua atividade, apesar de discricionária, deve ao elaborar e aprovar normas infraconstitucionais e constitucionais direcionada ao direito laboral, bem como outros ramos do direito em que exista um indubitável desnível entre as partes, seja econômico ou outro qualquer, observando a incidência direta dos direitos fundamentais (MELLO, 2017, p. 9).

Em segundo lugar, vem o alcance ao próprio empregador (CONTRERAS, 2011, p. 32), que ao usar seu poder de comando e sujeição, ou seja, sua potestade, deve observar os direitos fundamentais do trabalhador (VELÁQUEZ, 2015), uma vez que estes não são extirpados quando se assina o contrato de trabalho. Ao revés, adentram-no para limitar o poder do empregador em face do empregado, haja vista o potencial lesivo que este tem para ferir direitos fundamentais do empregado, através da sua imposição jurídico-econômica (DAHER, 2016).

Em terceiro lugar, a eficácia diagonal alcança o Judiciário, já que “na eficácia diagonal [o Juiz] deverá ponderar considerando que o empregador também é titular de direitos fundamentais” mas a ponderação deve partir da “premissa de que o trabalhador se encontra submetido ao empregador e por isso é a parte mais frágil” (CONTRERAS, 2011, p. 31).

Nesse sentido, cabe primeiro ao empregador, quando usar sua potestade, observar os direitos dos empregados. É plenamente razoável que o empregador queira que sua empresa tenha a máxima eficiência, e para isso, pode capacitar seus empregados. Porém, não pode a empresa obrigar os empregados a irem a um retiro espiritual, sob pena de violar um direito fundamental dos empregados.

No caso acima, os empregados poderiam acionar o Poder Judiciário a fim de tentar abortar a tentativa do empregador de levá-los a um retiro espiritual; o julgador por sua vez, deve iniciar a apreciação do caso lembrando da hipossuficiência dos trabalhadores diante do empregador; em seguida, deve, de forma escalonada, “examinar se a medida persegue um fim constitucional legítimo”, “se é adequada”, “se cumpre com os padrões de necessidade” e “se socorrem dos elementos da proporcionalidade em sentido estrito” (CONTRERAS, 2011, p. 32). Percebe-se que existe uma ponderação caso a caso, aplicando-se o princípio da proporcionalidade como vetor.

## 5. Análise comparativa entre a eficácia horizontal e a diagonal e suas implicações na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Nos tópicos anteriores foram apresentadas a teoria da eficácia horizontal e suas possíveis formas de aplicabilidade, bem como a nova teoria diagonal dos direitos fundamentais. Contudo, a exposição feita não exaure a nebulosidade que se instaura diante de ideias abstratas. Assim, é imperativa a feitura de uma breve análise comparativa.

Essas teorias partem do pressuposto de que seja possível que os direitos fundamentais tenham eficácia sobre os particulares, apesar das diversas vertentes. Conforme sustenta Contreras (2011, p. 28) “para o Direito do Trabalho, a aplicação direta dos direitos fundamentais é uma conclusão lógica.” Entretanto, ao revés, da eficácia direta horizontal, na qual os indivíduos estão em pé de igualdade, na eficácia diagonal parte-se do pressuposto da desigualdade (NAKAHIRA, 2019). Por isso, vislumbra-se três consequências da teoria diagonal, na qual duas convergem para a mesma direção da teoria horizontal.

O legislador, na sua atividade típica, deve, ao elaborar as leis infraconstitucionais e até as emendas da Constituição, observar as tensões sociais e fragilidades das partes na relação jurídica. Assim, deve preparar normas equitativas para tentar desonerar a parte mais frágil da relação jurídica (MELLO, 2017, p. 9), ao contrário do que ocorre com a eficácia horizontal na qual o legislador deve, necessariamente, produzir enunciados normativos gerais, sem observar se há uma parte frágil ou não. Isso porque se parte do pressuposto da igualdade entre as partes (NAKAHIRA, 2019). Portanto, existe uma vinculação objetiva do legislador aos direitos fundamentais no sentido do “legislador da ordem jurídica privada [...] cumprir e aplicar essas normas [assim] sendo esta vinculação imediata” (CANOTILHO, 2014, p. 1291).

A segunda consequência é o dever de observância dos direitos fundamentais que existe em relação às partes. Por esse motivo, é defeso a uma parte impelir a outra a uma relação jurídica desequilibrada, como, por exemplo, fazer um pacto comissório. No mesmo sentido, numa relação de emprego, o empregador deve observar os princípios constitucionais na hora de impor uma obrigação (CONTRERAS, 2011).

A terceira e, provavelmente, a principal consequência da eficácia diagonal, e que a aproxima da eficácia horizontal, é a aplicabilidade, nos casos concretos, pois ambas as teorias recorrem ao princípio da proporcionalidade, sendo a diferença o ponto de partida, uma vez que a primeira se fundamenta na desigualdade absoluta, a segunda baseia-se na igualdade presumida ou desigualdade moderada (SARMENTO, 2003).

A conclusão de ambas é que, em regra, a “resolução” dos casos dependerá da situação fática concreta, gerando assim, decisões “diferenciadas” (CANOTILHO, 2014, p. 1294). Pelo exposto, compreende-se que a eficácia diagonal não passa de uma problemática de aplicabilidade da teoria direta da eficácia dos direitos fundamentais.

### *5.1. Jurisprudência do STF: embates entre eficácia direta e indireta – efeito horizontal ou vertical?*

Ao contrário da Constituição Portuguesa de 1976 que consagra expressamente no seu art. 18/1 a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas (PORTUGAL, 1976), a Constituição Brasileira de 1988 é silente sobre o assunto, sendo o STF responsável por construir a jurisprudência no sentido da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais.

Decerto, a primeira vez em que o Supremo Tribunal Federal teve que enfrentar um caso no qual se arguia a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas foi no RE 158.215-4/RS, em 1996, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. No caso em questão, o recorrente alegava que a recorrida, uma cooperativa, tinha lhe expulsado sem observar o devido



processo legal. Na oportunidade, em sucinto voto, o relator afirmou que “incumbia à cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar ao acusado a oportunidade de defender-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados” (BRASIL, 1996).

No mesmo ano o STF julgou o RE 161.243/DF, em que se discutia a aplicabilidade do princípio da igualdade na relação trabalhista. No caso, o recorrente era funcionário de uma empresa estrangeira, recorrida, que concedia vantagens aos funcionários da mesma nacionalidade da empresa, mas não aos brasileiros. O relator, Ministro Carlos Velloso, lastreado na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, aduziu que “os iguais foram tratados desigualmente” [visto que,] “o fator desigualador, foi a nacionalidade”, assim houve ofensa à Constituição (BRASIL, 1996). Nas decisões apresentadas não existia uma posição exposta nem mesmo sobre a eficácia horizontal, mas via-se além da aplicação da referida teoria, a aplicabilidade dos direitos fundamentais de forma direta aos casos.

A partir do RE 201.819-8/RJ, em que uma associação de músicos expulsou um membro sem que fosse dada a garantia constitucional a ampla defesa, o STF passou a adotar explicitamente a referida teoria, além da forma direta de aplicabilidade (BRASIL, 2005). Porém, é interessante fazer alguns apontamentos sobre a referida decisão. O voto condutor do Ministro Gilmar Mendes afirma que:

[...] é incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado. Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal (BRASIL, 2005).

O voto do Ministro Gilmar Mendes tende na direção da *Public Function Theory*, na direção da aplicabilidade reduzida dos direitos fundamentais a casos em que se verifica o caráter público da atividade desenvolvida pelo particular. Nesse sentido, confira-se trecho elucidativo do voto:

Afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia configurar um serviço público por delegação legislativa. **Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais[...]** (grifos nossos). (BRASIL, 2005)

A decisão do referido recurso extraordinário, apesar de afirmar que os direitos fundamentais incidiriam nas relações entre privados, adotou uma forma restritiva. Em contrapartida, a ADI 4.815/DF é de suma importância para perceber que aos poucos o STF vem evoluindo seu entendimento no objetivo de adotar a teoria da aplicabilidade direta. Na ADI mencionada buscava-se a declaração da inconstitucionalidade dos artigos 20º e 21º do Código Civil, para que não se proibisse a publicação de biografia não autorizada.

Identifica-se um legítimo conflito de interesses entre particulares. A relatora Ministra Cármen Lúcia em minucioso voto afirmou que,

[...] os princípios constitucionais relativos a direitos fundamentais não obrigam apenas os entes e órgãos estatais, mas também são de acatamento impositivo e insuperável de todos os cidadãos em relação aos demais. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado nem pelo vizinho, salvo nos limites impostos pela legislação legítima para garantir a igual liberdade do outro [...]. Quanto mais se amplia o espaço de poder social, mais se tem a possibilidade de ser a liberdade restringida pela ação de particulares contra um indivíduo ou grupo. A proteção dos direitos não se limita à ação estatal, mas estende-se também à ação dos particulares nas relações intersubjetivas (BRASIL, 2015).

Conforme aponta a Ministra os direitos fundamentais “espraiam-se” nas relações com os particulares. Nesse sentido, adotou-se a teoria da aplicabilidade direta sem nenhuma forma de restrição. Como apontado, a jurisprudência vem se formando no sentido da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais.

Isto é muito significativo em tempos de Pandemia, uma vez que o mundo se encontra em crise pela disseminação do Corona Vírus (COVID-19)

e isso se manifestará nos próximos anos em processos judiciais brasileiros que certamente chegarão ao Supremo Tribunal Federal. Esta será uma oportunidade para observar como se darão os embates e aplicações das teorias de eficácia direta e indireta. Isso envolve as relações que as pessoas têm entre si nas medidas de prevenção ao contágio, nas relações entre empresas e clientes, condomínios e condôminos, instituições de ensino e seus alunos e ainda nas relações trabalhistas.

Como indício representativo deste último tema e seus embates no STF, tem-se as ações que foram ajuizadas pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6342), pela Rede Sustentabilidade (ADI 6344), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (ADI 6346), pelo Partido Socialista Brasileiro (ADI 6348), pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) conjuntamente (ADI 6349), pelo partido Solidariedade (ADI 6352) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (ADI 6354) contra a Medida Provisória nº 927/220 que flexibiliza regras trabalhistas durante a pandemia da Covid-19 (BRASIL, 2020).

O STF afastou trechos da Medida, com destaque para dispositivos que afastam a natureza ocupacional dos casos de Covid-19 e restringem a atuação dos auditores fiscais, prevalecendo o argumento de que esse instrumento normativo afronta direitos fundamentais dos trabalhadores, entre eles a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (BRASIL, 2020). Esse entendimento está em consonância com princípios constitucionais relativos a direitos fundamentais em relações privadas, as quais são de acatamento impositivo e insuperável de todos os cidadãos em relação aos demais.

## *5.2. A aplicabilidade da eficácia diagonal na visão dos tribunais brasileiros*

São escassas as decisões que tratam da eficácia diagonal de maneira pormenorizada. Algumas decisões, as quais serão citadas, apenas menciona a existência de uma ‘eficácia’ diferente da horizontal. Contudo, algumas decisões, majoritariamente na seara laboral, apontam, ainda que de maneira superficial, a teoria da eficácia diagonal. O TST no Recurso de Revista nº 1882-80.2010.5.02.0061, analisou a questão de ter havido ou não demissão de uma das partes por motivo discriminatório. No caso, pela empregada ser portadora de moléstia, o acórdão, ao citar a ‘moderna concepção’ da eficácia diagonal afirma que

[...] a interpretação do art. 1º da Lei nº 9.029/95, à luz dos fundamentos da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho insculpidos no art. 1º, III e IV, da Constituição Federal, bem como à luz do princípio da não discriminação inserto no art. 3º, IV, da Lei Maior, conduz à conclusão de que o rol de discriminações ali contidas não é taxativo, devendo abranger também aquela decorrente de dispensa por motivo de doença grave, porque o objetivo da diretriz constitucional vedatória da discriminação, dentro do Estado Democrático de Direito, é afastar dos cidadãos toda constrição de direitos pautada em critérios ilegítimos, independentemente de quais sejam esses critérios (BRASIL, 2016).

Conforme exposto, entendeu-se pela aplicabilidade dos direitos sociais de forma direta. Porém, há algum tempo o TST vem aplicando de forma concreta a teoria da eficácia horizontal de forma direta ou diagonal, conforme se pode ver no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 10300-63.2011.5.16.0002:

[...] Nesse contexto, informados por princípios basilares da atual ordem constitucional pátria, mormente na centralidade da pessoa humana, que decorre da dignidade que é ostentada por todos os indivíduos, forçoso concluir que o rol de condutas discriminatórias, a que se refere o artigo 1º da Lei nº 9.029/95, é meramente exemplificativo (Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT de 27/11/2015)

Inúmeros acórdãos podem ser citados nesse sentido, sendo o rol da Lei nº 9.029/95 meramente exemplificativo, cabendo a aplicação dos princípios constitucionais de forma sistemática ao caso concreto. Evita-se, assim, a discriminação dos empregados.

O TST entende que quanto maior a desigualdade fática no caso concreto, maior a incidência dos direitos fundamentais, mesmo entendimento de Daniel Sarmento (2003, p. 351), variando da teoria diagonal que entende que sempre os trabalhadores estarão em desvantagem fática.

Assim como no Supremo Tribunal Federal tem chegado ações atinentes a relações jurídicas afetadas pela pandemia causada pelo Covid-19 que atinge todo o Brasil, também o Tribunal Superior do Trabalho tem tomado medidas relacionadas às relações jurídicas desencadeadas por este fato social. Teletrabalho, suspensão de contratos de trabalho, reduções salariais e tantos outros temas certamente serão enfrentados pelos próximos anos, o que será uma oportunidade para acompanhar possíveis aplicações da teoria da eficácia diagonal nos processos judiciais.

## 6. Considerações finais

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais hodiernamente está consolidada (SARLET, 2000). Em um mundo cada vez mais globalizado, onde muitas multinacionais têm mais poder do que diversos países (HESSE, 1998), é impensável não se considerar a vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais, mesmo que alguns princípios do direito privado como o da autonomia da vontade tenham que ser mitigados, perdendo por vezes espaço jurídico nas relações entre privados.

Contudo, não é conveniente para a autonomia do direito privado que se interfira de forma demasiada no seu círculo 'semiótico' sob pena de engessar as relações entre privados. Em virtude disso, sem embargo, conforme dispõe o Código Civil Brasileiro de que os contratos devem observar sua função social, poder-se-ia escrever muito mais sobre o tema. Porém, contenta-se nesse texto em afirmar que, dentre as várias facetas, a função social deve respeitar os direitos fundamentais de outrem e não o alijar pelo simples fato de no 'mundo privado' existir a autonomia da vontade. Mesmo no mundo onde os indivíduos têm uma larga esfera de atuação, deve-se sempre lembrar da

indisponibilidade dos direitos fundamentais e de sua aplicação em qualquer hipótese.

Nesse sentido, a forma com que se aplicam os direitos fundamentais é de indispensável importância para a existência de harmonia entre direito privado e os direitos fundamentais. Surgem a partir dessa discussão diversas formas de aplicabilidade, desde a forma indireta e irradiadora em que os cânones do direito privado são interpretados à luz dos direitos fundamentais, até a teoria direta em que os direitos fundamentais são aplicados diretamente ao caso concreto.

Da exposição feita infere-se que é sensata a adoção da teoria direta proposta por Daniel Sarmiento e de certa forma por Alexy. Isso porque, deve-se analisar o caso concreto no sentido de que quanto maior for a desigualdade entre as partes, maior será a interferência estatal na relação. Fator importante quando da aplicabilidade dos direitos fundamentais é a natureza da questão controversa nas questões ligadas à autodeterminação existencial da pessoa, a proteção a suas escolhas é maior, o que não vale para questões econômicas, principalmente quando o caso envolver bem essencial a vida.

Doutra banda, no que diz respeito à teoria da eficácia diagonal proposta por Sergio Gamonal Contreiras, constata-se a existência de alguns problemas estruturais, dentre eles o ponto de partida, pois parte de um desequilíbrio geral dos contratos de trabalho, em que sempre o trabalhador está em desvantagem. Isto é um erro, pois apesar do notável desequilíbrio na maior parte das relações laborais, deve ser considerado que há cada vez mais casos onde estão empregado e empregador, sendo este um pequeno empresário, em que a relação de desigualdade muitas vezes é mínima, o que não interfere de todo na decisão judicial concreta.

Nesse sentido, entende-se nesse texto que a teoria diagonal é uma das formas de aplicabilidade da teoria horizontal, e se compara à teoria da aplicabilidade proposta por Sarmiento e Alexy. Isso porque o Juiz, ao se

deparar com o caso concreto, deve ponderá-lo à luz do princípio da proporcionalidade, reduzindo este aos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A jurisprudência do STF e da maioria dos países da *civil law* apontam para adoção da teoria direta. Ademais, o STF vem evoluindo sua posição, conforme exposto, e a expectativa é que, com os efeitos da pandemia causada pelo Covid-19, muitas relações jurídicas serão balizadas por decisões que levam em consideração tais postulados.

Conclui-se assim que, além da incontestada existência da eficácia horizontal, a jurisprudência aponta para a admissão da eficácia direta, de forma acertada. Entretanto, deve-se atentar para o caso concreto, e nas circunstâncias fáticas dadas pelo caso ao aplicar o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação, observar os princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e autoafirmação dos indivíduos.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BARBERÁN, Pablo Marshall. El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución. **Revista de Estudios Constitucionales**, n. 1, v. 8, p. 43-78, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815. Relatora: Min. Carmén Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19**. Brasília, 29 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355&ori=1>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 158.215. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 30 abr. 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur119404/false>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 161.243. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 29 out. 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur106108/false>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 201.819. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator p/acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 out. 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 1882-80.2010.5.02.0061. Relator: Min. Vieira de Mello Filho. Brasília, 03 ago. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/c3fd503f42333f25cab16f159c810c3b>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BURDEAU, G.; TROPER, M.; HAMON, F. **Direito constitucional**. Tradução: Carlos de Souza. Barueri: Manole, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. [ed.] **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 227-228.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CARDOZO, Paulo Maurício Sales. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista do Ministério Público do Estado do Pará**, Belém, v. 8, p. 261-281, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. Tradução: Jorge Alberto de Araújo. São Paulo: LTr, 2011.

DAHER, Chafic Krauss. **Aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais sociais trabalhistas: a eficácia horizontal nas relações de trabalho**. 2016. Mestrado em Direito. Universidade Católica de Pernambuco. Recife. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/569>. Acesso em: 28 abr. 19.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. Marsh vs. Alabama. 306, s.l.: SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1946. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/501/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.



- GAMONAL, Sergio C. **Cidadania na Empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: LTr, 2011.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GURÍA, José Juan Anzures. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en México. **Revista Dikaion**, Cidade do México, v. 1º, p. 53-83. Disponível em: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/6400/4568>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional na República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.
- JELLINEK, Georg. **Teoria general del derecho**. Tradução: Fernando de Los Rios. México: FCE, 2000.
- JHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Tradução: João de Vasconcellos. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- KRIELE, Martin. **Introdução a teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Tradução: Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, p. 54-104, 2000.
- LIMA, Natali Marquina. **Los derechos fundamentales y su eficacia horizontal aplicados por el tribunal constitucional en el periodo 2000 a 2015**. Mestrado em Direito. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, Arequipa, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/4541/DEMmalin.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 abr. 2020.
- MARMELSTEINS, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2007. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC. São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7752>. Acesso em: 30 abr. 2020
- NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SANTOS, Lucas Sampaio. **Aplicação dos direitos fundamentais de 1ª dimensão nas relações jurídico privadas**. 2012. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC. São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5813>. Acesso em: 01 maio 2019.
- SCHIMITT, Carl. **Teoria de La Constitucion**. Tradução: Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- TROUTMAN, Nancy. **The Magna Carta: (The Great Charter)**. Disponível em: <https://constitution.org/eng/magnacar.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2020.

VELÁSQUEZ, Andrés Miguel Paredes. **Los derechos inespecíficos de los trabajadores y el principio de proporcionalidad**. 2015. Mestrado em Direito, Univesidad San Agustín, Arequeipa, Peru. Disponível em: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6333>. Acesso em: 01 abr. 2020.

Artigo recebido em: 30/04/2020.

Aceito para publicação em: 22/12/2022.

# O Controle de Convencionalidade pelo STF: o caso Favela Nova Brasília e a ADPF 635

## *Conventionality Control by the STF: the case of Favela Nova Brasília and ADPF 635*

*Sidney Guerra*<sup>1</sup>  
*Raquel Guerra*<sup>2</sup>  
*Raphael Pereira da Silva*<sup>3</sup>

**Resumo:** A história que levou ao caso Favela Nova Brasília v. Brasil é uma de violência perpetrado por agentes do Estado em uma chacina. Infelizmente, chacinas não são estranhas na história do Rio de Janeiro, muito menos a corriqueira violência policial que, com sua alta letalidade, ostentou em 2019 a marca de quarta polícia mais letal do mundo – atrás apenas das polícias filipina, venezuelana e do restante das polícias brasileiras em conjunto. Nesse cenário, a condenação brasileira no referido caso, assim como os pontos resolutivos da sentença, representa um avanço significativo na busca de uma política de segurança pública cidadã. Entretanto, o não cumprimento da sentença é algo patente, sendo a chacina do Jacarezinho um recente exemplo de uma longa lista de violações no Rio de Janeiro. O não cumprimento, assim como a continuidade das violações,

---

<sup>1</sup>Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais (CES) - Universidade de Coimbra; Visiting Researcher pela Stetson University Law School. Pós-Doutor em Cultura pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea - Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ); Pós-Doutor em Direito - Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Possui Doutorado, Mestrado e Especialização em Direito. Professor Titular da UFRJ e Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (Doutorado e Mestrado) da Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor Titular da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO) e Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Internacional (Doutorado e Mestrado) na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenador do Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional e Ambiental (LEPADIA) e Grupo de Pesquisas em Direito Internacional (GPDI/FND/UFRJ) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5309-662X> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6208018085527826>.

<sup>2</sup>Advogada com experiência profissional na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), bolsista CAPES. Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (NEPEDI-UERJ). Mestre em Relações Internacionais pela Universidad Torcuato di Tella (Argentina), pós-graduada em Ajuda Humanitária e ao Desenvolvimento pela PUC-Rio (2013). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0805-1550> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2099231637614331>.

<sup>3</sup>Graduando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional (GPDI/FND/UFRJ). Estagiário da Defensoria Pública do Rio de Janeiro no Núcleo de Direitos Humanos, pasta de Violência Institucional. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8294-8254>.

motivaram, em 2019, a petição inicial da ADPF 635, que se embasa, dentre outras argumentações, na necessidade de que seja cumprida a sentença do caso Favela Nova Brasília v. Brasil – como a elaboração de um plano visando à redução da letalidade policial e o controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses. Através da análise da sentença do caso Favela Nova Brasília e a ADPF 635, utilizando-se da metodologia que consiste na pesquisa bibliográfica acerca do emprego do controle de convencionalidade, busca-se comprovar que o Brasil não cumpriu nem se submeteu ao controle de convencionalidade em questões similares relacionadas à segurança pública. Concomitantemente, serão descritas as bases jurídicas que fundamentam o dever dos tribunais brasileiros de exercerem o controle de convencionalidade no caso Favela Nova Brasília v. Brasil e será investigado as experiências nacionais em matéria de controle de convencionalidade, com atenção especial ao cumprimento da sentença do caso Favela Nova Brasília v. Brasil através da ADPF 635.

**Palavras-chave:** ADPF 635. Corte IDH. STF. Controle de Convencionalidade.

**Abstract:** The story that led to the case of Favela Nova Brasília v. Brazil is one of violence perpetrated by state agents in a slaughter. Unfortunately, massacres are not strange in the history of Rio de Janeiro, much less the commonplace police violence that, with its high lethality, in 2019 boasted the mark of the fourth most lethal police in the world – behind only the Philippine, Venezuelan police and the rest of the Brazilian police together. In this scenario, the Brazilian conviction in the aforementioned case, as well as the resolute points of the sentence, represents a significant advance in the search for a citizen's public security policy. However, failure to comply with the sentence is evident, with the Jacarezinho massacre being a recent example of a long list of violations in Rio de Janeiro. The non-compliance, as well as the continuity of the violations, motivated, in 2019, the initial petition of ADPF 635, which is based, among other arguments, on the need to comply with the sentence in the case Favela Nova Brasília v. Brazil – such as the elaboration of a plan aimed at reducing police lethality and controlling human rights violations by the Rio de Janeiro security forces. Through the analysis of the sentence of the Favela Nova Brasília case and ADPF 635, using the methodology that consists of the bibliographic research on the use of conventionality control, it is sought to prove that Brazil did not comply with or submit to conventionality control in similar issues related to public safety. At the same time, the legal bases that justify the duty of Brazilian courts to exercise conventionality control in the case of Favela Nova Brasília v. Brazil and national experiences in terms of conventionality control will be investigated, with special attention to compliance with the sentence in the case Favela Nova Brasília v. Brazil through ADPF 635.

**Keywords:** ADPF 635. Inter-American Court. STF. Control of Conventionality.

## 1. Introdução

O Brasil, apesar de ter reconhecido a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) somente no final da década

de 90, já possui onze condenações de responsabilidade internacional no Sistema Interamericano. Dentre essas está o caso Favela Nova Brasília v. Brasil, esse que se refere à ausência e às falhas de investigações sobre execuções sumárias, tortura e atos de violência sexual perpetrados pela Polícia Civil do Rio de Janeiro contra a comunidade Favela Nova Brasília em operações nos anos de 1994 e 1995.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou violados os direitos à integridade pessoal, à circulação e à residência, bem como as garantias e proteções judiciais, tendo imposto ao final da sentença diversos pontos resolutivos incluindo medidas de reparação e de não repetição. Também entendeu que o Estado deve tomar medidas preventivas em contextos em que sejam evidentes os riscos de violência contra mulheres e meninas. Por fim, a Corte considerou que os chamados “autos de resistência” — uma das formas como a polícia costuma registrar as mortes de pessoas que perderam a vida pela ação policial — impactaram negativamente o curso das investigações, contribuindo para a demora e a falta de diligência.

Dos pontos resolutivos presentes na sentença, de acordo com a Supervisão de Cumprimento de Sentença ocorrida no final de 2021, o país cumpriu apenas o dever de publicação da sentença, o reembolso de custas e gastos, e parcialmente a indenização por dano material. Neste sentido, o não cumprimento da referida sentença e a necessidade do controle de convencionalidade será a delimitação desta pesquisa. Na mesma linha a pergunta de pesquisa se apresenta da seguinte forma: a ADPF 635 realiza o controle de convencionalidade do caso Favela Nova Brasília v. Brasil? A metodologia utilizada consiste na pesquisa bibliográfica acerca do emprego do controle de convencionalidade, assim como a análise da sentença do caso Favela Nova Brasília v. Brasil e a ADPF 635.

A discussão da ADPF 635 no STF, em especial o deferimento do pedido para proibição de operações em comunidades do Rio de Janeiro, exceto em

casos de justificada necessidade, assim como o alto número de operações apesar dessa decisão, trouxe novamente para todo o país o debate acerca do papel da segurança pública em nossa sociedade. A relevância dessa temática, assim como o impacto que o deferimento do plano de redução de letalidade pode causar, são históricos, especialmente por decorrer de uma sentença internacional e do controle de convencionalidade.

## 2. O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.

O que hoje é conhecido como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) teve seu início ainda no século XIX, durante a Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em 1889, apesar de que para alguns o marco inicial se deu no Congresso do Panamá ocorrido em 1826, convocado por Simón Bolívar. Entretanto, foi na Nona Conferência Internacional Americana, em 1948, que foi adotada a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), documento fundante da organização de mesmo nome (GUERRA, R., 2018).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), assinada no ano de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, entrou em vigor somente em 1978, após ser depositado o décimo-primeiro instrumento de ratificação (PIOVESAN; CRUZ, 2021). Iniciando no Capítulo I, em seus dois primeiros artigos, com a *obrigação de respeitar os direitos* e o *dever de adotar disposições de direito interno*, a CADH explicita as obrigações que os Estados membros devem respeitar. Ao iniciar com esses dispositivos, a Convenção segue com um rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que o Estado deve observar, assim como se estende para tratar sobre a própria interpretação e aplicação da Convenção, da mesma maneira que prevê as possibilidades em que algumas garantias podem ser suspensas. Por fim, dispõe acerca dos órgãos de proteção competentes para o

cumprimento dos compromissos adotados pelos Estados partes, a saber a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão, que já estava em atividade desde 1959 para promover e proteger os direitos humanos nos Estados membros da OEA, tem agora na Convenção como seu principal referencial normativo. A Corte, atuando como o órgão jurisdicional do SIDH e exercitando sua competência contenciosa, analisa casos trazidos pela Comissão que possam ter violado a Convenção e, após devido processo legal, determina a responsabilidade internacional ou não do Estado que já se submeteu à sua jurisdição. O Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 89/1998, aceitou a competência contenciosa da Corte, deixando explícito em seu texto que obrigatoriamente só serão submetidos à Corte os casos de violações que tenham acontecido após a data de publicação do Decreto.

A Convenção é o instrumento normativo mais importante do Sistema Interamericano, sendo a Comissão e a Corte os órgãos competentes para lidar com assuntos relativos à CADH. Não obstante, outros instrumentos sobre temas especializados foram incluídos no Sistema Interamericano e estão sujeitos à função contenciosa da Corte, enriquecendo substancialmente a gama de direitos protegidos dentro do SIDH. Alguns desses instrumentos são os seguintes: Protocolo de São Salvador; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (também conhecida como Convenção de Belém do Pará); Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas; Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência; Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racional e Formas Correlatas de Intolerância; Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância; e

Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas (PIOVESAN; CRUZ, 2021).

A Comissão, desde a sua fundação até os dias atuais, teve funções e níveis de atuação da Comissão que variaram consideravelmente (GUERRA, R., 2018). Na atualidade a CIDH atua de diversas formas, dentre as quais ela elabora relatórios, sejam eles temáticos, de país ou anuais; realiza visitas para ter diretamente contato com a situação de direitos humanos a ser tratada; audiências que funcionam como um espaço para que haja uma interação produtiva com a sociedade civil; se engaja em atividades de promoção que visem fortalecer a cultura de direitos humanos na região; e através do sistema de petições individuais, a Comissão receber denúncias de violações de direitos humanos que possam ser trazidas por qualquer pessoa, grupo ou organização (PIOVESAN; CRUZ, 2021).

Inicialmente é verificada se a petição cumpre os requisitos trazidos pelo artigo 28 do Regulamento da CIDH, e caso os requisitos previstos forem cumpridos, será analisada a admissibilidade ou não, cujos requisitos presentes no Regulamento são: o esgotamento de recursos internos, artigo 31; o cumprimento de um prazo de seis meses, artigo 32; a não existência de litispendência internacional, artigo 33; e outras causas de admissibilidade presentes no artigo 34. Sendo admissível a petição, o mérito do caso será analisado, e caso seja verificado que ocorreram violações de direitos humanos, soluções amistosas e recomendações entre a Comissão e o Estado em questão serão tentadas. Como último recurso, a CIDH, conforme o artigo 45 do Regulamento, poderá submeter o caso perante a Corte (GUERRA, R., 2018).

Composta por sete juízes, nacionais dos Estados membros da OEA, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui tanto uma competência consultiva como uma contenciosa. A primeira diz respeito ao direito de os Estados membros consultarem a Corte acerca da interpretação de algum ponto da Convenção, conforme previsto no artigo 64 da CADH. A função contenciosa, entretanto, ocorre quando a Comissão, após exercer seu juízo de



admissibilidade e tendo esgotado possíveis soluções amistosas com o Estado, decide que a Corte é competente para exercer sua função jurisdicional e decidir se existe a responsabilidade internacional do Estado por ter violado a Convenção.

Ao chegar perante a Corte, algumas etapas são seguidas. Primeiramente é realizada a análise de exceções preliminares, que podem ser baseadas na ausência ou não de jurisdição *ratione materiae*, *personae*, *temporis* ou *loci* pela Corte (PASQUALUCCI, 2012). A *ratione materiae* relaciona-se com a materialidade jurisdicional da Corte perante a Convenção e outros tratados interamericanos que reconhecerem no tribunal a competência adequada. Ao ser arguida a ausência de *ratione materiae* argumenta-se que normas que podem ter sido violadas fogem do escopo jurisdicional da Corte. A *ratione personae* relaciona-se com os agentes que são partes processuais. Ao ser arguida a ausência de *ratione personae* argumenta-se que perante à Corte foram trazidos atores que não fazem parte do devido processo permitido dentro do SIDH. A *ratione temporis* relaciona-se com adequação ou não da referida violação com o reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelo Estado. Ao ser arguida a ausência de *ratione temporis* argumenta-se que fato ocorridos antes de reconhecida a competência estão fora do alcance jurisdicional da Corte. A *ratione loci* relaciona-se com a territorialidade do ocorrido. Ao ser arguida a ausência de *ratione loci*, argumenta-se que determinada violação ocorreu fora do território do Estado, e por isso fora da jurisdição dele. (PIOVESAN; CRUZ, 2021).

Se ao serem analisadas as exceções preliminares a Corte julgar que essas são improcedentes, será então analisado o mérito do caso. Os fatos serão analisados e o direito, referente às obrigações contraídas pelo Estado, também será examinado. Caso seja decidido pelos magistrados que o Estado tem responsabilidade internacional por ter violado os direitos humanos, a Corte procederá em sua sentença com medidas conhecidas como o instituto da reparação integral da vítima. Medidas de restituição, satisfação, reabilitação

e garantias de não repetição são ordenadas, podendo a Corte também deliberar que o Estado proceda em ações com intuito de investigar, processar e punir os responsáveis por determinada violação (PIOVESAN; CRUZ, 2021). Por fim, conforme o artigo 69 do Regulamento da Corte, é competência da mesma a supervisão do cumprimento da sentença.

### *2.1. O Controle de Convencionalidade.*

Conforme a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, ratificada pelo Brasil, nenhum Estado pode invocar o seu direito interno para descumprir compromissos internacionais a que tenha se submetido perante a comunidade internacional, e nisso está incluído a Convenção Americana, assim como o restante do *corpus iuris* interamericano. Nesse espírito, e primando pela dignidade da pessoa humana e sua proteção multinível, a Corte desenvolveu e tem reiterado a doutrina do controle de convencionalidade, reforçando a obrigatoriedade que cada Estado parte da CADH tem de adequar seu ordenamento jurídico com a Convenção, estando essa determinação presente em uma sentença pela primeira vez no Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo. (CORTE IDH, 2006, par.124)

O controle de convencionalidade é um mecanismo similar ao controle de constitucionalidade (AGUILAR CAVALLO, 2013), mas que difere deste em

sua aplicação e mesmo na fonte que permite a execução desse mecanismo - direito internacional e direito interno. Aguilar Cavallo define esse instrumento nos seguintes termos:

Ato de controle realizado pelo juiz nacional quanto à conformidade da norma interna com a norma internacional e, mais especificamente, quanto à conformidade do direito com os tratados internacionais em que o Estado consentiu em ser vinculado (AGUILAR CAVALLO, 2013, p.721).

Em países que se submeteram a determinada jurisdição internacional, como a Corte Interamericana, Europeia ou Africana, se verificou a necessidade de se utilizar tal instrumento no seu ordenamento jurídico, visto que conflitos hierárquicos são muito prováveis de acontecerem. Isso é perceptível quando a Suprema Corte de Justiça do Uruguai lidou com a Lei 15.848, conhecida como Lei de Caducidade, essa que impedia a devida investigação, processo e punição de responsáveis por violação de direitos fundamentais durante a ditadura uruguaia, que durou de 1973 até 1985. Pela sua incompatibilidade com o princípio da dignidade humana e com tratados internacionais de direitos humanos que o Estado uruguaio havia ratificado, a Suprema Corte do Uruguai declarou a inconstitucionalidade de tal lei (PIOVESAN; CRUZ, 2021), fato que foi lembrado pela Corte Interamericana em julgamento de caso semelhante:

A simples existência de um regime democrático não garante, per se, o permanente respeito do Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que foi assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual particularmente em casos de graves violações às normas do Direito Internacional, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” (par. 193 supra), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário. Neste sentido, a Suprema Corte de Justiça, no Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, exerceu um adequado controle

de convencionalidade a respeito da Lei de Caducidade, ao estabelecer, inter alia, que “o limite da decisão da maioria reside, essencialmente, em duas coisas: a tutela dos direitos fundamentais (os primeiros, entre todos, são os direitos à vida e à liberdade pessoal, e não há vontade da maioria, nem interesse geral nem bem comum ou público em aras dos quais possam ser sacrificados) e a sujeição dos poderes públicos à lei”. Outros tribunais nacionais referiram-se também aos limites da democracia em relação à proteção de direitos fundamentais (CORTE IDH, 2011, par.239).

O choque entre a ordem interna e a ordem internacional, cara ao debate das teorias que consagraram o Monismo e o Dualismo, levou ao questionamento de se a Constituição possuiria supremacia frente aos tratados de direitos humanos (GUERRA, S., 2013). Porém, como disse Cançado Trindade, ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “no presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno” (TRINDADE, 1996). Nesse sentido, visto que a Emenda Constitucional 45/2004 alçou ao nível de emenda constitucional tratados de direitos humanos que sejam aprovados, em dois turnos, por cada casa do Congresso Nacional, Valerio Mazzuoli então argumenta que ações de controle concentrado de constitucionalidade podem sim ter o seu uso direcionado para o controle de convencionalidade (MAZZUOLI, 2019).

O controle de convencionalidade das leis - seja externo, quando realizado pela Corte Interamericana, ou interno, quando realizado pelo Supremo Tribunal Federal – atua nisso de forma inovadora, juntamente ao instrumento do controle de constitucionalidade, visto que simultaneamente não apenas se garante um duplo controle (GUERRA, S., 2013), mas desta forma é reafirmado, de forma prática, o princípio que consta no art. 4º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil. Citando a conclusão de Sidney Guerra acerca da proteção no âmbito interamericano:

Definitivamente é chegado o momento que os Estados assumam posição de destaque e desenvolvam ações, no plano interno e externo, para a proteção dos direitos humanos na medida em que a observância dos direitos humanos e a prevalência da dignidade da pessoa humana ganham destaque no contexto americano e o

reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana por parte dos Estados, garante aos indivíduos uma importante e eficaz esfera complementar de garantia aos direitos humanos sempre que as instituições nacionais se mostrem omissas ou falhas (GUERRA, S., 2012).

Em 2010, décadas após graves violações ocorridas na ditadura militar, houve a condenação brasileira no Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”), julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos que trata de violações perpetradas pelo Estado Brasileiro durante a guerrilha do Araguaia. Adicionalmente, na sentença que condenou o país, o Brasil foi condenado a tipificar o crime de desaparecimento forçado, sendo verificada a incompatibilidade da lei de anistia brasileira com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e com a jurisprudência da Corte Interamericana (GUERRA, S., 2012). Não obstante, a Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979, a Lei da Anistia, permanece vigorando no ordenamento brasileiro, tendo sido considerada constitucional pelo STF no julgamento da ADPF 153. Tal fato é uma lembrança de dificuldades existentes quando busca-se tornar eficaz internamente uma sentença da Corte Interamericana, e o Caso Favela Nova Brasília, objeto de análise adiante, enfrenta semelhantes entraves, motivo que o levou a ser alvo de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, a ADPF 635.

### **3. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**

O uso da força pelos agentes de segurança pública e a caracterização deste uso como violência policial tem sido examinado progressivamente em diversas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já constituindo um importante tópico temático de sua jurisprudência quanto à atuação dos países da região (SANTOS, 2021).

Em 2019, como símbolo dos estruturais problemas que possui em matéria de segurança pública, o Brasil figurou como tendo uma das forças de segurança pública mais letais do mundo, e alcançou a trágica cifra de 6357

peças que perderam a vida devido a alguma intervenção policial e, ao ser analisado historicamente, jovens negros, pobres e desarmados são as vítimas predominantes dessas ações (HRW, 2021). Esse aparato de segurança pública, estruturalmente e profundamente racista, é em parte alimentado pelo que é chamado de “autos de resistência”, mortes ocorridas durante ações policiais e que são registradas como tendo ocorrido por motivos de legítima defesa. Tal situação prejudica a devida investigação, visto que a própria polícia é quem determina se a morte que ocorreu foi uma execução extrajudicial ou um homicídio conforme a legalidade. Nessa realidade inexistem medidas efetivas que realmente contribuam para a redução da letalidade e um andar mais célere da justiça, o que em seu desenlace fabrica uma situação incompatível com os padrões de direitos humanos estabelecidos pelo Sistema Interamericano.

Foi nesse contexto estrutural que na última década do século XX ocorreram dois crimes bárbaros perpetrados pelo Estado no Rio de Janeiro. Na manhã dos dias 18 de outubro de 1994 e do dia 8 de maio de 1995, duas incursões policiais ocorreram na Favela Nova Brasília com trágicas e criminosas consequências. Na primeira, em outubro, agentes de diversas delegacias do estado do Rio de Janeiro invadiram pelo menos cinco residências e, como resultado, mataram 13 residentes homens, dos quais quatro eram crianças, e estupraram três jovens meninas, sendo duas delas menores de idade, uma de 15 e outra de 16 anos. Na segunda, em maio, com o apoio de helicópteros, justificados pela chamada guerra às drogas, outra operação na referida comunidade ocorreu, resultando na morte de outras 13 pessoas, sendo dois deles menores de idade. O inquérito policial nos dois casos foi marcado pela vagarosidade e impunidade, com as mortes ocorridas por agentes do Estado qualificadas como “resistência seguida de morte”.

A Corte, em sua sentença, formulou as considerações que julgou pertinentes, relacionadas às alegadas violações de direitos. No que tange às garantias judiciais e a proteção judicial, foi trazido perante a Corte o fato de

que as investigações policiais estavam sendo realizadas pelas mesmas delegacias que haviam realizado as operações, acarretando em uma falta de independência das autoridades para que pudessem investigar devidamente o ocorrido, sendo essa investigação prejudicada desde seu início pelo registro das mortes como “auto de resistência”.

Os Estados Partes da Convenção possuem uma obrigação positiva de adoção de condutas que venham a garantir o direito às garantias judiciais e à proteção judicial. Em casos de força letal por parte do Estado é fundamental a realização de uma investigação efetiva, para que se determine se a privação da vida foi arbitrária ou não. A falta de diligência incorre no prejuízo da devida investigação e aumento sensível da possibilidade de impunidade.

Acerca dos órgãos investigadores, é imperativo que possa existir independência de forma que os direitos previstos na Convenção sejam respeitados. Em casos em que a independência ou imparcialidade do órgão possa vir a ser questionada, deve-se examinar o quanto essa falta de independência afetou a efetividade do procedimento para determinar o ocorrido e punir os responsáveis. Ainda sobre as investigações, quando uma morte é registrada como “auto de resistência à prisão”, tem-se um impacto de longa duração em toda a investigação, raramente sendo investigada com diligência a morte que assim é registrada.

Nesse raciocínio, segundo a Corte considerou que o Estado brasileiro violou o direito às garantias judiciais e à proteção judicial, atuando sem a devida diligência nas investigações acerca das incursões policiais de 1994 e 1995, inexistindo factível independência dos órgãos investigadores, além de sua negligência patente, motivo pelo qual nenhum agente foi denunciado ou processado com base nessas investigações. Na mesma linha inexistiu qualquer celeridade no processo, estando inconclusa as investigações pelo menos até a data da sentença, depois de mais de duas décadas. Ainda, não houve uma efetiva proteção judicial para os familiares das vítimas mortas, apesar da obrigação que os Estados Partes possuem de oferecer a todas as

pessoas submetidas a sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra atos violatórios de seus direitos fundamentais.

A impunidade contínua, assim como o sofrimento e angústia causados pela frustração da lentidão e mesmo inexistência de investigação, causaram grandes danos físicos e psicológicos a todos os familiares das vítimas, motivo pelo qual a Corte considerou, assim como em outros casos, que os familiares das vítimas podem ser simultaneamente vítimas com elas, motivo pelo qual considerou que o Estado brasileiro violou o direito à integridade pessoal dos familiares.

Por fim, tendo em vista que as três jovens mulheres abusadas sexualmente tiveram que deixar suas residências na Favela Nova Brasília, dado os violentos acontecimentos, por medo de represálias e angustiadas com a impunidades, acarretando em uma situação de contínuo deslocamento das vítimas, tal situação foi trazida perante a Corte. Entretanto, a Corte considerou que o Estado brasileiro não violou o direito de circulação e residência dessas vítimas.

Pela sua atuação nas graves violações ocorridas nas incursões policiais e pela ineficiência em concluir a investigação, após longo trâmite perante o Sistema Interamericano o Estado Brasileiro foi condenado internacionalmente como responsável por violar o direito às garantias judiciais e à proteção judicial, assim como o direito à integridade pessoal, das vítimas que foram representadas no litígio. A Corte, de forma definitiva e inapelável, dispôs nos pontos resolutivos diversas obrigações que o Estado deverá cumprir em observância ao decidido na sentença, dentre os quais é relevante salientar as que diretamente fazem cumprir as garantias de não repetição, como o estabelecimento de metas e políticas visando a redução da letalidade policial.

No final de 2021, ao supervisionar o cumprimento da sentença, a Corte emitiu seu parecer acerca do que o Estado brasileiro tem realizado após sua condenação internacional. No que tange à adoção de medidas necessárias



para uniformizar a expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” em relatórios e investigações policiais ou do Ministério Público, visando abolir o conceito de “oposição” ou “resistência” à ação policial, a Corte verificou e afirmou que ao menos seis estados ainda utilizam os termos “oposição” ou resistência (2021, par.4). No que tange à adoção e implementação de atos normativos para que a investigação seja realizada por um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, a Corte verificou também o não cumprimento desse ponto resolutivo.

*De conformidad con la información presentada por las partes, la Corte observa que tanto el Estado como las representantes de las víctimas expresaron estar de acuerdo en cuanto a que el Ministerio Público es el órgano independiente que debe estar a cargo de las investigaciones que versen sobre hechos de presuntas muertes, tortura o violencia sexual derivadas de intervención policial. Sin embargo, este Tribunal nota que la postura expresada por Brasil respecto a la forma en que debe darse cumplimiento a esta medida, no coincide con la postura sostenida por el Consejo Nacional del Ministerio Público de Brasil. Por un lado, el Estado considera que la normativa interna, tal como ha sido interpretada por el Supremo Tribunal Federal, se “corresponde exactamente” con lo ordenado en la Sentencia, en la medida en que reconoce la facultad del Ministerio Público para conducir investigaciones penales por autoridad propia de forma concurrente y autónoma, y establece que siempre que haya sospecha de participación de agentes de seguridad en la investigación será atribución del Ministerio Público competente. Por otro lado, el Consejo Nacional del Ministerio Público, que es la institución que debería llevar a cabo dicha investigación de acuerdo al referido criterio jurisprudencial, ha sostenido que, para dar cumplimiento a esta garantía de no repetición, se requeriría la modificación del Código Procesal Penal (supra Considerando 7.a). Por consiguiente, no está claro que lo dispuesto en la Sentencia de esta Corte se esté implementando en la práctica de forma obligatoria para la investigación de dichos casos. A ello se suma que las representantes afirmaron que el ordenamiento interno actual solamente prevé la facultad de que el Ministerio Público inicie una investigación autónoma en los casos en que prima facie aparezca como posible imputado personal policial, pero no establece una obligación, de modo que la apertura de una investigación en este tipo de casos queda al arbitrio de los ministerios públicos locales. En este sentido, a fin de poder valorar adecuadamente el grado de cumplimiento de esta garantía de no repetición, resulta necesario que el Estado aclare su posición respecto a las acciones que faltan por ejecutar para dar cumplimiento efectivo.(CORTE IDH, 2021, par.13)*

Apesar de ter contraído obrigações internacionais ao reconhecer a competência contenciosa da Corte, o Estado brasileiro ainda possui um passo

lento para efetivar as obrigações que os Estados Parte da Convenção possuem. Três anos após ter vencido o prazo estabelecido na sentença para a execução das medidas determinadas, os efeitos positivos que o cumprimento de tais de medidas de reparação pode apresentar ainda não são claramente visíveis. Por último, a Corte reconheceu que o Brasil cumpriu integralmente o dever de publicação da sentença e o reembolso de custas e gastos, tendo cumprido parcialmente a indenização por dano material.

A política de segurança pública do Rio de Janeiro produziu a polícia mais letal da federação, e isso ocorre no país que já possui um reconhecido e distintivo histórico de violência estatal em todo o mundo, o que faz da polícia fluminense uma das mais violentas do mundo por si só. Essa política criminal com derramamento de sangue é permissiva com o extermínio e permite a necropolítica como política de Estado. Vigário Geral, Candelária, Acari, Chapadão, Jacarezinho e tantas outras localidades fluminenses que são hoje lembradas com o pronome “chacina”. Apesar de não ser nem o primeiro e nem o último episódio de extrema violência policial, o caso Favela Nova Brasília, apesar de ser a sexta condenação brasileira na Corte Interamericana de Direitos Humanos, é a primeira que abarca diretamente a epidemia de brutalidade policial no país. A importância histórica dessa sentença é algo incontornável, assim como a detalhada lista de pontos resolutivos que o Estado Brasileiro, por força do Direito dos Tratados, é obrigado a cumprir diligentemente, visto os compromissos assumidos perante a comunidade internacional.

### *3.1. ADPF 635*

Não obstante a historicidade da decisão da Corte, tendo transcorrido demasiado tempo e permanecendo a inércia estatal para o cumprimento da sentença e a adequação das normas internas com as normas internacionais, a sociedade civil ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 perante o Supremo Tribunal Federal, conhecida como a

ADPF das Favelas. Através desse instrumento, próprio do controle concentrado de constitucionalidade, busca-se a implementação de pontos resolutivos da sentença, dado o caráter vinculante das decisões proferidas pela Corte Interamericana, assim como que seja enfim realizado o devido controle de convencionalidade no ordenamento brasileiro. Nisso vale lembrar a Resolução de supervisão de cumprimento de sentença do Caso Gelmanvs Uruguay:

*Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo señalado anteriormente en cuanto a la primera manifestación del control de convencionalidad cuando existe cosa juzgada internacional (supra Considerando 69), este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.(CORTE IDH, 2013, par.73)*

A referida ADPF foi protocolada pelo PSB em 2019, não muito tempo depois do assassinato da menina Ágatha Vitória Félix, de 8 anos, no Complexo do Alemão, após ser atingida nas costas por projétil de arma de fogo disparado por um policial. O caso se tornou emblemático, um símbolo da desumana política de segurança pública fluminense que não mudou desde a chacina na favela Nova Brasília, e evidenciou a necessidade de que seja cumprida a decisão da Corte Interamericana. A ADPF 635 possui, como objetivo, que sejam reconhecidas e sanadas as graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade da atuação policial, voltada sobretudo contra a população pobre e negra de comunidades.

É constatado a ausência de planejamento mínimo voltado à redução dos danos potenciais à população, e com a gestão do então governador Wilson Witzel, a introdução e o estímulo de práticas que agravam ainda mais a letalidade, violência e os prejuízos decorrentes da atuação policial. Pode-se

destacar a ampliação do uso de helicópteros - chamadas pela população de “caveirões aéreos” ou “caveirões voadores” - cujo uso foi regulamentado pelo Decreto Estadual nº 27.795/2001 para emprego em confrontos armados diretos. Destaca-se também o Decreto Estadual nº 46.775/2019 - editado poucos dias após o assassinato da menina Ágatha - e que retira do plano de metas da Polícia a redução da letalidade em decorrência de intervenção policial.

Entre os mais de quinze pedidos solicitados na medida cautelar e os quatro em sede definitiva, está a determinação para que o estado do Rio de Janeiro elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de noventa dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e previsão dos recursos necessários para a sua implementação.

Ademais, a ADPF 635 aborda os seguintes temas: fim do uso dos blindados aéreos em operações policiais, a proteção a comunidade escolar, a garantia do direito à participação e ao controle social nas políticas de segurança pública, o acesso à justiça e a construção de perícias e de provas que incluam a participação da sociedade civil e movimentos sociais como uma das ferramentas principais na resolução das investigações de casos de homicídios e desaparecimentos forçados.

Fazendo uso também de uma Tutela Provisória na Medida Cautelar, mecanismo processual pelo qual o magistrado pode antecipar a uma das partes um provimento judicial antes da decisão final, foi solicitado o impedimento de operações policiais em comunidades do Rio, salvo em situações de justificada necessidade, tendo sido deferido esse pedido pelo relator Edson Fachin e confirmada em plenário.

A Medida Cautelar em si, deferida parcialmente, reconheceu a omissão do Estado do Rio de Janeiro, e afirmou que as consequências e as responsabilidades jurídicas que emergem do descumprimento de uma

sentença da Corte Interamericana em nada se distinguem do descumprimento de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, afirmou também que “não obstante a nitidez do comando vinculante, a superação normativa de uma omissão inconstitucional, não é providência a ser solvida em sede de cautelar, nos termos do art. 12- F, § 1º, da Lei 9.868, de 1999” (BRASIL, 2020), e indeferiu o pedido para que o poder executivo fluminense seja obrigado a elaborar um plano de redução de letalidade.

Após a decisão em plenário que seguiu o relator por maioria, foi protocolado Embargos de Declaração na Medida Cautelar, instrumento jurídico utilizado nas situações em que se deseja o esclarecimento de determinado aspecto de uma decisão proferida quando se considera que há alguma dúvida, omissão, contradição ou obscuridade. Isso se deu pelas aparente as contradições da decisão do STF ao indeferir pedido para elaboração de um plano de redução de letalidade, ponto resolutivo da Corte IDH, visto que foram deferidos outros pedidos que também se relacionam com a decisão da Corte Interamericana no caso Favela Nova Brasília em matéria de investigação criminal. A petição afirma que a resistência do Estado brasileiro em cumprir a decisão do organismo internacional deveria reforçar a necessidade de atuação do STF na matéria, e não para sua omissão. Antes desse pedido ter sido julgado, foi convocada uma audiência pública de quatro dias com objetivo de ser discutida a letalidade policial no Rio de Janeiro, e os mais diversos membros da sociedade civil foram ouvidos pelo Tribunal.

Quando esses embargos foram pautados no plenário do Supremo, o Ministro Edson Fachin afirmou nos parágrafos iniciais do seu voto, e mudando seu entendimento, que o objetivo desta arguição de descumprimento de preceito fundamental é o de promover o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, elaborando um plano para a redução da letalidade policial, pedido esse que foi deferido por unanimidade nos termos do voto do relator. Ainda, ao acolher os embargos para deferir o pedido

de elaboração de um plano para redução da letalidade policial, argumentou que:

É preciso registrar que, não obstante a decisão da Corte Interamericana de ter sido proferida há quase quatro anos, ainda não há apresentação de um plano consistente de redução da letalidade policial. Além disso, apesar da decisão deste Tribunal, que se limitou a reconhecer a desnecessidade de nova ordem, não há dúvidas de que a determinação para a elaboração, planejamento e divulgação do plano é inescusável (POMPEU, 2021).

As condenações internacionais, como à aplicada ao Brasil, atestam as violações que o país e sua população são submetidos diariamente. O descumprimento das penalidades apresentadas na decisão da Corte Interamericana aponta para o descaso brasileiro com a real efetivação dos Direitos Humanos conforme positivados pela Constituição de 1988 e outros tratados internacionais, evidenciando a violação de obrigações internacionais por descumprimento de sentença e a falha por omissão ao não aplicar devidamente o controle de convencionalidade internamente. O que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 produzirá no que tange a segurança pública e ao controle de convencionalidade no Brasil, quando tiver sua decisão definitiva, permanece como incógnita (NEVES; ALVES, 2019).

#### 4. O (não) controle de convencionalidade pelo STF

Ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Brasil se obrigou, indistintamente, a promover e proteger os direitos nela reconhecidos, a adotar todas as medidas internas necessárias a que ela surta efeito no plano doméstico e, finalmente, a cumprir as decisões emanadas da Corte Interamericana em todos os casos em que seja parte, nos termos dos artigos 1, 2 e 68.1 do referido tratado (RESENDE, 2013):

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, se 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 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdade mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Artigo 68

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo o caso em que forem partes.

Os dispositivos acima corporificam e traduzem, no âmbito do Sistema Interamericano, a obrigação geral de observar e implementar os tratados, isso que deriva de um princípio básico do direito internacional, o *pacta sunt servanda*. Expresso no Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tal princípio estabelece que todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé. Antes de ser violação da soberania jurídica de um Estado, tal princípio é condição para essa soberania (GUERRA, S., 2021).

Nesse sentido, o Estado brasileiro, como sujeito de direito internacional, é parte de um complexo sistema de deveres e direitos derivados das ordens jurídicas internacionais das quais é parte. No caso do Sistema Interamericano, essas obrigações são determinadas, de forma universal e abstrata, pelos tratados e convenções firmados e, de forma concreta e individual, pela condenação como infrator em processos internacionais perante a Corte Interamericana, por sentenças definitivas e inapeláveis.

No presente caso, observa-se a existência de uma sentença de mérito da Corte Interamericana que, reconhecendo a responsabilidade internacional do Brasil pelas violações de direitos humanos apontadas, condenou o país a uma série de medidas de reparação, satisfação, obrigação de investigar e garantia de não-repetição que guardam estreita relação com a matéria objeto da ADPF 635. Com efeito, dentre os pontos resolutivos adotados na referida sentença, destaca-se o seguinte:

O Estado deverá adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial, nos termos dos parágrafos 321 e 322 da presente Sentença. (CORTE IDH, 2017, par.369)

Os tribunais internos têm, no âmbito de suas competências, um papel fundamental no cumprimento ou implementação das sentenças da Corte Interamericana, já que devem velar pelo acatamento das disposições convencionais. A Corte Interamericana determinar o estado de cumprimento das medidas de reparação ordenadas em sua sentença não exclui que os tribunais constitucionais assumam esse importante papel (RESENDE, 2013).

Quanto ao objeto da obrigação imposta pelo controle de convencionalidade, ela pode consistir em: i) realizar uma “interpretação conforme” entre as leis nacionais e os padrões interamericanos de proteção dos direitos humanos (CORTE IDH, 2012); ii) deixar de aplicar normas que não possam ser interpretadas em conformidade com tais padrões, qualquer que sejam suas hierarquias; iii) utilizar os recursos legais existentes para garantir a adequação aos padrões interamericanos (CORTE IDH, 2008); e iv) utilizar o controle de convencionalidade para acatar as sentenças emitidas pela Corte Interamericana (CORTE IDH, 2013). Os padrões interamericanos que nortearam o julgamento da ADPF 635 no que tange à violência policial foram o dever de legalidade, absoluta necessidade e proporcionalidade no uso da força policial. A política de segurança do Estado do Rio de Janeiro, ao conferir legitimidade à atuação de uma das forças policiais mais letais do mundo, viola frontalmente esses princípios.

No que tange ao princípio da legalidade, a Corte estabeleceu que o uso da força deve visar objetivo legítimo e deve haver marco regulatório que contemple como agir nessa situação. Esse vínculo indissociável entre legalidade e legitimidade foi estabelecido, pela primeira vez, no caso *Nadège Dorzema e Outros vs. República Dominicana*, em que a Corte interpretou, como padrão de legalidade, o uso da força a ser dirigida para alcançar um objetivo legítimo. No caso *Montero Aranguren e Outros vs.*



Venezuela, de 2006, a Corte Interamericana impôs a um Estado, pela primeira vez, a obrigação de incorporar padrões internacionais sobre o uso da força à ordem normativa interna.

A Corte especificou que esse marco regulatório deve conter a especificação das circunstâncias em que agentes de segurança estão autorizados a portar armas de fogo; a indicação dos tipos de arma de fogo ou munições autorizadas; a garantia de que as armas de fogo sejam utilizadas apenas em circunstâncias apropriadas, de forma a reduzir o risco de danos desnecessários; a proibição do emprego de arma de fogo e munições que possam provocar lesões não desejadas ou que produzam risco injustificado; a regulamentação do controle, armazenamento e distribuição de armas de fogo; a especificação dos avisos de advertência que devem ser dados quando do uso da arma de fogo; o estabelecimento de um sistema de apresentação de relatórios, sempre que funcionários encarregados de fazer cumprir a lei recorram ao emprego de arma de fogo no desempenho de suas funções.

No que tange ao princípio da absoluta necessidade, o Sistema Interamericano estabeleceu que o uso da força pelo Estado se define pela excepcionalidade. Ele é o último recurso, limitado qualitativa e quantitativamente, a impedir um fato de maior gravidade a provocar reação estatal (CORTE IDH, 2011). Nesse sentido, decidiu que o princípio da absoluta necessidade somente admite medidas não proibidas pelo direito internacional, relevantes e proporcionais, e impõe o dever de que as forças de segurança verifiquem se há outros meios disponíveis, menos lesivos, para tutelar a vida e a integridade das pessoas ou da situação que se pretende proteger. Em outras palavras, somente se pode fazer uso da força ou de instrumentos de coerção quando se tenham esgotados e fracassados os demais meios de controle.

O princípio da proporcionalidade requer que a força policial seja empregada de acordo com o nível de resistência oferecida, gravidade da situação, intensidade e perigo da ameaça, sempre orientada para a redução

de danos ao mínimo possível. A Corte explicitou que esse princípio implica o equilíbrio entre a situação que enfrenta o funcionário e sua resposta, considerando o dano potencial que poderia ser causado. Há, portanto, elementos objetivos que permitem determinar se o uso da força por agente policial passa ou não no teste da proporcionalidade (CORTE IDH, 2014).

O nível da força utilizado deve estar de acordo com o nível de resistência oferecido. Assim, os agentes devem aplicar um critério de uso diferenciado e progressivo da força, determinando o grau de cooperação, resistência ou agressão por parte do sujeito sobre quem se pretende intervir e com ele, empregar táticas de negociação, controle do uso da força, segundo se faça adequado. (CORTE IDH, 2012, par.85)

O princípio da proporcionalidade está relacionado ao planejamento de medidas preventivas. Desse modo, ao submeter-se uma ação de uso de força ao exame da proporcionalidade, precisar ser observado se, com a implementação de meios menos lesivos, poderiam ser evitadas as consequências negativas, se existiu proporcionalidade entre o uso da força e o dano que buscava repelir. Só se poderá fazer uso da força ou de instrumentos de coerção quando estejam esgotados e tenham fracassado todos os demais meios de controle. Porém, não é essa lógica que orienta a atual política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro.

Não é condizente com os padrões interamericanos de proteção dos direitos humanos crianças mortas por balas perdidas na porta de suas casas, invadidas em sua privacidade e alvos de truculentas invasões e humilhações em seus domicílios, e comunidades inteiras vivendo sob um sentimento de terror e medo permanente, devido à violência imposta pelas mãos dos agentes do Estado. A violação a padrões de direitos humanos sobre o uso da força pelos agentes de segurança é evidente, mas há ainda outra mácula na política de segurança do Estado, que consiste em seu caráter discriminatório contra uma parcela majoritária da população, a população negra, pobre e periférica moradora das favelas do Estado do Rio de Janeiro.

Na jurisprudência da Corte, o princípio da igualdade e não discriminação, princípio básico e geral da proteção dos direitos humanos, dotado de caráter *jus cogens*, é formado por dois elementos indissociáveis, situados tanto no artigo 1º quanto no 24.

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 24. Igualdade Perante a Lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

A proibição de discriminação contra indivíduos e grupos específicos se impõe ainda não apenas às normas, mas também às políticas públicas e práticas de agentes do Estado. Isso porque o princípio da igualdade perante a lei e da não discriminação impregna toda atuação do poder do Estado em qualquer de suas manifestações e está relacionada com o respeito e a garantia dos direitos humanos, vinculando inclusive particulares. O Estado é responsável pelos atos discriminatórios que ocorrem em seus limites territoriais, praticados por quaisquer de seus Poderes ou terceiros que atuem sob sua tolerância, aquiescência ou negligência.

Enquanto o Artigo 1 da Convenção obriga os Estados, de modo geral, a respeitar e garantir, sem discriminação, os direitos nela reconhecidos, o Artigo 24 consagra um direito para cada indivíduo que, por sua vez, acarreta obrigações para o Estado de “respeitar e garantir o princípio da igualdade e de não discriminação na salvaguarda de outros direitos e em toda legislação interna que aprove”. (CORTE IDH, 2005, par.186)

Assim, o Artigo 24 institui um direito à igual proteção da lei. Isso significa que está proibida a discriminação de direito ou de fato, não apenas quanto aos direitos consagrados no dito tratado, mas também no que diz respeito a todas as leis que aprove o Estado e à sua aplicação. E sua extensão

é ampla: ela protege indivíduos e grupos da discriminação por motivos de gênero, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, situação econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição.

Especificamente sobre a discriminação racial e sua relação com a violência policial no Brasil, a Comissão Interamericana estabeleceu, no caso Wallace de Almeida, que, embora as leis não apresentem discriminação e se garanta, *prima facie*, uma aparente igualdade, na realidade dos fatos, a situação é outra. A orientação enviesada seguida pela polícia do Estado, consistente no emprego de violência desnecessária contra as pessoas submetidas a seus procedimentos, especialmente aqueles indivíduos residentes nas favelas ou zonas marginais. Esse modo de agir, em muitos casos, leva à morte do afetado.

A Comissão conclui que a mera igualdade formal com a edição de leis que garantem a todas as pessoas o igual tratamento pelos agentes do Estado é insuficiente e ineficaz quando a realidade demonstra que pessoas de grupos específicos são impedidas de usufruir plenamente todos os seus direitos.

Nesse contexto, a omissão de tomar medidas de ação afirmativa no sentido de reverter ou mudar situações discriminatórias, de jure ou de facto, em detrimento de determinado grupo de pessoas gera a responsabilidade internacional do Estado. Em outra ordem de ideias, embora as leis brasileiras não admitam a discriminação, garantindo-se *prima facie* uma aparente igualdade, na realidade dos fatos a situação é outra, pois o viés seguido pela polícia do Estado, segundo os estudos existentes, mostra a violência desnecessária com que são tratadas as pessoas submetidas a seus procedimentos, de modo especial os indivíduos com caracteres próprios da raça negra, residentes em zonas marginalizadas (favelas). Esse comportamento leva, em muitos casos, à morte da vítima. É por isso que a mera promulgação de leis sem qualquer efeito prático não garante o pleno gozo e exercício de direitos. A Corte tem decidido, como um critério jurisprudencial uniforme, que não basta a existência formal de disposições legais que garantam a igualdade, mas, sim, que estas sejam efetivas, isto é, que deem resultados ou respostas necessárias para a proteção dos direitos previstos na Convenção. (CIDH, 2009, par.147)

A situação no Rio de Janeiro é a de uma política de segurança pública que viola os direitos à vida, à dignidade, à segurança e à inviolabilidade do domicílio da população negra do Estado do Rio de Janeiro.

De acordo com informações de órgãos estatais, a violência policial representa um problema de direitos humanos no Brasil, em especial no Rio de Janeiro. Não há dados disponíveis sobre mortes ocorridas durante operações policiais nos anos 1994 e 1995. A partir de 1998, a Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro começou a compilar essas estatísticas. Em 1998, 397 pessoas morreram por ação da polícia nesse Estado; em 2007, a cifra chegou a 1.330. Em 2014, houve 584 vítimas letais de intervenções policiais e, em 2015, esse número aumentou para 645. Entre as vítimas fatais de violência policial, estima-se uma predominância de jovens, negros, pobres e desarmados. Segundo dados oficiais, “os homicídios são hoje a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos no Brasil, e atingem especialmente jovens negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos. Dados do SIM/Datasus do Ministério da Saúde mostram que mais da metade dos 56.337 mortos por homicídios, em 2012, no Brasil, eram jovens (30.072, equivalente a 53,37%), dos quais 77,0% negros (pretos e mulatos) e 93,30% do sexo masculino”. Na cidade do Rio de Janeiro, aproximadamente 65% das pessoas que morreram em 2015 são negras (negros e mulatos). No Estado do Rio de Janeiro, estudos mostram que a oportunidade de um jovem negro de morrer por ação da polícia é quase 2,5 vezes maior do que a de um jovem branco. (CORTE IDH, 2017, par.102)

Portanto, é verificável uma situação de violação do direito à igualdade e não discriminação, pois esse se produz também em situações e casos de discriminação indireta, refletida no impacto desproporcional de normas, ações, políticas ou outras medidas que, ainda quanto sejam ou pareçam neutras em sua formulação, ou tenham um alcance geral e não diferenciado, produzem efeitos negativos para certos grupos.

O uso excessivo e ilegítimo da força configura grave violação aos direitos humanos que essa força deveria, ao contrário, proteger. Por essa razão, nenhuma atividade do Estado pode fundar-se sobre o desprezo da dignidade humana (ROTHENBURG, 2013), sendo certo ainda que, no Estado de Direito, o poder não se pode exercer sem limite algum. O Estado não se pode valer de qualquer procedimento para alcançar seus objetivos, em sujeição do Direito e da moral. O poder do Estado não é ilimitado,

independentemente da gravidade de certas ações e da culpabilidade de seus autores.

A Convenção Americana, juntamente com outros tratados de direitos humanos, foi concebida e adotada com base na premissa de que os ordenamentos jurídicos internos devem se harmonizar com as disposições convencionais e não o contrário (SILVA; JUNIOR, 2015). Não se pode legitimamente esperar que as disposições convencionais se adaptem ou se subordinem às soluções de direito constitucional ou de direito público interno, que variam de país a país. A Convenção Americana, como outros tratados de direitos humanos, busca precisamente o oposto: aperfeiçoar o direito interno dos Estados partes com vistas a maximizar a proteção dos direitos reconhecidos, acarretando, sempre que necessário, a revisão ou revogação das leis nacionais.

O dever de legalidade, da absoluta necessidade, da proporcionalidade, e o princípio da igualdade e não discriminação não apenas são padrões interamericanos a serem seguidos quando se formula uma política de segurança pública, mas também são diretrizes que permitem a efetividade dos direitos humanos para uma população. Como visto no caso *Favela Nova Brasília v. Brasil* e na análise da violência policial no Rio de Janeiro, violações sistemáticas de direitos humanos continuam ocorrendo enquanto a inconveniência de uma política de segurança pública permanece legitimada pelo Poder Público.

Por tudo quanto se expôs, é fundamental que o Supremo Tribunal Federal realize, em toda sua extensão e profundidade, o controle de convencionalidade no exame das políticas e das normas do Estado do Rio Janeiro discutidas no âmbito da ADPF 635, adaptando a segurança pública fluminense aos padrões interamericanos de direitos humanos através do plano de redução da letalidade policial que o Estado do Rio de Janeiro está agora obrigado a criar, adequando assim o direito interno brasileiro à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## 5. Conclusão

O objetivo do presente artigo foi a de discutir as bases jurídicas que fundamentam o dever do Estado de executar internamente as sentenças da Corte e a obrigações dos tribunais brasileiros de aplicarem o controle de convencionalidade em casos concretos. Foi trazido para discussão a política de segurança pública fluminense, com maior atenção na chacina ocorrida na Favela Nova Brasília, essa que acarretou em uma condenação internacional do Estado brasileiro. A ADPF 635, nesse contexto, internalizou isso de forma ainda mais profunda, trazendo para o Supremo a discussão acerca do cumprimento de sentenças da Corte, assim como o dever dos tribunais nacionais de exercer o controle de convencionalidade internamente, motivo pelo qual este artigo analisou também o referido instrumento constitucional.

Por ter ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Brasil se vê obrigado a promover e proteger os direitos nela reconhecidos, existindo dentro dessas a obrigação de cumprir e implementar as sentenças da Corte. No entanto, o que se verifica, ademais das obrigações contraídas pelo Estado, é a ausência de um poder de coerção pela Corte Interamericana para implementar suas decisões, estando esse poder apenas com o Estado. Isso é visível quando se verifica que a Lei de Anistia ainda é vigente no ordenamento brasileiro, em claro contraste com a jurisprudência interamericana e o controle de convencionalidade.

Nesse contexto, ao se averiguar a política de segurança pública no Rio de Janeiro, nitidamente é percebido a inadequação com os padrões interamericanos de proteção dos direitos humanos, acarretando em uma inconvenção dessa política. A ADPF 635, especialmente no pedido para a criação de um plano de redução da letalidade policial, ao mesmo tempo executa um ponto resolutivo da sentença da Corte no caso Favela Nova Brasília, como também pelo controle de convencionalidade buscar adequar a segurança pública fluminense aos padrões interamericanos. Como dito pelo

Ministro Fachin em seu voto, “o objetivo desta arguição de descumprimento de preceito fundamental é o de promover o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, elaborando um plano para a redução da letalidade policial” (POMPEU, 2021).

O STF, ao fazer uso do poder coercitivo que possui, aproveitou um mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade para realizar a execução de uma sentença internacional e o uso do controle de convencionalidade. Cabe ao mesmo Supremo Tribunal continuar a internalizar o Direito Internacional dos Direitos Humanos em suas decisões, fazendo valer não somente as obrigações contraídas pelo Estado brasileiro, mas também a Constituição Federal, ao manter dessa forma a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que constitui a República Federativa do Brasil.

## Referências

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 2, 2013, p. 744.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Distrito Federal, 18 de agosto de 2020.
- CIDH. Informe No. 26/09. **Caso 12.440, Wallace de Almeida (Brasil)**, par. 147 e 148
- CORTE IDH. **Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014, par. 134.
- CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006.
- CORTE IDH. **Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.
- CORTE IDH. **Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentencia de 24 de noviembre de 2011.
- CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017.
- CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2021.
- CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.
- CORTE IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.



CORTE IDH. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

Corte IDH. **Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006.

Corte IDH. **Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana.** Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de outubro de 2012.

Corte IDH. **Caso Yatama Vs. Nicaragua.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.

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.

GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos Direitos humanos no âmbito da corte interamericana e o controle de convencionalidade. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 32 n. 2 (2012): jul./dez. 2012.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público.** Saraiva, 2021.

GUERRA, Sidney. O Controle de Convencionalidade. In: GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

HRW. **World Report 2021: Brazil | Human Rights Watch.** Disponível em <<https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/brazil>>. Acesso em 01 de setembro de 2021.

LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NEVES, Rafaela Teixeira Sena; ALVES, Verena Holanda Mendonça. Violência Policial e a Responsabilização Internacional do Brasil no Caso Favela Nova Brasília. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**, v. 5, n. 2, p. 51-70, 2019.

OEA: **Nossa História.** Disponível em: < [http://www.oas.org/pt/sobre/nossa\\_historia.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp) > Acesso em: 14 de setembro de 2021.

PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights.** Cambridge University Press, 2012.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de Direitos Humanos: Sistema Interamericano.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

POMPEU, Ana. Fachin vota para que RJ elabore plano de redução da letalidade policial em 90 dias. **JOTA.** Disponível em <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/fachin-vota-para-que-rj-elabore-plano-de-reducao-da-letalidade-policial-em-90-dias-21052021>>. Acesso em 01 de novembro de 2021.

RESENDE, Augusto. A Executividade das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **Revista de direito internacional**, v. 10, n. 2, p.226-236, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. **Revista Direito GV**, v. 9, p. 681-706, 2013.

SANTOS, Paulo Alves. Violência Policial no Brasil: uma análise a partir do Caso Favela Nova Brasília na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **INTER: Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**, v. 4, n. 1, p.194-297, 2021.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; JUNIOR, Bruno Wanderley. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de

interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, p. 612 - 629, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. São José da Costa Rica, 1996. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>> Acesso em: 22 de agosto de 2021.

Artigo recebido em: 03/10/2022.

Aceito para publicação em: 05/01/2023.

# Eutanásia: entre o tabu e a liberdade

## *Euthanasia: between taboo and freedom*

Lúcia Souza d'Aquino<sup>1</sup>

Gabriel Lobo da Silva<sup>2</sup>

**Resumo:** A palavra eutanásia significa boa morte ou morte sem dor, ou seja, consiste em uma morte mais piedosa, sem sofrimento (tanto físico quanto moral). O tema em questão é abordado no presente artigo com o intuito de analisar os diversos fatores envolvidos na eutanásia, como a sua conceituação, a visão da sociedade, visão filosófica, debates éticos, morais e bioéticos, e também os direitos fundamentais do ser humano no Brasil e em países onde a eutanásia é permitida. O método de pesquisa utilizado para o desenvolvimento do tema é o dialético e o método de abordagem é o histórico, fazendo junções de vários âmbitos em que a eutanásia se encontra, traçando evoluções históricas, origens, direito comparado e também o debate filosófico e jurídico acerca do tema, observando os motivos para que a eutanásia deixe de ser um tabu, principalmente no Brasil, haja vista que se trata de um direito fundamental, que é o direito à dignidade, e também se correlaciona com o direito à vida. O enfoque principal do trabalho é desmistificar a eutanásia e fazer com que esta seja associada principalmente com a dignidade humana e com um direito individual, também pautado na autonomia de cada indivíduo, pois se trata de algo pessoal e intrínseco. A vida e a morte são processos inevitáveis, porém, poder escolher como será a própria morte, sem que haja dor e sofrimento, é uma escolha que deve ser cada vez mais aceita em todo o mundo.

**Palavras-chave:** Morte. Dignidade. Autonomia. Eutanásia. Liberdade.

**Abstract:** The word euthanasia means good death or painless death; in other words, a more pitiful death, without suffering (physical or moral). This theme is approached in this article aiming angling the many factors involved in euthanasia, as its conceptualization, society's vision, philosophical vision, ethical debates, moral and bioethics, and the fundamental rights of the human being in Brazil and in countries where euthanasia is allowed. The research methodology used in the development of this theme is the dialectic and the approach method is the historical, bringing together many scopes where euthanasia is found, delineating historical evolution, origins, and observing the reasons so that euthanasia

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito pela UFRGS. Especialista em Direito Francês e Europeu dos Contratos pela Université de Savoie-Mont Blanc/UFRGS. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Vulnerabilidades no Novo Direito Privado". Professora Adjunta no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé da UFF. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da UFF. Professora da Pós-Graduação "Residência Jurídica em Resolução de Conflitos" do Departamento de Direito de Macaé da UFF. Mãe do Rafael e do Martim. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0838-3566>

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados. Pós-graduando em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Faculdade Única. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7468-8149>

is stopped being considered a taboo, mainly in Brazil, having in mind that it is a fundamental right, being it the right to dignity, and it also correlates with the right to life. This essay's focus is to demystify euthanasia and make it so that it gets associated mainly with human dignity and with an individual right, also based with the individual's autonomy, since it is something personal and intrinsic. Life and death are unavoidable processes but being able to choose how your own death is going to be, without pain and suffering, is a choice that must be increasingly accepted in the whole world.

**Keywords:** Death. Dignity. Autonomy. Euthanasia. Freedom.

## 1. Introdução

O objetivo do presente artigo é analisar os fatores presentes na eutanásia, como sua conceituação, a visão da sociedade sobre o assunto, o debate bioético acerca do tema, a visão religiosa e os direitos fundamentais do ser humano no Brasil e em países onde a eutanásia é permitida, assim como conceituar os procedimentos médicos que se associam com a eutanásia, bem como relacionar a forte rejeição pela permissão da eutanásia no Brasil com a religião fortemente presente no Estado. Além disso, pretende-se apontar os pontos positivos da prática da eutanásia, apresentar países que permitem a prática, bem como correlacionar filosofia e sociologia com as tomadas de decisão dos indivíduos e interpretar e abordar a Constituição Federal a respeito da morte digna.

O método de pesquisa utilizado para o desenvolvimento do tema é o dialético, pois há um diálogo de vários âmbitos até que haja a conclusão do tema, baseado nas discussões de cunho jurídico, sociológico, filosófico e religioso, trazendo debates relacionados à Constituição, às convicções de vida de cada indivíduo e à laicidade do Estado.

O método de abordagem é o histórico, fazendo uma análise da eutanásia desde os primórdios e analisando sua evolução ao longo do tempo e suas origens. O método observacional também foi usado, visando a apresentar as características do objeto de estudo e apontando os pontos essenciais e suas particularidades.

A eutanásia é um termo de origem grega que significa boa morte ou morte sem dor, ou seja, consiste numa morte mais piedosa, sem sofrimento físico ou moral. A morte é inevitável; no entanto, grande parte dos indivíduos preferem que esta seja rápida, sem dor e que não cause danos físicos ou morais ao próprio ser humano ou a sua família. Infelizmente, não é sempre assim que acontece.

Nos séculos XVI-XVII, o filósofo Francis Bacon discute questões de ordem médica sobre a eutanásia no contexto da sua filosofia natural. Na obra *De augmentis scientiarum* o autor expressa precisamente o conceito de eutanásia. A obra foi censurada e colocada no *Index Librorum Prohibitorum* (lista de publicações definidas como heresias pela igreja católica).

Influenciado pela corrente de pensamento da filosofia experimental dominante na época, Bacon sustentou a tese de que, nas enfermidades consideradas incuráveis, era absolutamente humano e necessário dar uma boa morte e abolir o sofrimento dos enfermos.

Apesar de não se tratar de um instituto atual, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não abordou a eutanásia de maneira eficaz, fazendo com que o tema seja ainda um tabu, e esbarrando muitas vezes em questões religiosas, já que o Estado e a sociedade são muito influenciados pela religião. Destaca-se que a Constituição Federal elenca em seu art. 5º, VI, o chamado princípio da laicidade, categorizando a União como um ente que, teoricamente, age de modo neutro. Porém, o que ocorre é exatamente o contrário, visto que desde a escrita da própria Carta Magna até a presença de uma bancada evangélica na Câmara dos Deputados denotam essa enorme influência exercida pela religião.

Muito para além das questões éticas, médicas e jurídicas, o debate sobre a eutanásia é um debate sobre direitos humanos, sobre liberdade e autonomia, sobre a vida. A evolução da ciência na área da medicina passou a interferir nas formas de tratamento dos pacientes em fase terminal. Tais

progressos exigem novas reflexões e estudos, especialmente por parte do direito e da medicina. Sabe-se que a eutanásia nunca foi um tema aceito para alguns setores da sociedade, principalmente aqueles mais conservadores.

O tema em debate precisa de muita atenção, visto que se rodeia de diversas tangentes de discussão, cabendo uma interpretação técnica ou subjetiva. Insta salientar que a eutanásia engloba aspectos como a autonomia do ser humano, questões filosóficas referentes ao modo de vida, questões jurídicas, médicas e bioéticas; portanto, a tendência é que nos próximos anos o assunto seja visto com mais amplitude e com mais transparência.

A Constituição brasileira assegura aos seus cidadãos o direito à vida digna, e a eutanásia tem em sua pauta o direito à morte digna, levando em conta as vontades do paciente em situação irreversível e de seus familiares. Há de se entender que algumas vezes o estar ou permanecer vivo pode se configurar em uma morte, já em vida, para algumas pessoas, que, uma vez acometidas de graves doenças ou quadros de saúde precária e irreversíveis, preferem cessar sua vida, pois não encontram mais prazer em viver.

Vale ressaltar que a eutanásia não deve ser confundida com o suicídio assistido. O que diferencia tais processos é quem executa o ato: no caso da eutanásia, o pedido é feito para um médico, já no suicídio assistido é o próprio paciente que realiza o ato, às vezes, com auxílio de um médico.

A morte voluntária é a mais bela. Nossa vida depende da vontade de outrem; nossa morte, da nossa. Em nenhuma coisa, mais do que nesta, temos liberdade para agir.

A vida é um direito, não uma obrigação, e por isso não é aceitável que sejamos forçados a estendê-la para além da nossa vontade. Cada pessoa deve ter o direito a viver de acordo com a sua visão do mundo. Em defesa da autonomia e da liberdade, ser autônomo significa também ser livre e

responsável pelas suas escolhas, o que, nas palavras de Stuart Mill, significa também ser livre para poder escolher quando e como morrer.

Neste âmbito, o que está em causa não é uma opção entre a vida e a morte, mas sabendo o doente qual o seu destino, uma escolha entre duas formas de morrer, isto é, a escolha entre uma morte livre e digna e uma morte agonizante decorrente da doença. Isso porque não podemos olhar a vida apenas de uma perspectiva meramente biológica, pois ela é muito mais do que isso. Está em constante construção. É o resultado das nossas experiências, das nossas escolhas e das nossas convicções.

Quando se vai contra a prática da Eutanásia, conseqüentemente está-se indo contra o direito de escolha do paciente que está em estado terminal. É direito de cada indivíduo decidir o que é bom ou ruim para a sua própria vida, e caso esteja em estado vegetativo, sua família tem o direito de decidir, caso a vontade do paciente já tenha sido expressa anteriormente.

## 2. Fundamentos permissivos e proibitivos da eutanásia

### 2.1. A eutanásia nas legislações internacionais e previsões brasileiras

A eutanásia é um direito legalmente previsto em alguns países, como a Holanda (art. 293 e 294 do Código Penal holandês<sup>3</sup>) e a Bélgica (artigo n.

---

<sup>3</sup> Art. 293 do Código Penal, § 2º: “O fato mencionado no § 1º não é punível, se ele for cometido por um médico que tenha cumprido as exigências de cuidado mencionadas no art. 2º da Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, tendo comunicado o ocorrido ao Instituto Médico Legal de acordo com o art. 7º, § 2º, da Lei de Entrega do Corpo” (Código Penal holandês, art.293, § 2º: “*Het in het eerste lid bedoelde feit is niet strafbaar, indien het is begaan door een arts die daarbij voldoet aan de zorgvuldigheidseisen, bedoeld in artikel 2 van de wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding en hiervan mededeling doet aan de gemeentelijke lijkschouwer overeenkomstig artikel 7, tweede lid, van de wet op de lijkbezorging*”);

Art. 294, § 2º, do Código Penal: “Quem, intencionalmente, ajudar outrem ou fornecer-lhe os meios para cometer suicídio, é, se ocorrer o suicídio, punido com pena de prisão de no máximo três anos ou pena de multa de quarta categoria. Deve-se levar em consideração o art. 293, §

93/2002 de 05 de junho de 2002<sup>4</sup>), nos casos de pacientes terminais ou portadores de doenças incuráveis que acarretam sofrimento físico e emocional para o paciente e seus familiares. É importante destacar que a eutanásia é um ato de vontade própria e individual do enfermo, quando em estado de plena consciência, que garante a este a escolha entre cessar seu sofrimento em vida ou continuar lutando. Este é o principal ponto da discussão sobre o direito de escolha individual à vida: a liberdade do sujeito que sofre em determinar se sua vivência é justificada seja pelas suas crenças, vontade individual, ou por simples compaixão por aqueles que seriam atingidos pela sua morte.

A prática da eutanásia, quer seja ativa ou passiva, é punida pela legislação penal brasileira em vigor de acordo com o dispositivo que trata do homicídio (art. 121 do Código Penal<sup>5</sup>). Pode ocorrer, todavia, em ambos os casos, diminuição da pena, tendo em vista o fato de ser possível classificar, em alguns casos, a conduta da eutanásia como espécie de homicídio privilegiado, cujo privilégio advém do relevante valor moral que, de certa forma, vem justificar a conduta do agente (art. 121, § 1º do Código Penal<sup>6</sup>).

As discussões sobre o tema na Holanda ocorrem desde 1973 com o chamado caso Postma. A médica Geertruida Postma, em 1973, foi julgada e condenada pela prática de eutanásia (que era considerada homicídio) contra

---

2º) (Código Penal holandês, art. 294, §2º: “*Hij die opzettelijk een ander bij zelfdoding behulpzaam is of hem de middelen daartoe verschaft, wordt, indien de zelfdoding volgt, gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie. Artikel 293, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing*”) (HOLANDA,1881).

<sup>4</sup> Art. 1º da Lei de Eutanásia: Esta lei regula uma matéria conforme referido no artigo 78 da Constituição. (Lei de Eutanásia, art. 1º: *Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet*); Art. 2º da Lei de Eutanásia: Para os fins desta lei, a eutanásia está incluída significa o ato deliberado de acabar com a vida por outro do que o titular dos dados, a seu pedido (Lei de Eutanásia, art. 2º: *Voor de toepassing van deze wet wordt onder euthanasie verstaan het opzettelijk levensbeeindigend handelen door een andere dan de betrokkene, op diens verzoek*). (BÉLGICA,2002).

<sup>5</sup> Art.121. Matar alguém. Pena – reclusão, de seis a vinte anos.(BRASIL, 1940).

<sup>6</sup> Art.121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (BRASIL,1940).



sua própria mãe, uma senhora doente que pedia que a filha lhe retirasse a vida. Após o caso Postma e as diversas manifestações públicas, a jurisprudência holandesa foi modificada e adaptada, estabelecendo critérios para a prática da eutanásia, já que ainda não havia legalização (CARVALHO, 2003, *apud* SOUZA, 2016). Assim permaneceu até 2001, quando o país finalmente legalizou a prática da eutanásia e do suicídio assistido.

[...] os novos critérios legais estabelecem que a eutanásia só pode ser realizada: Quando o paciente tiver uma doença incurável e estiver com dores insuportáveis. O paciente deve ter pedido, voluntariamente, para morrer. Depois que um segundo médico tiver emitido sua opinião sobre o caso. Com as devidas alterações ficou permitida, inclusive, a eutanásia em menores de idade, a partir dos 12 anos, mas entre 12 e 16 é imprescindível a autorização dos pais (SOUZA, 2016).

O termo “morte assistida” engloba tanto o conceito de eutanásia quanto o de suicídio assistido. Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suíça, Colômbia, Canadá e cinco estados dos Estados Unidos legalizaram a eutanásia e/ou o suicídio assistido, porém cada um desses países difere consideravelmente a respeito das práticas e leis. Recentemente, no dia 25 de junho de 2021, entrou em vigor a lei que autoriza a eutanásia e a morte assistida na Espanha (LEI..., 2021). No entanto, tais procedimentos só estão autorizados para pacientes espanhóis com doenças graves e incuráveis.

A Espanha, assim como os Países Baixos (Holanda, Luxemburgo e Bélgica) e o Canadá, aprovou por completo uma regulamentação para a eutanásia. Outro país ibérico que tentou a legalização a eutanásia é Portugal: o parlamento aprovou a legalização da medida, entretanto, por entender que os critérios de permissão eram vagos, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade da lei aprovada, fazendo com que esta não fosse sancionada.

Em abril de 2002, tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido foram regulamentados e deixaram de ser puníveis na Holanda, considerada a precursora da eutanásia, depois de mais de trinta anos de debate.

A Suíça é um dos países associados à prática da eutanásia, devido ao chamado “turismo da morte”; no entanto, essa prática é proibida e o suicídio assistido que é permitido, desde que não seja feito por motivos fúteis (BIELER, 2016).

Na Dinamarca, a eutanásia é condenada. Só em 1998 a legislação dinamarquesa transferiu para a família a possibilidade de interromper o tratamento em caso de incapacidade do paciente.

A Bélgica seguiu os passos da Holanda no mesmo ano, e a eutanásia foi legalizada no país em 2002. A lei não menciona o suicídio assistido porque os médicos não podem simplesmente prescrever medicamentos letais, mas precisam administrar esses medicamentos e acompanhar o paciente até o momento da morte. A legislação belga é considerada menos restritiva e até mesmo pessoas que não estão em estado terminal sofreram a eutanásia.

A eutanásia passiva é autorizada na Noruega a pedido de pacientes em estado terminal ou parentes inconscientes de pacientes. Na Hungria, os pacientes com doenças incuráveis podem recusar o tratamento, enquanto na Lituânia, como na Eslovênia, o tratamento de pacientes incuráveis pode ser interrompido. Na Letônia, não há processo contra médicos que se desconectam de pacientes em estado terminal para evitar sofrimento. (ESPANHA..., 2021)

Na Alemanha e na Áustria, a eutanásia passiva pode ser tolerada se o paciente desejar. Em fevereiro de 2020, o Tribunal Constitucional Alemão revisou a lei de 2015 que proíbe a assistência a médicos ou associações em suicídio “organizado”. Na Áustria, o Tribunal Constitucional decidiu em dezembro que, se o país considera o suicídio assistido um crime, o país violou a Lei Básica, razão pela qual exige que o governo legisle para revogar a proibição até 2021. Na Suécia, a única forma de implementar a eutanásia é a passiva; já no Reino Unido, a eutanásia é realizada de forma passiva desde 2002. (ESPANHA..., 2021)

A Austrália, em 1996, admitiu a eutanásia dentro de critérios que se

assemelham ao projeto de lei que o Brasil teve sobre o assunto. Os requisitos para a concessão da eutanásia eram: o paciente ser maior de 18 anos; ser portador de doença letal em fase terminal; ter diagnóstico e prognóstico confirmados por dois médicos; indisponibilidade de tratamentos para amenizar o sofrimento decorrente da patologia e afastada por psiquiatra a hipótese de depressão clínica tratável (GOLDIM, 1997). No entanto, já no ano seguinte, a lei foi revogada.

Uma vez que os estados membros dos Estados Unidos têm autonomia legislativa, a eutanásia é permitida em algumas regiões. Oregon foi o primeiro estado a legalizar o suicídio assistido em 1984 (GOLDIM, 1997). Nesse estado, todo paciente que é diagnosticado com doença terminal e solicita voluntariamente pode obter uma receita de remédio para acabar com sua vida.

Seguindo os passos do estado, Washington e Vermont também legalizaram o suicídio assistido. Na Califórnia, a aprovação foi concedida apenas depois que uma mulher em estado terminal com câncer no cérebro mudou-se para Oregon para suicídio assistido, porque na Califórnia esse comportamento não era permitido. Com toda a influência, o estado se tornou o quinto a concordar com essa abordagem.

Montana e Novo México não possuem leis específicas que autorizem a eutanásia, mas para alguns pacientes, isso pode ser resolvido no tribunal.

Na Colômbia ainda não há regulamentação, embora o Tribunal Constitucional tenha entendido como prática legal (CUNHA, 2016). Já o Uruguai é o primeiro país do mundo a estipular em seu Código Penal (Lei n. 9.914) que os juízes podem isentar de punição a eutanásia, desde que atendam a três condições básicas: tenha antecedentes honráveis; seja realizado por motivo piedoso e a vítima tenha feito reiteradas súplicas. (GOLDIM, 1997). O país concordou com essa abordagem, mas não a legalizou (DINIZ, 2018).

A Suprema Corte da Argentina reconheceu “o direito de todo paciente a decidir por sua morte digna” ao aprovar a vontade de uma pessoa para que

se suspendam as medidas que há 20 anos prolongavam artificialmente sua vida, embora o tribunal tenha esclarecido que não se trata de eutanásia. Na Argentina, embora não seja permitido o suicídio assistido, em 2012, foi aprovada por unanimidade no Senado a lei da “morte digna”, Lei n. 26.742, segundo a qual o paciente em fase terminal ou sua família possa interrompa o tratamento ou desligue os aparelhos que mantêm a sua vida. (ARGENTINA..., 2015)

No Brasil, existem iniciativas parlamentares de apoio à eutanásia e à oposição. O Senador Gilvam Borges apresentou o Projeto de Lei n. 125/1996 para liberar a prática da eutanásia em determinadas circunstâncias, e foi submetido à avaliação de uma comissão parlamentar em 1996, mas acabou rejeitado e arquivado por mais de três anos. Em sentido contrário, Osmanio Pereira propôs uma clara proibição da eutanásia no país, definindo-a como crime hediondo, mas a proposta também foi arquivada. (LIMA NETO, 2013)

É importante frisar que tramita o Projeto de Lei n. 236/2012, de autoria do Senador José Sarney, que visa à criação de um novo Código Penal Brasileiro, podendo trazer novidades em temas polêmicos, como por exemplo a eutanásia. Encontra-se a tipificação da prática da eutanásia no art. 122 do projeto como uma modalidade nova e independente de crime, diferente do crime de homicídio.

O Brasil é um país de forte influência religiosa, principalmente católica, e mesmo que na teoria o Estado deva ser laico, ainda é possível perceber forte domínio da religião na sociedade, principalmente em temas polêmicos.

## *2.2. Aspectos religiosos e filosóficos a respeito do tema*

Quanto ao viés religioso, o assunto da eutanásia gera debates e muitas críticas. Segundo Nogueira (1995), a perspectiva budista em relação à eutanásia é de que apesar de a vida ser um bem precioso, não é considerada

divina, pelo fato de que os seguidores não creem na existência de um ser supremo ou deus criador. Pelo fato de um dos pilares da religião ser o estado de consciência e paz no momento da morte, não existe uma forte oposição à eutanásia. Os budistas acreditam que a vida é curta e passageira, e a morte é inevitável, porque a missão espiritual é transcender; valorizam a paz de espírito e a honra da vida, tendo mais apreço pela qualidade de vida do que propriamente pela longevidade.

Já a posição islâmica, nos dizeres de Nogueira (1995), é que sendo a concepção da vida humana considerada sagrada, a eutanásia é criticada; no entanto, não se opõem à ortotanásia. O Islamismo possui a Declaração Islâmica dos Direitos Humanos, proclamada em 1981. Para a referida declaração, a vida é um dom divino, portanto inviolável, devendo todos os esforços serem empreendidos para mantê-la<sup>7</sup>.

O pensamento judaico em relação ao tema assinala que a tradição legal hebraica é contra, pelo fato de o médico servir como um meio de Deus para preservar a vida humana; no entanto, há um entendimento de que o prolongamento da vida do paciente é obrigatório, porém o prolongamento da agonia não é. Sendo assim, é possível suspender as manobras de prolongamento de vida e outros tipos de tratamentos mais arriscados. A tradição judaica enfrenta diretamente a morte, vendo o último período da doença e o morrer como o tempo em que o paciente deve ser encorajado, assistido e consolado (NOGUEIRA, 1995).

É dentro do cristianismo que se encontra o que seria o primeiro relato da eutanásia da história:

E a peleja se agravou contra Saul, e os flecheiros o alcançaram; e muito temeu por causa dos flecheiros.

Então disse Saul ao seu pajem de armas: Arranca a tua espada, e atravessa-me com ela, para que porventura não venham estes incircuncisos, e me atravessem e escarneçam de mim. Porém o seu

---

<sup>7</sup> I–Direito à Vida: a. A vida humana é sagrada e inviolável e todo esforço deverá ser feito para protegê-la. Em especial,ninguém será exposto a danos ou à morte, a não ser sob a autoridade da Lei. (DECLARAÇÃO...,1981)

pajem de armas não quis, porque temia muito; então Saul tomou a espada, e se lançou sobre ela.

Vendo, pois, o seu pajem de armas que Saul já era morto, também ele se lançou sobre a sua espada, e morreu com ele.

Assim faleceu Saul, e seus três filhos, e o seu pajem de armas, e também todos os seus homens morreram juntamente naquele dia. (BÍBLIA, Samuel 1: 31, 1-13).

O documento mais completo do cristianismo sobre a eutanásia é a Declaração Sobre a eutanásia da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé (1980). Segundo a Declaração entende-se por eutanásia “uma ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor. A eutanásia situa-se, portanto, no nível das intenções e no nível dos métodos empregados.” (PESSINI, 1999).

O II Concílio do Vaticano, por meio do Papa João Paulo II, condenou a eutanásia:

Nada nem ninguém pode autorizar a morte de um ser humano inocente, porém, diante de uma morte inevitável, apesar dos meios empregados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a alguns tratamentos que procurariam unicamente uma prolongação precária e penosa da existência, sem interromper, entretanto, as curas normais devidas ao enfermo em casos similares. Por isso, o médico não tem motivo de angústia, como se não houvesse prestado assistência a uma pessoa em perigo. (VATICANO, 1980)

Segundo Humphry e Wickett (2005, p. 379), a prática da eutanásia pode ser justificável de acordo com a autonomia individual; porém, é possível encontrar em escrituras hindus a proibição da interrupção da vida por piedade, pois segundo a religião, a alma deve sustentar os prazeres e dores no corpo.

De acordo com a doutrina Kardecista, a eutanásia interrompe a evolução do espírito, abreviando sua jornada na terra, razão pela qual seus seguidores são contrários à prática. Ela interrompe a depuração do espírito, uma vez que antecipa sua partida, provocando a desencarnação. Segundo Kardec (2013, p. 427), “é sempre culpado aquele que não aguarda o termo que Deus lhe marcou para a existência. E quem poderá estar certo de que, malgrado às aparências, esse termo tenha chegado; de que um socorro

inesperado não venha no último momento?”

Tânia Alves, Professora do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas (HC) da Faculdade de Medicina da USP (FMUSP) explica que, no Brasil, tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido são considerados crimes, e associa tal fato com a religiosidade:

Nos países essencialmente católicos, existe uma crença onde se diz que Deus determina o nascimento, a vida e a morte, e que uma pessoa não teria o direito de interromper esse fluxo natural. O que tem sido levantado é que o paciente pode escolher, sim. A outra barreira é o medo de que, se os métodos forem autorizados, houvesse muitas solicitações que resultassem em abusos ou mau uso dos procedimentos. (RELIGIÃO..., 2020)

Quanto à sua origem, a eutanásia é um fenômeno bastante antigo. Nas sociedades antigas já era comum sua prática. O que regia os povos eram suas crenças e seus costumes e não nenhum tipo de código, com normas tipificadas. Vários povos tinham a prática de os filhos matarem os pais quando estes estivessem velhos, e, também, de que crianças com anomalias fossem sacrificadas. Em Atenas, o Senado tinha o poder de definir sobre a morte dos velhos e incuráveis por envenenamento. O motivo de tal ato era que essas pessoas não contribuíam para a economia, apenas davam despesas ao governo. Em Esparta, recém-nascidos eram jogados de um precipício se nascessem deformados. Durante a Idade Média, guerreiros feridos em batalhas recebiam um punhal para que tirassem a própria vida, e assim se livrassem da dor e do sofrimento.

A discussão sobre o uso da eutanásia vem desde a Grécia Antiga, daí a origem etimológica do termo: *eu + thanatos* significa boa morte ou morte sem dor. Por outro escopo, eutanásia também significa “morte fácil e sem dor”, “morte boa e honrosa”, “alívio da dor”. Em sentido geral, a eutanásia é uma interferência na vida, é o ato de provocar a morte por compaixão em um doente incurável ou em estado terminal, com uma morte serena para acabar com o sofrimento intenso. Não se aplicará jamais a eutanásia em alguém que se encontra em pleno gozo de saúde, não importando se é jovem ou idoso.

Na Grécia antiga, aparecem discussões sobre os valores culturais, sociais e religiosos envolvidos no assunto da eutanásia. Como exemplo, Sócrates, Platão e Epicuro entendiam que o sofrimento causado por uma doença dolorosa poderia justificar o suicídio. Aristóteles, Pitágoras e Hipócrates, por sua vez, não aceitavam a ideia de suicídio.

Nesse mesmo período, em Marselha, existia um depósito público que armazenava um material tóxico denominado cicuta, à disposição de quem quisesse pôr fim a sua vida (GOLDIM, 2000). Silva (2011) afirma que “[...] os feridos de guerra na Idade Média que não eram capazes de desempenhar suas funções eram mortos, também eram mortas pessoas que contraíam doenças graves ou epidemias.”

Camargo e Marchezan (2014) afirmam que a prática da eutanásia era bastante aceita no passado, tendo em vista os registros da história que comprovam o seu uso. Com o passar do tempo, porém, esse instituto foi condenado e principalmente criticado por certas religiões, como o judaísmo e o cristianismo, que adotam como princípio primordial o sagrado direito de viver.

Assim como o aborto, por exemplo, a eutanásia vem cada vez mais ganhando destaque nas discussões, ao passo que as pessoas vão tendo mais informações e se desprendendo de algumas falsas premissas sobre o tema. Fato é que o debate não vai se encerrar tão cedo, principalmente pelos motivos já citados, e por tudo que engloba, como filosofia, religião, saúde, direitos, etc.

Sob quaisquer aspectos que a eutanásia é analisada, o tema é um dos mais polêmicos, controversos e delicados da história, principalmente em território brasileiro. As possibilidades surgidas com a evolução da medicina e da tecnologia aumentaram as chances de alongar a vida. Porém, existem casos em que uma doença está em um estágio tão avançado que uma pessoa é mantida viva apenas pelo funcionamento de aparelhos. Esse tipo de tratamento busca dar ao paciente, em termos quantitativos, mais vida, mas nem sempre a qualidade da vida é levada em consideração.



O termo "eutanásia" foi utilizado no século XVII, em 1623, pelo filósofo Francis Bacon em sua obra "*Historia vitae et mortis*", para designar o tratamento adequado de doenças incuráveis. Influenciado pela corrente de pensamento da filosofia experimental dominante na época, Bacon sustentou a tese de que, nas enfermidades consideradas incuráveis, era absolutamente humano e necessário dar uma boa morte e abolir o sofrimento dos enfermos.

Grande parte dos filósofos diz que a autonomia e liberdade de escolha implicam sobre a posse da vida. Locke e Kant opõem-se ao direito de suicídio, e “rejeitaram a ideia de que nossas vidas são bens para dispor como nos agradar”. Para Kant, o respeito pela autonomia implica em deveres para si mesmo, em tratar a humanidade como um fim em si mesma, segundo ele, “o homicídio é errado, porque usa a vítima como um meio e não a respeita como um fim, mas o mesmo pode ser verdade do suicídio”. (CUNHA, 2014)

Sandel (1997) defende que a pessoa pode dispor de seu próprio corpo como bem entender, de certo modo, indo contra o a coerção da lei para a abordagem de convicções morais da maioria. Para o autor, os libertários são contra as leis que protegem as pessoas contra si mesmas, e de acordo com essa premissa, a eutanásia seria permitida, bastando que haja o consentimento do paciente. Afinal, segundo essa visão filosófica, o ser humano é capaz de fazer suas escolhas e de decidir seus atos, pois a vida é um bem pertencente a ele mesmo. Para os libertários, leis proibitivas de suicídio assistido e eutanásia são injustas pelo fato de que a vida pertence à própria pessoa, que deve ser livre para desistir dela e, sendo feito acordo voluntário, o Estado não tem direito de interferir.

Sarlet (2007) leciona que a ideia de dignidade da pessoa humana é intrínseca ao pensamento e ideário clássico do cristão Immanuel Kant. Filósofo iluminista, acreditava na razão, que emanava os homens, e buscava seu fundamento na ciência. Kant ainda argumentava que a moral se fundamenta no respeito às pessoas como fim em si mesmas e associava justiça e moralidade à liberdade. Ao afirmar que a moralidade não deve ser baseada

em considerações empíricas, interesses, vontades, desejos, Kant dizia que alicerçar a moralidade em interesses aniquila sua dignidade, e para ele, autonomia que diferencia as pessoas de coisas e o valor moral não consiste nas consequências, mas na intenção da ação, além disso, ainda conclui que o valor do caráter não consiste em fazer o bem por inclinação, e sim por dever.

Kant defende uma teoria de justiça pautada no contrato social. Para ele, uma Constituição justa consegue manter em sintonia a liberdade individual e a liberdade coletiva, sem que um indivíduo infrinja e atrapalhe a felicidade de outros ao seu redor. E esse ponto de vista também vale para o entendimento dele quanto as leis, que em sua opinião deveriam ser criadas para uma grande parcela da sociedade, e não em benefício apenas de uma pessoa. Portanto, depreende-se que Kant não concorda com a eutanásia, alegando que esta seria imoral, pois segundo ele é um atentado contra a própria vida, e manter-se vivo deve ser visto como um dever.

Muitos filósofos apresentam argumentos a favor da permissibilidade moral de alguns tipos de eutanásia, por exemplo, os utilitaristas Peter Singer, Helga Kuhse e James Rachels. Os tipos de eutanásia que mais ganharam aceitação nas discussões acerca da sua permissibilidade são a voluntária ativa e passiva e a não voluntária passiva. A voluntária ativa diz respeito à defesa da autonomia dos indivíduos com doenças incuráveis que sofrem com dores físicas e psicológicas permanentes e solicitam de maneira livre e esclarecida a morte. Segundo o viés utilitarista hedonista de Mill, este tipo de eutanásia é moralmente permissível, pois consiste em adiantar a morte de forma ativa de indivíduos incapazes de dar seu consentimento.

Kuhse (2006) acredita que é aceitável matar em casos como de indivíduos que solicitam assistência para pôr fim à vida porque possuem alguma doença degenerativa avançada, como a Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA), que os impede de fazê-lo por conta própria. Deixar os indivíduos morrerem por conta própria ocasiona mais sofrimento e dor. A situação que Kuhse aborda é que, independentemente do método, a intenção é pôr fim à

vida do paciente, e com isso ela considera que não há uma diferença moral, e sim uma diferença qualitativa que torna um método melhor do que o outro dependendo do caso e quadro clínico que o paciente se encontra.

Para Rachels (2006), não há diferença entre a eutanásia passiva e ativa, na questão moral, pois tanto em uma quanto na outra, as razões para permitir a morte do paciente podem ser humanitárias. Ou seja, a posição moral do médico é a mesma. Assim que se decide pela eutanásia, faz-se porque se constata que a morte não é pior do que a existência do próprio paciente; então, deixá-lo morrer ou matá-lo é moralmente permissível nas mesmas proporções, a diferença é que a eutanásia ativa não leva ao sofrimento do indivíduo.

De acordo com Mill, “o prazer e a imunidade à dor são as únicas coisas desejáveis como fins, e que todas as coisas desejáveis [...] são desejáveis quer pelo prazer inerente a elas mesmas, quer como meios para alcançar o prazer e evitar a dor” (MILL, 2000, p. 187). Ele ainda acrescenta que “os utilitaristas reconheceram a superioridade dos prazeres mentais sobre os corpóreos principalmente pela maior permanência, maior segurança, pelo menor custo, etc. [...] por usar vantagens circunstanciais” (MILL, 2000, p. 188)

O aspecto psicológico da eutanásia também dialoga com os aspectos sociológicos e filosóficos, principalmente tratando-se do consentimento do paciente e dos familiares quanto à morte, pois essa decisão é tomada em meio a uma condição de sofrimento, podendo alterar a forma de pensar do indivíduo. A decisão deve ser pensada e revisada até que se encontre o caminho que parece melhor para o paciente, e deve ser tomada após longa análise, afinal, trata-se de uma escolha que é permanente.

Dworkin (2007) tem em sua filosofia críticas ao positivismo e ao utilitarismo. Ao contrário dessas teorias, ele defende os direitos naturais e os direitos individuais, mas distancia seus pensamentos dos teóricos mais antigos por se basear em uma metafísica empírica, valendo-se da mesma ideia dos utilitaristas: a do alvo coletivo da comunidade. Para ele, os direitos

individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.

Para ele, o direito é interpretativo. O juiz deve decidir o que é o direito interpretando a lei no contexto do caso concreto e com base na moralidade, para desenvolver uma teoria de interpretação construtivista, na qual são interpretadas as causas e os propósitos, afastando-se da teoria positivista, que tem como ponto principal a primazia das normas perante os atos isolados dos indivíduos. A interpretação construtiva é uma questão de colocar um propósito a um objeto ou prática com a finalidade de produzir o melhor exemplo possível de forma abrangente para que todos se sintam representados.

Dworkin (2007) pretende eliminar as lacunas do direito por meio dos princípios e ao abordar os temas do aborto e da eutanásia retoma a ideia sobre a interpretação do direito e do direito como integridade em sua obra “Domínio da vida”. A Constituição, para ele, é interpretada de acordo com “as expectativas muito específicas e concretas dos estadistas particulares que as redigiram e votaram por elas”. Segundo ele, essa forma de interpretação é ultrapassada e não passa de um amontoado de regras e normas. Já a Constituição de princípios, defendida por Dworkin, pressupõe uma interpretação de suas ordens como abstratas, prezando pela liberdade e igualdade.

### **3. Bioética e a dignidade na morte**

#### *3.1. Apontamentos de bioética e biodireito sobre a eutanásia*

O Biodireito é o conjunto de leis positivas que visam a estabelecer a

obrigatoriedade de observância dos mandamentos bioéticos, e, ao mesmo tempo, é a discussão sobre a adequação; sobre a necessidade de ampliação ou restrição desta legislação (FIIRST, 2007). Entende-se que o Biodireito é aplicação jurídica aos fatos relacionados com ligação direta a vida e direitos fundamentais da pessoa humana.

O Biodireito pode ser definido como novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre bioética e o direito. É o ramo do direito público que se associa a bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados a medicina e a biotecnologia, peculiaridades relacionadas ao corpo a dignidade da pessoa humana. O Biodireito associa-se principalmente ao universo de cinco matérias: Bioéticas, Direito civil, Direito penal, Direito ambiental e Direito constitucional. Compreende, portanto o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição dos abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana. (MALUF, 2013 p. 17).

Bioética, por sua vez, é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera, portanto, questões onde não existe consenso moral, como a eutanásia. Ambos os assuntos, assim, são cruciais para o debate a respeito do tema.

A eutanásia é definida como a conduta pela qual se traz a um paciente em estado terminal, ou portador de enfermidade incurável que esteja em sofrimento constante, uma morte rápida e sem dor.

Segundo as observações de Junges (1999, p. 183), diante das situações distanásicas, deve-se afirmar que não é necessário fazer, sempre e todas as circunstâncias, o máximo para conservar a vida de alguém, pois a existência meramente biológica não significa necessariamente vida humana, não é preciso usar meios desproporcionais para prolongar a vida de quem já não tem esperança de recuperação; existem situações em que a melhor atitude ética é deixar o paciente morrer, sem intervir para prolongar a vida.

Portanto, é eticamente permitido ao profissional desligar, com o

consentimento dos familiares, os aparelhos que conservam a vida biológica de quem já tem morte cerebral comprovada ou ao paciente negar-se a ser submetido a procedimentos médicos desproporcionais aos resultados esperados em situações de doença terminal.

A eutanásia representa uma complexa questão de bioética e biodireito, pois o Estado tem como princípio a proteção da vida dos seus cidadãos; no entanto, existem aqueles que, devido ao seu estado precário de saúde, desejam dar um fim ao seu sofrimento, antecipando a morte.

Há considerações relevantes sobre os procedimentos e suas peculiaridades apontadas por Wooddell e Kaplan (1997-1998): a eutanásia ativa é a ação que causa ou acelera a morte. Eutanásia passiva é entendida como a retirada dos procedimentos que prolongam a vida, desde que ocorra diante de caso irreversível, também chamada de ortotanásia. Eutanásia voluntária é a ação que causa a morte quando há pedido explícito do paciente; já a eutanásia involuntária é ação que leva à morte sem consentimento explícito do paciente. É executada em decorrência de pedidos dos familiares; e o suicídio assistido ocorre quando há ajuda de terceiro para a realização do suicídio, a pedido do paciente.

A ortotanásia, também conhecida como eutanásia passiva, refere-se à omissão voluntária do médico em aplicar ou interromper meios terapêuticos extraordinários ao paciente diagnosticado com alguma doença incurável e que sofre terrivelmente. Na ortotanásia o médico não age, apenas deixa de prolongar, por meios artificiais, uma vida que se mostra irrecuperável.

A distanásia pode ser considerada o oposto da ortotanásia, pois consiste em empregar todos os meios possíveis, mesmo que sem certeza de eficácia, fazendo com que o doente terminal tenha sua vida prolongada, encontrando-se em agonia e sem perspectiva de melhora no quadro clínico. Falar em distanásia é desconsiderar os limites dos tratamentos fúteis ou inúteis à saúde do paciente em fase terminal sob a defesa dos princípios bioéticos da beneficência (fazer o bem), da autonomia (respeito pela autonomia do

paciente) e de justiça (equidade na distribuição de bens e benefícios).

O suicídio assistido não deve ser confundido com a eutanásia, pois acontece quando uma pessoa que não consegue concretizar sozinha sua intenção de morrer solicita o auxílio de um outro indivíduo. O suicídio assistido difere da eutanásia pelo fato de não ter como motivo alguma doença terminal ou irreversível, e sim, somente a vontade do indivíduo que deseja colocar um fim em sua vida.

A eutanásia é também um problema médico, que envolve temas centrais da dor humana, da incurabilidade da doença ou da inevitabilidade da morte, exigindo a necessidade da certeza do diagnóstico.

A questão da dor é bastante questionada por aqueles que são contrários à eutanásia, pois a dor é um fato psicológico eminentemente subjetivo. Para a medicina a vida é o maior bem que o ser humano pode ter, portanto da perspectiva da ética médica, tendo em conta o juramento de Hipócrates, a eutanásia é considerada homicídio. Cabe ao médico cumprir de forma integral o juramento hipocrático, ou seja, assistir o paciente, fornecendo-lhe todo e qualquer meio necessário à sua subsistência.

A bioética e o biodireito são peças fundamentais ligadas a eutanásia, pois seus princípios e fontes norteadoras dialogam com a prática de tal procedimento e com os direitos, agentes e causas relacionadas às escolhas dos pacientes. Os princípios da bioética e do biodireito estão presentes na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – DUBDH, mecanismo que permite a cada país que a adotou combine as regras da Declaração com as próprias leis e com as normas internacionais. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA, 2005)

A dignidade humana é definida por Sarlet (2001) como a razão pela qual o ser humano se torna digno de respeito da comunidade ao qual se está posto ou de Estado. Débora Diniz (2005) entende que o Direito não pode evitar os questionamentos da medicina, fazendo-se necessário o uso da disciplina do

Biodireito, em que esse estudo jurídico possui respaldo em fundamentos da bioética e a biogenética, tendo a vida como um bem essencial, e trazendo em seus princípios que a ciência não poderá defender crimes contra a dignidade humana.

### *3.2. Eutanásia como direito a uma morte digna e exercício de liberdade e autonomia*

O princípio da autonomia postula que o médico deve respeitar a vontade do paciente ou do seu representante, assim como seus valores morais e crenças. Como observa Kant (1978, p. 70-71), a autonomia da vontade é a constituição da vontade, onde o indivíduo coloca seus anseios como algo primordial, independente de seus motivos pessoais.

Barroso (2010) considera que “a dignidade da pessoa humana se tornou, nos últimos anos, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em vários documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais”. Portanto, é imprescindível ao indivíduo que utilize da vontade e da autodeterminação para qualquer tipo de escolha de sua própria vida. Essa afirmação, baseada pelo princípio da dignidade humana, também é usada no contexto da eutanásia.

As postulações atuais do biodireito e da bioética apontam para a necessidade de uma valorização do consentimento. “Neste caso, a legitimação ou não do ato não deve ser buscada pela via do direito à vida, mas sim pela do direito à liberdade de consciência” (GRACIA, 2010, p. 450). Seguindo o princípio da autonomia, à dignidade da pessoa humana e a manifestação da vontade, é necessário que os outros se conscientizem de que cada um tem seus próprios interesses críticos, cada pessoa é dotada de um padrão moral que lhe é próprio. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 3). Impedir que a morte se concretize de acordo com os anseios da pessoa que almeja sua terminalidade é uma violação proporcional à ação que retira a vida daquele que deseja viver.



De acordo com Teixeira (2010), a autonomia da vontade caracteriza-se pelo poder da vontade atribuído ao indivíduo no marco político do Estado Liberal, que deixava a cargo dos indivíduos decidirem as próprias vidas no que tange à liberdade contratual, já que o maior valor social à época era o patrimônio, em razão da sociedade burguesa que dominava a cena. Já autonomia privada “é o poder que nós, particulares, temos, de regular juridicamente as nossas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos.” (TEIXEIRA, 2010, p. 87).

Para Maria Celina Bodin de Moraes (2006), o princípio da dignidade da pessoa humana seria o princípio fulcral que abrangeria outros quatro princípios: o princípio da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. E com esses quatro princípios citados, é mais fácil de associar o princípio da dignidade com a eutanásia, haja vista que é preciso liberdade e autonomia para que o paciente possa fazer suas escolhas, assim como normalmente os casos passam pela questão da integridade psicofísica individual, da igualdade entre todos os pacientes e também da solidariedade em realizar um anseio do paciente ou da família, em torno de algo tão complexo, que é a vida.

Para o Direito, a morte se dá com o fim da personalidade civil, bem como com o fim da existência da pessoa natural, conforme elencado no artigo 6º do Código Civil<sup>8</sup>. Portanto, entende-se que a compreensão da morte pela lei, de um ponto de vista mais pragmático, equivale àquela adotada pela medicina, ou seja, com o fim das atividades neurais, ocorre também o fim da vida jurídica e biológica. O elemento morte é um evento inevitável. Portanto, a dignidade da pessoa deve prevalecer em todos os momentos da vida, mesmo quando ela está à beira da morte, pois a dignidade é uma garantia fundamental da Carta Magna. Além de uma vida digna, existe também a necessidade de garantir uma morte digna, proporcionando um momento

---

<sup>8</sup> Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva (BRASIL, 2002).

terminal com dignidade, respeitando suas escolhas, pois cabe às pessoas escolherem o fim do sofrimento e uma “boa morte”.

Uma morte digna deve ser analisada para além do seu conceito jurídico, uma vez que a justiça, acima de tudo, visa a manter os aspectos morais e éticos do ser humano, libertando-o da injustiça, do sofrimento, da dor e até mesmo da vida em condições desfavorecidas. A vida não é suficiente se não for digna.

Na maioria das doenças que se desenvolvem lentamente no corpo humano, o tratamento às vezes é demorado e geralmente está associado a sofrimento e dor. Esse é o argumento de quem reivindica o direito de morrer com dignidade. A morte desejada é uma morte rápida, sem dor, de preferência durante o sono, sem consciência, uma morte que nem se percebe. A morte sem dignidade é o que todos temem, ou seja, uma morte lenta e progressiva. Do exposto, pode-se ver que a eutanásia pode muitas vezes garantir o fim da indignidade da vida por meio de uma morte rápida e sem sofrimento.

A vida abarca proteção constitucional, contendo direitos e deveres, assim como resguarda princípios, tais como liberdade e igualdade. Uma vivência digna e em paz é um estado de necessidade que todos devem ter como condições básicas às pessoas elencadas, explícito no texto constitucional em seu artigo 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)

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, acredita-se que a pessoa deve gozar de uma vida digna, garantindo, por meio de todos os direitos fundamentais, as condições para a obtenção de uma vida livre e satisfatória, para que quando o homem não o seja possa deixar de usufruir desses direitos que o Estado tem o dever de lhes oferecer durante sua vida saudável, deve, portanto, dar-lhes a condição de optar por uma morte digna.

No que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo

Sarlet (2001) afirma que como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui um valor orientador não só dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico. Portanto, em um primeiro momento, é possível observar a imensa importância deste princípio, que atua como parâmetro para a solução de controvérsias, e também como base para a aplicação e interpretação de todo o ordenamento jurídico complementando a dignidade da pessoa humana como sendo:

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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

Segundo Celso Ribeiro Bastos (2010), o princípio da dignidade humana tem como premissa que o Estado se constrói sob a noção da dignidade da pessoa humana, o que indica que uma de suas finalidades é proporcionar condições para que as pessoas possuam a vida digna; porém, a tarefa de dar dignidade à vida é pessoal, e o Estado só pode facilitar essa tarefa ao ampliar as possibilidades existenciais de exercício da liberdade. A Constituição não impõe um dever à vida e a proibição constante do Código Penal Brasileiro contraria a liberdade da pessoa e, acima de tudo, sua dignidade.

Como assevera Pogrebinski (1998), uma forma de proteção para uma vida digna que pode ser fornecida a nós por meio do direito penal é a permissão para a eutanásia, uma forma de interromper a vida de doentes terminais ou incuráveis. Seria uma forma de interromper uma vida, sim, mas talvez uma vida indigna.

É como também se posiciona Dworkin (2003), para o qual dentre todas as decisões tomadas por alguém, as que dizem respeito à vida e à morte são as mais importantes e cruciais para a formação e expressão da personalidade, portanto, qualquer que seja nosso ponto de vista sobre o aborto e a eutanásia,

queremos ter o direito de decidir por nós mesmos, razão pela qual deveríamos estar sempre dispostos a insistir em que qualquer Constituição honorável, qualquer Constituição verdadeiramente centrada em princípios, possa garantir esse direito a todos.

Portanto, diante desse contexto, seria possível falar em direito à morte digna como direito fundamental, decorrente do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Van Holthe (2007), a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental e, como tal, deve ser harmonizada com os demais princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto, mas deve ser necessariamente relativizado e submetido a um julgamento que deve ser considerado no caso concreto.

O valor de uma vida dolorosamente longa é irrelevante diante de uma eternidade de satisfação e, portanto, é ilógico manter uma vida que não tem perspectiva de recuperação, mas apenas dor e sofrimento para alguém que já se entregou a si mesmo. As despesas da agradável vida eterna que o sujeito acredita ser verdade.

Conforme Coelho (2000), “negar a Eutanásia a um paciente em fase terminal, é o mesmo que furtar-lhe a liberdade. Não haveria um delito a ser punido, mas sim, um alívio na angústia e no sofrimento, afinal, a vida é um direito de todos e não uma obrigação.”

Assim, o posicionamento com relação à eutanásia, é, portanto, que seja concedido o direito à morte digna, em obediência à nossa Constituição Federal que preconiza pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela autonomia de vontade do paciente, mas com a ressalva de que deve haver aprimoramento das leis e dos conceitos concernentes aos direitos do paciente.

Por fim, se mostra fundamental a regulamentação jurídica adequada. É importante encarar essa temática sempre tendo como guia os princípios e fundamentos da bioética e o Estado Democrático de Direito, objetivando e ponderando, a todo o tempo, o respeito à autonomia de vontade do paciente e

a dignidade da pessoa humana.

### 3. Considerações finais

O tema da eutanásia, apesar de antigo, gera discussões e dúvidas até hoje, possuindo grande relevância em termos de criação de jurisprudência nas cortes e tribunais de todo o mundo. O direito é um instrumento societário, propenso a adaptações. Isso posto, essa temática permanece interminavelmente livre para discussões e opiniões.

Vale ressaltar que o direito de morrer dignamente ainda tem uma complexidade extrema, não só no Brasil, mas em grande parte dos países que se comprometem a encará-la. O Brasil não possui norma que comporte, ou preveja, um tipo penal eutanásico próprio. No entanto, o ordenamento jurídico referiu institutos que, de alguma maneira, poderiam ser usados para punir essa prática, especialmente com relação à eutanásia passiva, a qual tem pena diminuída.

É de suma importância diferenciar alguns conceitos. A eutanásia ativa é a ação que causa ou acelera a morte. Eutanásia passiva é entendida como a retirada dos procedimentos que prolongam a vida, desde que ocorre diante de caso irreversível, também chamada de ortotanásia. Eutanásia voluntária é a ação que causa a morte quando há pedido explícito do paciente; já a eutanásia involuntária é ação que leva à morte, sem consentimento explícito do paciente. É executada decorrente de pedidos dos familiares; e o suicídio assistido ocorre quando há ajuda de terceiro para a realização do suicídio, a pedido do paciente

A eutanásia abrange questões morais, éticas, jurídicas, filosóficas e religiosas. Trata-se principalmente da dignidade humana, pois tal procedimento busca valorizar ao máximo o ser humano diante de sua morte, fazendo com que se morra dignamente. Na visão da maioria das religiões, a

eutanásia é uma prática condenável, e é possível associar a influência desta na sociedade, fazendo com que muitos indivíduos sejam contra a eutanásia pautados em suas crenças religiosas.

O debate filosófico e bioético também é de extrema importância, a Bioética uma etapa que antecede o Biodireito e tem como função a proteção dos direitos fundamentais. Já o princípio da autonomia postula que o médico deve respeitar a vontade do paciente ou do seu representante, assim como seus valores morais e crenças, fazendo uma ligação com os direitos fundamentais.

Fica explícito que a eutanásia tem como finalidade livrar o paciente de dores físicas e emocionais e tem seu fundamento num ato de compaixão pelo sofrimento que outro está submetido, e neste diapasão, vida e morte são nuances de uma mesma realidade.

Portanto, o princípio da dignidade é o princípio norteador da eutanásia e ponto fulcral deste presente trabalho. A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Afinal, para que o direito à vida seja respeitado, este deve estar em consonância com a dignidade.

## Referências

ARGENTINA aprova direito de decisão por “morte digna”. **Exame**, 07 jul. 2015. Disponível em: <https://exame.com/mundo/suprema-corte-argentina-aprova-direito-de-paciente-a-decidir-por-morte-digna/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

BACON, Francis. **Historia vitae et mortis**. 1623.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. 2010. Versão provisória para debate público. Disponível em: [https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em: 07 out. 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros,

2010.

BÉLGICA. **Lei n. 93, de 28 de maio de 2002.** Disponível em: [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article\\_body.pl?language=nl&pub\\_date=2002-06-22&numac=2002009590&caller=summary](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=nl&pub_date=2002-06-22&numac=2002009590&caller=summary). Acesso em: 16 nov. 2021

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional.** São Paulo: Manole, 2005

BIELER, Larissa M. A Suíça como paraíso do suicídio. **Swiss Info**, 11 jul. 2016. Disponível em: [https://www.swissinfo.ch/por/editorial\\_debate-sobre-suic%C3%ADdio-assistido-a-su%C3%AD%C3%A7a-como-para%C3%ADso-do-autoc%C3%ADdio/42271550](https://www.swissinfo.ch/por/editorial_debate-sobre-suic%C3%ADdio-assistido-a-su%C3%AD%C3%A7a-como-para%C3%ADso-do-autoc%C3%ADdio/42271550). Acesso em: 19 nov. 2021.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283-305.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm). Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 19 nov. 2021.

CALON, Cuello Eugenio. **Tres Temas Penales:** el aborto criminal, el problema penal de la eutanasia, el aspecto penal de la fecundación artificial. Barcelona: Bosch – Casa Editorial – Urgel, 51 bis, 1955.

CAMARGO, João Batista Monteiro; MARCHEZAN; Luiz Michel Rodrigues. Reflexões sobre a eutanásia, o morrer e o viver: para além do direito à vida, o direito à dignidade. In: **A Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais nas Relações Privadas:** questões contemporâneas. São Paulo: PerSe Editora, 2014.

COELHO, Milton Schmitt. Eutanásia: uma análise a partir de princípios éticos e constitucionais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 51, 1 out. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2412>. Acesso em: 9 out. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM N. 1.805, de 28 de novembro de 2006.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 16 nov. 2021.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Juramento de Hipócrates.** S.d. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em: 12 nov. 2021.

COUTINHO, Juliana de Oliveira. **A PROIBIÇÃO DA EUTANÁSIA NO BRASIL:** uma análise sob o prisma do direito à vida e do conceito de vida. 2013. 31 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/9639/monografia.pdf;jsessionid=E81855CE78EAE59BF434DF0F5C8209C?sequence=1>. Acesso em: 16 nov. 2021.

CUNHA, Maria Carolina Santini Pereira da. Eutanásia: dilema moral em perspectiva filosófica. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, v. 5, n. 1, 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/136/3.02%20-%20EUTAN%C3%81SIA%20DILEMA%20MORAL%20EM%20PERSPECTIVA.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2021.

- CUNHA, Maria Carolina Santini Pereira da. Eutanásia: uma visão peculiar. **Revista Eletrônica de Graduação do Univem**, Marília, v. 9, n. 1, p. 128-144, jun. 2016.
- DECLARAÇÃO Islâmica Universal dos Direitos Humanos. Paris, 19 set. 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>. Acesso em: 19 nov. 2021.
- DINIZ, Ana Clara. A EUTANÁSIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL. **Revista Vianna Sapiens**, [S.L.], v. 9, n. 1, p. 30, 10 ago. 2018. Instituto Vianna Junior Ltda. <http://dx.doi.org/10.31994/rvs.v9i1.373>.
- DINIZ, Débora. **Por que morrer? O Direito à morte digna**. 2005. Disponível em: <https://rets.org.br/node/13571>. Acesso em: 23 maio 2021.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ENGELHARDT JR, T. **The Foundations of Bioethics**. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- ESPANHA legaliza eutanásia; saiba como funciona em outros países europeus. **Exame**, 18 mar. 2021. Disponível em: <https://exame.com/mundo/espanha-legaliza-eutanasia-saiba-como-funciona-em-outros-paises-europeus/>. Acesso em: 19 nov. 2021.
- EUTANÁSIA**. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2021. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Eutan%C3%A1sia>. Acesso em: 17 maio 2021.
- EUTANÁSIA: Países onde a morte assistida é possível. **Sábado**, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.sabado.pt/vida/detalhe/eutanasia-paises-onde-a-morte-assistida-e-possivel>. Acesso em: 09 out. 2021.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3. ed. atual. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FIIRST, H. A crise da ética kantiana na sociedade pós-moderna e o Biodireito. **Revista dos acadêmicos de direito da UNESP**, Franca, v. 10, p. 179-202, 2007. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/AMANDA%20COIMBRA%20ARAUJ%20O.pdf>. Acesso em: 16 de nov. de 2021.
- GOLDIM, José Roberto. **Breve histórico da eutanásia**. 2000. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/euthist.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.
- GOLDIM, José Roberto. **Classificações Históricas de Eutanásia**. 1997. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.
- GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. 2004. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em: 21 maio 2021.
- GOLDIM, José Roberto. **Suicídio Assistido - Oregon-EEUU**. 2000. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanore.htm>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- GRACIA, Diego. **Pensar a bioética: metas e desafios**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.
- GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal: parte especial**. v. 3. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015.
- HOLANDA. **Wetboek van Strafrecht, de 03 de março de 1881**. Disponível em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2021-07-01>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- HUMPHRY, Derek; WICKETT, Ann. **El derecho a morir: comprender la eutanasia**. Barcelona: Tusquets Editores, 2005.



- KARDEC, Allan. **O Livro dos Espíritos**. 93. ed. Brasília: Ediouro, 2013.
- KUHSE, Helga. Eutanásia. In: KUSHE, Helga. **Filosofia e educação: uma escola para o século XXI**, 2006. Disponível em: <http://www.filedu.com/hkuhseeutanasia.html>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- LAMB, D. **Ética, morte e morte encefálica**. São Paulo: Office Editora, 2001
- LAURO, Rafael. Epicuro e a morte da morte. **Razão Inadequada**, 06 ago. 2013. Disponível em: <https://razaoinadequada.com/2013/08/06/epicuro-e-a-morte-da-morte/>. Acesso em: 18 nov. 2021.
- LEI que autoriza eutanásia na Espanha entra em vigor; entenda em quais casos a prática é permitida. **G1**, 25 jun. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/06/25/lei-que-autoriza-eutanasia-na-espanha-entra-em-vigor-entenda-em-quais-casos-a-pratica-e-permitida.gh.html>. Acesso em: 19 nov. 2021.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LICURZI, Ariosto. **El derecho de matar (de la eutanasia a la pena de muerte)**. 2. ed. Córdoba: Ed. Pereyra, 1934.
- LIMA NETO, Luiz Inácio de. **A legalização da eutanásia no Brasil**. Jus.com.br, set. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4217/a-legalizacao-da-eutanasia-no-brasil>. Acesso em: 21 out. 2021.
- MAGALHÃES, Brenna Maria Carneiro. **Eutanásia: origem, ramificações e outras peculiaridades**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Acadêmica Faculdade Farias Brito, Fortaleza, 2014.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral**. 14. ed. São Paulo: Método, 2020.
- MCMAHAN, J. **A ética do ato de matar: problemas às margens da vida**. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MILL, John. **Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1- 60.
- MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Out. 2005. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por). Acesso em: 19 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: 19 nov. 2021.
- PENNA, Iana Soares de Oliveira; FERREIRA, Pedro Henrique Menezes. **Deixem-me morrer em paz: a (i)legitimidade das intervenções estatais visando a preservação da vida a partir do documentário “Solitário Anônimo”**. S.d. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=bb63947c75d49061>. Acesso em: 19 nov. 2021.
- PESSINI, Léo. A eutanásia na visão das grandes religiões mundiais (Budismo, Islamismo,

Judaísmo e Cristianismo). **Revista Bioética**, v. 7, n. 1, 1999. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-299134>. Acesso em: 09 out. 2021.

POGREBINSCHI, Thamy. A construção de um direito à vida digna. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 7, p. 327-350, dez. 1998. Disponível em: [http://www.puc.rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev13\\_thamy.htm](http://www.puc.rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev13_thamy.htm). Acesso em: 21 out. 2021.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, n. 22, ano 4, p. 5-35, mar./abr. 2003.

RACHELS, J. **Os elementos da filosofia moral**. São Paulo: Manole, 2006.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, v. 8. p. 10 ss., out./dez. 2000.

ROYO-VILLANOVA Y MORALES, Ricardo. **El derecho a morir sin dolor** (el problema de la eutanasia). Madri: Ed. Aguillar, 1929.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 209.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. **Declaração sobre a eutanásia**. S.d. Disponível em: [https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19800505\\_euthanasia\\_po.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html). Acesso em: 25 maio 2021.

SANDEL, Michael. Last Rights. **The New Republic**, v. 216, 14 abr. 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Isabela Fernanda da. **Eutanásia frente à legislação**. 2011. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2325/1820>. Acesso em: 16 nov. 2021.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. Eutanásia. **Jus.com.br**, dez. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1863/eutanasia>. Acesso em: 12 out. 2021.

SOUZA, Gabriela de. Eutanásia: uma comparação à luz das semelhanças e diferenças entre legislações de diferentes países. **9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES**. 2016. Disponível em: <http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/anais/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/o-direito-civil-no-seculo-xxi/e2-07.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2021.

STEINMETZ, Wilson Antônio, **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VAN HOLTHE, Leo. **Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007.

VATICANO, II Concílio do. **DECLARAÇÃO SOBRE A EUTANÁSIA**. 1980. Roma, da Sede da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, 5 de Maio de 1980. Disponível em:

[https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19800505\\_euthanasia\\_po.html#top](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html#top). Acesso em: 16 nov. 2021.

WOODDELL, V.; KAPLAN, K. An expanded typology of suicide, assisted suicide and euthanasia. **Omega, Journal of Death and Dying**, v. 36, n. 2, p. 219-226, 1997- 1998.

Artigo recebido em: 10/05/2022.

Aceito para publicação em: 16/11/2022.

# Negativa de internamento em casos de urgência/emergência de pessoas com esquizofrenia pelos planos de saúde: uma análise da jurisprudência do TJPE nos anos de 2020 e 2021

*Denial of hospitalization in cases of urgency of people with schizophrenia by the health plans: an analysis of the jurisprudence of the Pernambuco Court of Justice in the years 2020 and 2021*

Vinicius Calado<sup>1</sup>  
Matheus Troccoli<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho analisa decisões colegiadas do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE) proferidas nos anos de 2020 e 2021 relativas à internação psiquiátrica dos beneficiários de planos de saúde, pessoas com esquizofrenia, que buscaram tutelas jurisdicionais objetivando assistência emergencial. Quanto aos aspectos metodológicos, é realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, tendo a construção do *corpus* sido desenvolvida por meio do sistema informatizado do Tribunal escolhido, utilizando-se mecanismo de contido em seu próprio site que contém o repositório estadual de seus julgados (Consulta Jurisprudencial TJPE), utilizando-se as seguintes “palavras-chave”: “esquizofrenia”, “plano de saúde” e “internamento psiquiátrico”. Como resultado quantitativo decorrente deste primeiro filtro obteve-se inicialmente 35 (trinta e cinco) acórdãos, sendo posteriormente aplicado um segundo filtro manualmente pelo pesquisador onde restaram 11 (onze) acórdãos que possuem elementos diretamente ligados a temática da negativa de internamento por parte das operadoras de planos de saúde. Realizou-se revisão de literatura sobre o tema, além da legislação, a partir dos achados nos julgados que se fundamentavam na CFRB, no CDC, no CC, no CPC e na LPS. Por fim, foi realizada a análise das decisões judiciais coletadas de onde se extraiu quais

---

<sup>1</sup>Doutor (2020), mestre (2012) e bacharel (2000) em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa Linguagem & Direito e Direito e Inovação (Unicap/CNPq). Atua como professor Assistente III de Direito Civil, Direito do Consumidor e Orientação Monográfica na UNICAP (desde 2011). É ainda coordenador do LLM em Direito Médico e da Saúde e coordenador adjunto do MBA em Blockchain e Criptoativos, ambos da Católica Business School (CBS/UNICAP). Advogado do Sindicato dos Médicos de Pernambuco (desde 2002), além de sócio do escritório Calado & Souza Advogados Associados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7151-6261>

<sup>2</sup> Pós-graduando em Direito Médico e da Saúde pela Católica Business School. Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP (2022). Foi pesquisador (PIBIC) e monitor durante a graduação em Direito na UNICAP. Conquistou o 1º lugar no Concurso de Monografias realizado pelo BRASILCON (2022). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito e Inovação da UNICAP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7250-7394>

são os elementos essenciais que são valorados pelos Desembargadores do TJPE, concluindo-se que o entendimento do Tribunal tem sido favorável aos beneficiários de planos de saúde, principalmente no tocante a busca de assistência emergencial para a preservação da saúde mental.

**Palavras-chave:** direito à saúde. saúde suplementar. Esquizofrenia. internamento psiquiátrico. TJPE.

**Abstract:** The present work analyzes collegiate decisions of the Court of Justice of the State of Pernambuco (TJPE) handed down in the years 2020 and 2021 regarding the psychiatric hospitalization of beneficiaries of health plans, people with schizophrenia, who sought judicial protections aiming at emergency assistance. As for the methodological aspects, a bibliographical and documentary research is carried out, with the construction of the corpus being developed through the computerized system of the chosen Court, using a mechanism contained in its own website that contains the state repository of its judgments (Jurisprudential Consultation TJPE), using the following “key words”: “schizophrenia”, “health plan” and “psychiatric hospitalization”. As a quantitative result resulting from this first filter, 35 (thirty-five) judgments were initially obtained, and a second filter was subsequently applied manually by the researcher, where 11 (eleven) judgments remained that have elements directly linked to the issue of denial of hospitalization by the operators of health plans. A literature review was carried out on the subject, in addition to the legislation, based on the findings in the judgments that were based on the CFRB, the CDC, the CC, the CPC and the LPS. Finally, an analysis of the judicial decisions collected from which the essential elements that are valued by the Justices of the TJPE were extracted, concluding that the understanding of the Court has been favorable to the beneficiaries of health plans, mainly with regard to search for emergency assistance to preserve mental health.

**Keywords:** Right to health. Supplementary health. Schizophrenia. psychiatric hospitalization. TJPE.

## 1. Introdução

A crescente intervenção do Poder Judiciário nos direitos sociais e, em especial, na saúde, se dá em decorrência da dificuldade do Estado em prestar a devida assistência a população que se vê “forçada” a contratar um plano de saúde.

No Brasil, o fenômeno da judicialização ganhou força na década de 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), onde os usuários de plano de saúde ficaram munidos de um instrumento normativo capaz de respaldá-los em relação a suas necessidades e direitos em face das abusividades das operadoras de planos de saúde à época, com nítido protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde suplementar, a partir da

interpretação dos direitos dos consumidores com base na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXII, art. 170, V e art. 48 da ADCT).

Entretanto, o que deveria ser uma exceção, tornou-se frequente, de modo que, nos últimos anos, registra-se uma denominada “explosão de litigiosidade” (CAMARGO, 2017) tanto na saúde pública quanto na saúde suplementar, enfoque do presente trabalho.

O presente estudo analisa acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE) quanto às características das ações dentro do contexto da saúde suplementar, bem como quanto aos resultados obtidos a partir dos recursos apreciados no período de 2020 e 2021.

A justificativa para realização desta pesquisa está diretamente relacionada a pertinência jurídica e social do tema escolhido para o presente estudo, o qual se mostra evidente em face das questões técnicas e políticas que envolvem o direito à saúde que vem sendo debatidas no dia a dia do Poder Judiciário, servindo esse estudo, também, como fonte de pesquisa acadêmica, social e jurídica.

Em relação aos aspectos metodológicos, realiza-se a revisão de literatura jurídica sobre o tema, além da revisão qualitativa e integrativa da legislação vigente, a partir dos elementos evidenciados nas decisões analisadas, cujo *corpus* foi construído conforme descrição pormenorizada contida no subitem próprio adiante.

Assim, ao analisar as decisões do TJPE nos anos de 2020 e 2021 que versam sobre a negativa de internamento em casos de pessoas com esquizofrenia, em situações de urgência e/ou emergência, pelos planos de saúde, conclui-se que o entendimento que vem sendo seguido pelo Tribunal está em consonância com a jurisprudência pátria, garantindo o direito dos consumidores, desde que observados alguns parâmetros basilares, tendo como ponto de partida a prescrição médica assertiva e adequada.

## 2. Da judicialização da saúde no Brasil

Com o advento da Constituição de 1988, foi admitido ao Poder Judiciário o Poder e o dever de realizar suas atividades com o intuito de garantir a efetiva aplicação do ordenamento jurídico, bem como, de resguardar os direitos e garantias fundamentais, definidos à luz do texto constitucional.

A partir de 1988, o Poder Judiciário assumiu a posição de protagonista, no que se refere a defesa dos interesses individuais, difusos e coletivos da sociedade e daqueles que a integram, configurando, assim, o denominado Ativismo Judicial.

Em paralelo, a sociedade, à época, a partir da negativa das operadoras de planos de saúde em prestar a devida assistência à saúde aos seus beneficiários, começou a levar a discussão acerca da legalidade de tal negativa ao Poder Judiciário sob o fundamento previsto no Art. 5.º, inciso XXXV da CF/88, onde o constituinte definiu que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça e lesão a direito” (BRASIL, 1988), criando, portanto, um movimento demasiado de litígios relacionas a matéria de saúde (CAMARGO, 2017), sendo está a única possibilidade de garantir a preservação e proteção do direito à saúde e a devida assistência.

Ademais, o próprio Constituinte, ao estabelecer a previsão constitucional supracitada, proporcionou ao Poder Judiciário à qualidade de ator “privilegiado” no processo de resolução de conflitos e efetivação de direitos (ASENSI, 2013).

No que tange a intervenção do Judiciário em matéria de saúde, com o passar dos tempos, estas ações propiciaram a efetivação dos serviços de saúde, no que tange à saúde pública e à saúde suplementar, seja no fornecimento de medicamentos, de insumos, de instalações adequadas à assistência à saúde dos usuários, na realização de exames, na cobertura de tratamentos específicos em relação as patologias, dentre outras demandas a serem

protegidas pelo princípio do direito à saúde em face dos usuários (DINIZ, 2014).

Sobre o tema, Luís Cláudio da Silva Chaves (2009) leciona que desde o momento em que a judicialização ganhou força no Brasil, a área da saúde suplementar e complementar vem sofrendo impactos relacionados a insegurança dos contratos celebrados junto a seus beneficiários, bem como com a oneração advinda dos processos judiciais de autoria de seus usuários. Ademais, aduz, ainda, que o processo de judicialização da saúde em massa vem comprometendo, também, o próprio Poder Judiciário, no tocante a sobrecarga sofrida a partir do oferecimento de novas demandas judiciais; a ANS, pelo fato da judicialização das demandas se tornar um fator que dificulta o gerenciamento do mercado da saúde; e os consumidores, sendo eles os próprios beneficiários dos planos de saúde, no qual necessitam da judicialização para fins de esclarecer e resguardar seus direitos que lhe são cerceados por parte das operadoras após o firmamento do contrato, onde, acabam tendo que suportar a onerosidade financeira em relação ao pagamento das prestações sucessivas devidas aos planos de saúde, o ônus de ter que arcar com o ajuizamento das demandas e de aguardar a tutela judicial, dentre a mora do Poder Judiciário.

### *2.1. Da saúde suplementar*

A promulgação da Constituição Federal em 1988 trouxe uma série de princípios e regras para o Direito da Saúde no Brasil (art. 196 e seguintes), mas o setor da saúde suplementar continuou sem uma regulação específica até a chegada da Lei dos Planos de Saúde em 1998 (Lei nº 9.656/98).

Apenas com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), com base e fundamento na Constituição Federal de 1988 (art. 48 da ADCT, Art. 5º, XXXII e Art. 170, V) é que surge, então, um diploma normativo que detinha força normativa suficiente para conter os abusos cometidos pelas operadoras de planos de saúde.



Nas palavras da professora Claudia Lima Marques (2019, p. 60).o nosso país optou por um “[...] código tutelar dos consumidores, o CDC, um microsistema a regular apenas as relações de consumo entre um fornecedor e um consumidor, e um Código Civil geral, que inclui agora as regras sobre obrigações civis e mercantis.”

Outrossim, a autora ressalta que a defesa do consumidor constituiu “status de direito fundamental no Brasil guiando a aplicação “ex officio” de norma protetiva dos consumidores” (MARQUES, 2019), sendo

[...] um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade ou direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão Abwehrrechte), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão Rechte auf positive Handlungen). (MARQUES, 2021, p.39-40)

É justamente esta forma normativa constitucional e seu reconhecimento como direito fundamental que permitiu uma atuação firme do Poder Judiciário que foi capaz de equilibrar as relações não paritárias entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários (consumidores), afastando a defesa das empresas que – quando questionadas em juízo – primavam pela arguição de que o contrato faz “lei entre as partes” (*pacta sunt servanda*), olvidando a característica de contrato de adesão cativo de longa duração.

A Lei n.º 9.656/1998 conhecida como Lei dos planos de saúde (ou simplesmente LPS) traz as definições básicas do Sistema Nacional de Saúde Suplementar. Ainda que não o crie formalmente, posto que não há norma expressa quanto a essa definição, essa é uma clara realidade estabelecida pelas Leis n.º 9.656/98 e n.º 9.961/00, e suas alterações posteriores, em complementação ao Sistema Único de Saúde (SUS), que – como é de conhecimento geral – não vem conseguindo atender as demandas crescentes

individuais de seus usuários, apesar de desenvolver um extraordinário trabalho de saúde coletiva.

As pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde submetem-se à Lei nº 9.656/98, mantendo o dever de observar a legislação específica que rege a sua atividade (Art. 1º da Lei nº 9.656/1998).

Isto é, todas as entidades privadas (pessoas jurídicas de direito privado) que operam planos de saúde têm obrigação de se registrar na ANS, inclusive as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração. E não é só isso, cada plano que a entidade opera deve ter um registro.

Em 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a partir da promulgação da Lei n.º 9.961/00, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no Brasil (conforme art. 3º da Lei nº 9.961/2000).

A prestação de serviços na área da saúde é de competência primordial do Estado. Todavia, tal competência é constantemente delegada a particulares, a qual não descaracteriza a natureza pública dos serviços prestados. Afinal, seria incoerente que o Estado delegasse a garantia do direito à saúde por particulares sem que estes fossem obrigados a tal.

Ademais, é verdade que a prestadora privada de serviços de saúde não é obrigada a operar sem lucros, até mesmo porque tal situação se levanta à extinção da empresa. Contudo, mesmo com a atividade econômica, considera-se que o consumidor assume posição privilegiada por expressa disposição constitucional, nos termos do Art. 170, Inciso V da CF/88, preservando a sua dignidade.

Destas normas explicitadas, resta claro ser a prestação de serviços de saúde uma atividade essencial. Assim sendo, eventual interrupção da execução do tratamento, seja qual for o motivo, irá de encontro ao que se encontra expresso na Lei Maior.

Noutro giro, registra-se que, para Maria Stella Gregori (2011) a partir da elaboração da Lei n.º 9.656/98, o legislador não se limitou a normatizar a regulação econômica do mercado de saúde suplementar, mas também disciplinou aspectos de manutenção e qualidade das coberturas assistenciais, contemplando, assim, regras de proteção contratual dirigidas aos planos privados de assistência à saúde.

Outrossim, é de se destacar que o legislador, a partir da redação concedida ao Art. 35-G da Lei n.º 9.656/98, definiu que se aplicam subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de planos de saúde as disposições do CDC (GOMES, 2020), cujo diálogo é reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Conquanto o art. 35-G da Lei 9.656/1998 imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista aos contratos celebrados entre usuários e operadoras de plano de saúde, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar àquela lei especial, em diálogo das fontes, considerando que o CDC é norma principiológica e com raiz constitucional, orientação essa que se justifica ainda mais diante da natureza de adesão do contrato de plano de saúde e que se confirma, no âmbito jurisdicional, com a edição da súmula 608 pelo STJ. (Excerto do REsp 1846108/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 05/02/2021).

A carência de um sistema de saúde eficiente enseja a adoção de medidas excepcionais, de modo a garantir o acesso à saúde. Porém, é necessário analisar a situação com razoabilidade. Não se pode permitir a inobservância desenfreada das disposições contidas nos contratos firmados, sob pena de se prejudicar o equilíbrio econômico-financeiro que deve nortear as relações envolvendo as operadoras e os consumidores.

Fato é que o fenômeno da judicialização consiste em uma consequência direta da inexistência e ineficiência de políticas públicas efetivas, da

desvalorização dos direitos do indivíduo e da coletividade, da insuficiência de normas constitucionais que consagrem tais direitos. Tais fatores geram grande desequilíbrio e insegurança social, fomentam conflitos de toda ordem e transformam o Judiciário em instância de discussão dos mais diversos temas, o que certamente não ocorreria e, de fato, não se vê em sociedades mais justas, confiáveis e democráticas.

O STJ editou a Súmula 608, que dispõe o seguinte “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão” (BRASIL, 2018). Como consequência, foi cancelada a Súmula 469 do STJ, a qual não abarcava a exceção referente as entidades de autogestão, definidas à luz da RN n.º 137, de 14 de novembro de 2006, da ANS, em seu Art. 2.º (2006).

A par disso, com as ressalvas sinalizadas, entende-se que contratos de planos de assistência à saúde deverão observar os princípios e normas fundamentais do CDC.

O descumprimento de objeto essencial ao contrato, qual seja, garantia à saúde do Contratante (art. 6º, I e IV do CDC), fere o princípio da continuidade do serviço público (art. 22 do CDC), acarretando danos irreparáveis à parte consumidora (art. 6º, VI do CDC), que, em alguns casos se materializa a partir da negativa de cobrir o tratamento adequado a qual necessita, conforme definido pelo profissional de saúde que o assiste.

Ante todo exposto, entende-se que, ao ser caracterizada a prestação de serviço de natureza pública pela operadora de planos de saúde, bem como, a lesão a direito do usuário, não há como negar a plena incidência do Código de Defesa do Consumidor à relação contratual firmada entre o consumidor e a empresa que presta serviços de assistência à saúde de forma suplementar (art. 54 do CDC), bem como, o devido respaldo à luz do termo constitucional, o qual define a assistência à saúde do usuário como direito fundamental, devendo ser garantido por todos, inclusive pelas operadoras de planos de saúde e seguradoras.

### 3. Da construção do *Corpus*

A construção do *corpus* (BAUER; GASKELL 2002, p. 48) do presente trabalho foi desenvolvida por meio consulta ao sistema informatizado do Tribunal escolhido utilizando-se as seguintes “palavras-chave”: “esquizofrenia”, “plano de saúde” e “internamento psiquiátrico”. O mecanismo de busca utilizado foi o do próprio *site* do TJPE que contém o repositório estadual de seus julgados (*Consulta Jurisprudencial TJPE*).

Ao se utilizar os parâmetros de busca elencados anteriormente, obteve-se 11 (onze) acórdãos (Tabela 1), sobre os quais, foram analisados quanto a realização do internamento psiquiátrico dos beneficiários portadores de esquizofrenia, em estabelecimentos fora da rede credenciada das operadoras de planos de saúde, tendo havido a negativa da operadora em realizar a cobertura do respectivo tratamento.

O lapso temporal abarcado no presente artigo é referente ao período entre 1º de janeiro de 2020 até 31 de dezembro de 2021, em que fora localizado o quantitativo pertinente a 35 (trinta e cinco) acórdãos, onde, a partir da realização de uma revisão manual em face do tema abordado neste estudo, restaram o total de 11 (onze) acórdãos que possuem elementos diretamente ligados a temática alvo deste trabalho, qual seja, a busca por internação psiquiátrica dos beneficiários de planos de saúde, pessoas com esquizofrenia, em situações de urgência ou emergência.

Contudo, não é possível definir que foi extraída a totalidade de julgados pertinentes a temática ora analisada, tendo em vista que os mecanismos de buscas utilizados podem ter deixado de selecionar algum julgado pertinente ao tema em tela.

A tabela a seguir lista todos os resultados da presente pesquisa, tendo sido classificada a partir do uso da respectiva numeração, com o intuito de facilitar a referência realizada no decorrer deste artigo.

Caso	Recursos	Identificação
1	Agravo de Instrumento	TJPE - AI: 0015941-44.2019.8.17.9000 – 3ª Câmara Cível – Relator: Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto – Data do Julgamento: 27/07/2020
2	Apelação	TJPE - APL: 0001769-34.2017.8.17.2480 – 1ª Câmara Regional de Caruaru – Relator: Sílvio Neves Baptista Filho – Data do Julgamento: 30/07/2020
3	Apelação	TJPE - APL: 0017042-64.2019.8.17.2001 – 3ª Câmara Cível – Relator: Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto – Data do Julgamento: 14/09/2020
4	Agravo de Instrumento	TJPE - AI: 0004494-25.2020.8.17.9000 – 6ª Câmara Cível – Relator: Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima – Data do Julgamento: 24/09/2020
5	Agravo de Instrumento	TJPE - AI: 0018324-92.2019.8.17.9000 – 3ª Câmara Cível – Relator: Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto – Data do Julgamento: 30/11/2020
6	Agravo de Instrumento	TJPE – AI: 0005042-21.2018.8.17.9000 – 4ª Câmara Cível – Relator Subst.: Francisco Manoel Tenório Dos Santos – Data de Julgamento: 22/06/2021
7	Agravo de Instrumento	TJPE – AI: 0000504-60.2019.8.17.9000 – 1ª Câmara Cível – Relator Subst.: Roberto da Silva Maia – Data de Julgamento: 27/07/2021
8	Apelação	TJPE – APL: 0015734-61.2017.8.17.2001 – 1ª Câmara Cível – Relator: Frederico Ricardo de Almeida Neves – Data do Julgamento: 21/10/2021
9	Agravo de Instrumento	TJPE – AI: 0003228-66.2021.8.17.9000 – 4ª Câmara Cível – Relator Subst.: Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima – Data de Julgamento: 06/12/2021
10	Agravo de Instrumento	TJPE – AI: 0018359-18.2020.8.17.9000 – 2ª Câmara Cível – Relator: Alberto Nogueira Virgínio – Data de Julgamento: 18/12/2021
11	Apelação	TJPE – APL: 0023564-15.2016.8.17.2001 – 1ª Câmara Cível – Relator: Frederico Ricardo de Almeida Neves – Data de Julgamento: 31/12/2021

**Fonte:** Elaborada pelos autores

Da simples leitura dos dados estruturados é fácil perceber que o recurso de agravo de instrumento teve quase o dobro de casos em relação aos casos de apelação, pois no total foram 11 casos, sendo 4 apelações (36%) e 7 agravos de instrumento (64%). Outrossim, destaca-se que, dos 11 (onze) julgados selecionados, 5 (cinco) foram apreciados no ano de 2020, 6 (seis) foram apreciados no decorrer do ano de 2021.

Na sequência, realiza-se a análise das decisões coletadas e selecionadas em espécie.

#### 4. Da análise das decisões judiciais selecionadas

Da análise dos votos proferidos pelos Desembargadores nas decisões catalogadas, constatou-se que em todos os casos o autor pleiteou a concessão de liminar, a partir da apresentação de laudo médico, em que o médico assistente descreve a necessidade do paciente, bem como, as especificidades do quadro clínico do paciente e da patologia que possui, definindo, inclusive, a gravidade desta e as medidas de tratamento do paciente.

De pronto, percebe-se que a jurisprudência do TJPE caminha para a preservação do direito à saúde do consumidor, desde que o caso concreto seja devidamente instruído, e em plena conformidade com os requisitos essenciais descritos nos votos condutores dos Desembargadores do TJPE, seguindo a mesma linha do entendimento jurisprudencial pátrio, requisitos estes que serão destacados e discriminados a seguir.

No Caso 1, a operadora de plano de saúde interpôs agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que havia deferido a necessidade da internação do autor ser procedida fora da rede credenciada, onde este já se encontrava, haja vista a mora da Operadora ré em providenciar a devida cobertura ao internamento de seu beneficiário, sendo negado o provimento ao recurso da operadora, por unanimidade, mantendo-se a decisão interlocutória, compelindo a agravante realizar o custeio integral sobre o tratamento do autor haja vista a inexistência e ou ausência de indicação tempestiva de estabelecimentos credenciados com especialidade suficiente para abarcar as necessidades de seu beneficiário.

No Caso 2, o plano de saúde interpôs recurso de apelação em face de sentença que reconheceu a abusividade, bem como, declarou a nulidade absoluta da cláusula prevista no instrumento contratual firmado em face usuário, do ora apelado, nos termos do Art. 51, inciso IV, §1.º, inciso II, do CDC (BRASIL, 1990), a qual previa a exclusão da realização de internamento psiquiátrico. O referido apelo tivera seu provimento negado, haja vista que se

firmou o entendimento pela manutenção dos termos indicados na sentença, tendo em vista tratar-se de contrato antigo, ou seja, anterior a LPS, sendo, portanto, regido à luz do CDC, bem como fora reconhecida que a negativa de cobertura do plano de saúde réu, em prestar a assistência ao seu beneficiário em condições de surto psicótico, configurou, portanto, o dever de indenizar da operadora em face do usuário de plano de saúde.

Já no Caso 3, o recurso de apelação fora interposto pelo beneficiário do plano de saúde, em face de sentença que indeferiu o pedido de realização de cobertura de tratamento psiquiátrico a ser custeado pela operadora de planos de saúde, fora da rede de cobertura credenciada desta. É de se destacar que o referido recurso tivera o provimento negado, sob o fundamento de que não fora devidamente comprovada a necessidade urgente da procedência da internação psiquiátrica do autor, tendo a ré indicado estabelecimento dentro da rede credenciada, disponível para abarcar a necessidade de seu beneficiário.

Outrossim, fixou-se o entendimento de que caso o autor desejasse permanecer internado em estabelecimento fora da rede credenciada da operadora, de forma particular, tal fato seria regulado com força da aplicação do mecanismo denominado de coparticipação ou de reembolso, observados os termos contratuais, desde que tais mecanismos encontrem-se redigidos de forma clara e expressa, do contrato firmado, devendo tais cláusulas estarem, também, em consonância com os ditames legais vigentes.

No Caso 4, houve o julgamento do agravo de instrumento proposto pelo autor em face da operadora, tendo a câmara negado provimento ao recurso, sob o fundamento da necessidade de comprovação de elementos essenciais para concessão de tutela de urgência em caráter antecipado, haja vista a disponibilidade de unidade especializada em psiquiatria dentre a rede credenciada da operadora, tendo o presente caso uma particularidade em relação ao caso anterior, haja vista que, neste caso, o autor busca, além da cobertura da sua internação psiquiátrica, que o plano arque com o cuidador a



ser disponibilizado para assessorar o autor no decorrer da realização de seu tratamento.

No Caso 5, trata-se de agravo de instrumento interposto pelo beneficiário em face da operadora a partir da negativa de cobertura do tratamento médico do paciente em unidade de internamento psiquiátrico que possibilite a realização de estimulação magnética transcraniana (EMT), fundada a partir da negativa de previsão contratual para tanto, na interpretação taxativa, por parte da operadora ré, em relação ao rol de eventos e procedimentos da ANS, bem como, a resistência da defesa em relação a pertinência da prescrição do médico assistente em face de sua condição de especialista para que possa, a partir da anamnese realizada em seu paciente, eleger a melhor forma de tratamento a qual ele deverá ser submetido. O referido recurso fora integralmente provido, por unanimidade, sob o fundamento de que, presentes os requisitos que fundamentam o pleito de tutela de urgência, definidos no bojo do artigo 300 do CPC, bem como, havendo expressa indicação médica, a negativa de cobertura do custeio não se encontra respaldada pelo ordenamento jurídico.

O Caso 6 tem semelhança aos Casos 7, 9 e 10, pois tratam de internação psiquiátrica de pessoas com esquizofrenia, em que se discutiu sobre a aplicabilidade das cláusulas de coparticipação, tendo sido firmado o entendimento de que, em consonância com o tema repetitivo 1.032 do STJ, não há abusividade na aplicação das cláusulas de coparticipação desde que estas encontrem-se expressas e redigidas com clareza dentre a literalidade do instrumento contratual firmado entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários.

Ademais, faz-se necessário destacar que, nos casos supramencionados, todos tratam-se de agravo de instrumento, entretanto, nos Casos 6 e 9, tais recursos interpostos pelos autores, tiveram, respectivamente, parcial improcedência tão somente em relação ao pleito de afastamento da cláusula de coparticipação, tendo sido, entretanto, mantido o reconhecimento da

obrigatoriedade da Operadora Ré cobrir o internamento psiquiátrico do autor fora da rede credenciada, podendo, contudo, incidir o mecanismo da coparticipação desde que esteja em consonância com o entendimento do STJ lavrado a partir do Tema n.º 1.032.

Nos Casos 7 e 10, os recursos foram interpostos pelo plano de saúde em face de decisões interlocutórias que reconheceram a obrigatoriedade da cobertura do tratamento psiquiátrico dos autores, fora da rede credenciada, ante a urgência dos casos clínicos apresentados pelos pacientes, de acordo com os laudos médicos acostados aos processos. Em ambos os recursos fora dado provimento parcial, tão somente acerca da possibilidade da incidência do mecanismo da coparticipação, desde que se encontre expressa e redigida com clareza dentre a literalidade do instrumento contratual firmado entre as operadoras de planos de saúde e seus usuários.

No Caso 8, o recurso de apelação fora interposto pelo autor, em virtude da sentença de improcedência de 1º grau, a qual fora integralmente reformada em 2ª instância, por unanimidade.

Destarte, o referido caso apresenta-se como o precedente que possui maior número de elementos denominados como essenciais para apreciação do objeto do presente estudo, haja vista que abarca a garantia da aplicabilidade do CDC em face dos contratos de planos de saúde, a partir da interpretação do Art. 35, da Lei n.º 9.656/98 c.c. a Súmula 469 do STJ, a qual foi cancelada e substituída pela Súmula 608, do STJ; a possibilidade do cabimento do direito de reembolso ante a demonstração do caráter emergencial do internamento psiquiátrico realizado fora da rede credenciada; a abusividade reconhecida a cláusulas que venham a limitar o prazo para realização das internações hospitalares no geral, conforme disposto no Art. 12, inciso II, alíneas “a” e “b” c.c. a Súmula 302 do STJ; o reconhecimento do dever de indenizar das operadoras de planos de saúde a partir da apresentação de recusa injustificada para negar a devida assistência à saúde de seus usuários, ensejando, portanto, a reparação a título de dano moral por agravar a situação

de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário, sendo tal modalidade de dano moral caracterizada como dano “in re ipsa”.

Outrossim, ressalta-se que, nos casos em que envolver o dano “in re ipsa”, basta que o autor prove a prática do ato ilícito, cometida pela ré, que o dano será presumido independente da comprovação do abalo sofrido pela vítima deste.

Já no Caso 11, o recurso de apelação interposto pela operadora tivera o provimento negado, por unanimidade, haja vista que o entendimento firmado pela câmara fora baseado na relativização do princípio do “pacta sunt servanda” em relação ao direito à vida. Outrossim, definiu-se que o mero descumprimento contratual cometido pelas operadoras de planos de saúde vai além, devendo ser valorado o pleno desatendimento à obrigação assistencial de seus beneficiários, a qual é capaz de gerar profunda dor psíquica diante da incerteza de ter a devida assistência em busca da estabilização da sua saúde mental.

A par disso, na subseção a seguir, foi desenvolvida uma análise acerca dos principais elementos extraídos dos casos concretos.

## 5. Dos elementos encontrados

### 5.1. A tutela de urgência em caráter antecedente

Iniciando a abordagem acerca de um dos elementos primordiais dentre os precedentes objetos da referida análise, está a tutela de urgência antecipada, a qual conceitua-se como uma das espécies do gênero tutela de urgência, em que consiste na antecipação dos efeitos que só seriam alcançados com o advento da decisão final, mas que, fundamentado na necessidade da urgência, pode vir a ser antecipado pelo magistrado, desde que estejam previstos os requisitos próprios para tal concessão, sendo eles, a probabilidade do bom Direito, denominada de *fumus bonis iuris* (BRASIL, 2015), e o perigo de que a eventual demora para apreciação deste venha a causar dano

irreversível a parte que o pleiteia, dano este que pode acarretar na perda do objeto pleiteado, também denominado de *periculum in mora* (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil, em seu Art. 300, §2.º, regulamenta acerca das possibilidades de concessão da tutela provisória, conforme se depreende do abaixo transcrito:

Art. 300. A tutela de urgência será concebida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

§2.º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente, ou após justificação prévia. (BRASIL, 2015)

No que se refere a análise acerca da probabilidade do bom Direito, o magistrado se detém as alegações feitas por aquele que busca pleitear a respectiva tutela, bem como, da solidez das provas instruídas nos autos, para, a par disso, apreciar a possibilidade de concordância ou não com o objeto pretendido pelo requerente.

Por outro lado, na análise acerca do perigo da demora, faz-se necessário existir um dano concreto, de difícil reparação, devendo o requerente instruir o seu pedido com a devida comprovação da iminência de um dano ou da configuração deste, para que o magistrado consiga identificar a gravidade que pode sofrer o requerendo, caso não venha a ser concedida a respectiva tutela por ele pleiteada (DIDIER, 2018).

Ademais, no que tange a busca pela tutela provisória de urgência antecipada, sendo considerado o lapso temporal, muitas vezes duradouro, até que venha a ser lavrada a decisão final acerca do objeto alvo de determinada lide, explica Montenegro Filho (2010) que é impossível a completa solução do conflito de interesses sem que medeie razoável espaço de tempo entre a formação do processo e a sentença final, o que causa angústia às partes, na maioria das vezes ao autor, pelo fato de que a ausência de razoabilidade no julgamento das demandas configura-se como justiça tardia, tornando-se assim sinônimo de injustiça.

Demais disso, entende-se que, ao apreciar o caso em concreto, estando preenchidos os requisitos autorizadores da tutela de urgência, o juiz deverá apreciá-la em caráter de urgência, vindo a concedê-la, de modo a resguardar o direito material que assiste à parte requerente, podendo lhe assegurar o resultado útil do feito.

Noutro giro, no que tange a tutela de urgência em face dos casos em que há relação de consumo, por se tratar tutela de urgência acerca da garantia da devida assistência à saúde mental dos usuários de plano de saúde, observa-se que essas circunstâncias fáticas apresentadas em cada caso concreto, atentando-se, também, para o lapso temporal a ser percorrido pelos atos processuais até que venha a ser proferida a decisão jurisdicional final, bem como, para a proteção jurídica garantida ao consumidor, a parte Autora geralmente pleiteia pelo socorro jurisdicional, através da antecipação de tutela, nos moldes do art. 83 do CDC que prevê: “Para defesa dos direitos e interesses protegidos por este código, são admissíveis todas as espécies de ações, capazes de proporcionar sua adequação e efetiva tutela.” (BRASIL, 1990)

Dispõe, ainda, o CDC, em seu art. 84, §3.º, que:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento

§3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. (BRASIL, 1990)

A partir da promulgação da Lei Federal n.º 9.656/98 passou a ser de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos de saúde (Art. 35-C, I) o atendimento em casos de urgência e emergência.

Assim, percebe-se que o legislador definiu que como situação de "emergência", toda aquela que implica em risco imediato de vida ou ao sofrimento de lesões irreparáveis em face do paciente. Ademais, a vigência da norma permitiu uma segura interpretação construtiva, calcada na semântica,

no sentido de que "urgência" denota aquilo que deve ser feito com ligeireza, sob pena de inocuidade; e que "emergência" diz respeito a imprevisão, àquilo cujos efeitos podem se tornar indomáveis no tempo.

No mesmo sentido, a Resolução CONSU n.º 13/1998 positivou o entendimento de que, a partir do momento em que o paciente estiver enquadrado em situações de urgência ou emergência, as operadoras de planos de saúde são compelidas a concretizar a devida assistência a este, de modo a preservar sua vida e sua saúde, independente de carência ou de ausência de previsão, fundamentado no princípio do direito de preservação da vida, órgão ou função.

No tocante aos julgados selecionados como objeto do presente contrato, extrai-se que, a comprovação da necessidade da comprovação da urgência ou emergência da demanda, conforme todo o exposto, onde tal ausência pode vir a prejudicar o julgamento do feito pro consumidor, tendo em vista que a configuração da urgência fundamenta questões referentes a concessão da tutela de urgência em caráter antecedente, a possibilidade de realização do tratamento, como, também, da cobertura em unidade fora da rede credenciada, a fundamentação do direito à restituição do ônus adimplido pelo consumidor no momento em que buscou concretizar a assistência a sua saúde na ausência das operadoras.

Portanto, registra-se que se faz necessário instruir o caso concreto de acordo com toda a fundamentação supracitada, estando munido do máximo de provas possíveis ao ponto de conseguir instruir o feito no sentido de pleitear com mais segurança acerca do deferimento da medida liminar na busca de resguardar o direito à saúde de quem necessite de assistência em caráter de urgência.

## *5.2. A “regulamentação” jurisprudencial da coparticipação com o advento do tema repetitivo 1032 do STJ*

Em linhas gerais, conceitua-se coparticipação como um mecanismo que atribui ao beneficiário o ônus de arcar com o custeio parcial de serviço inserido na cobertura assistencial prevista nos contratos de planos de saúde. Tal mecanismo, geralmente, é disponibilizado na forma de pagamento adicional à mensalidade fixa, servindo, portanto, como forma de contraprestação à operadora do plano contratado, a qual arcará com o restante do encargo financeiro atrelado ao serviço disponibilizado.

Segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, a coparticipação é um “mecanismo de regulação financeira” cujo principal efeito é estabelecer “participação do beneficiário na despesa assistencial a ser paga diretamente à operadora, em caso de plano individual e familiar, ou à pessoa jurídica contratante, em caso de plano coletivo” (BRASIL, 1998).

Nessa senda, a justificativa principal para inserção da coparticipação nos contratos de planos de saúde, foi o fato de que esta ferramenta serve para desestimular a utilização desenfreada de coberturas previstas nos contratos de assistência privada à saúde, sendo necessária para gerar equilíbrio econômico nos contratos.

Destarte, em relação a fundamentação legal da coparticipação, registra-se que a Lei Federal n.º 9.656/1998, na redação do Art. 16, Inciso VIII (BRASIL, 1998), faculta às operadoras a possibilidade de inserção da referida cláusula nos termos contratuais, desde que sejam redigidas de forma clara, contanto que seja respeitado o direito básico de acesso à informação, concedido ao consumidor nos termos do Art. 6.º, Inciso III, da Lei n.º 8.078/1990 (BRASIL, 1990).

Outrossim, a RN n.º 08/1998 do CONSU (BRASIL, 1998), prevê acerca da necessidade de regulação do equilíbrio contratual, a ser tomado pelas operadoras, sob o regime de coparticipação.

A par disso, observada às disposições da legislação especial aplicável aos contratos que tenham a prestação de serviços à saúde como objeto, nota-

se que o regime de coparticipação é autorizado e disciplinado legalmente. Entretanto, ainda que sejam autorizados pela legislação especial, faz-se necessário analisar a legalidade da cláusula de coparticipação sob a óptica do Código de Defesa do Consumidor, haja vista o disposto pela Súmula 608, editada pelo STJ, a qual prevê a incidência do CDC em face dos contratos de planos de saúde, exceto em face dos contratos administrados por entidades de autogestão.

Com efeito, para que a taxa de coparticipação não incorra em ilegalidades ou submetam os consumidores a situações extremamente desfavoráveis, exige-se o atendimento a determinados requisitos, sendo eles, a necessidade de que a cláusula tenha previsão expressa no instrumento contratual, a qual necessita ser redigida de forma clara, de acordo com o Art. 6.º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor; o respeito a Súmula 302, editada pelo STJ (BRASIL, 2004), onde se foi reconhecida a abusividade de cláusulas que limitam o tempo a ser procedida a internação hospitalar dos beneficiários; a impossibilidade das operadoras se utilizarem dos mecanismos de equilíbrio contratual como forma de designar ao beneficiário o ônus referente ao custeio integral de sua internação, infringindo, assim, a própria RN n.º 08, do CONSU.

Atualmente, tendo em vista o grande número de recursos versando sobre a matéria desta subseção, após vasta discussão, o STJ firmou a seguinte tese:

Nos contratos de plano de saúde não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente ajustada e informada ao consumidor, à razão máxima de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, nos casos de internação superior a 30 (trinta) dias por ano, decorrente de transtornos psiquiátricos, preservada a manutenção do equilíbrio financeiro. (Excertos do REsp: 1809486 SP 2019/0106488-1, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 09/12/2020, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/12/2020)

Assim, conforme supracitado, o STJ, se utilizando como premissa o julgamento dos Recursos Especiais n.º 1.755.866-SP e 1.809.486-SP, elaborou



o Tema n.º 1032 (BRASIL, 2021), onde ficou definida a tese de que, nos contratos de plano de saúde que possuam cláusula expressa relativa a coparticipação não é considerada abusiva, desde que tenha como limite máximo de aplicação o percentual de 50% (cinquenta por cento) acerca dos custos obtidos em caso de internação psiquiátrica que perdurar mais de 30 (trinta) dias, por ano, de modo a buscar a preservação da manutenção do contrato, bem como, do equilíbrio financeiro.

Destarte, o TJPE, após se deparar com diversos precedentes acerca da matéria em tela, elaborou a Súmula n.º 113, se utilizando como referência legislativa, do Art. 51, Inciso, IV, §1.º, II, do CDC (BRASIL, 1990), onde definiu, em julgamento realizado em 24/04/2017, acerca do reconhecimento da abusividade de cláusula de coparticipação que imponha verdadeira limitação temporal a internação psiquiátrica de pacientes com quadro de dependência química (Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, 2007).

Outrossim, no tocante ao entendimento adotado pelos Desembargadores do TJPE, ao julgarem os casos concretos objetos de análise no presente trabalho, a partir das situações fáticas listadas na Tabela 1, percebe-se que ambos seguem o entendimento definido pelo STJ, acerca da não abusividade da aplicação da cláusula de coparticipação, para internamentos psiquiátricos realizados em rede não credenciada, por período superior a 30 (trinta) dias. Entretanto, dentre os precedentes selecionados, existem alguns elementos fáticos que afastam a possibilidade da utilização deste mecanismo de preservação dos termos contratuais e de busca pelo equilíbrio econômico da relação operadora e usuário, como, por exemplo, a ausência de previsão expressa da referida cláusula, de forma clara, no instrumento contratual.

Observa-se que os Casos n.º 6, 7, 9 e 10, foram definidos com fulcro no entendimento vigente do STJ após a elaboração do Tema 1032, evidenciando-se que para que a cláusula de coparticipação venha a ser aplicada em face dos internamentos psiquiátricos que perdurarem mais de 30 (trinta) dias, faz-se

necessário que esta esteja devidamente prevista no instrumento contratual, de maneira expressa e clara, com o intuito de facilitar ao consumidor a sua identificação, para que esteja em conformidade com os ditames legais já mencionados nesta subseção, ditames estes considerados como basilares à luz do ordenamento jurídico, quando se trata de relação de consumo.

### *5.3. A pertinência da prescrição do médico assistente*

A priori, no que tange a pertinência do médico assistente em relação a prescrição do tratamento necessitado pelo paciente, é de se ressaltar que tal relação possui grande interferência direta na eficácia do tratamento por ele coordenado, haja vista que, no âmbito do tratamento psiquiátrico, a pertinência do médico assistente em face do caso clínico apresentado pelo paciente vai além de medicamentos e procedimentos genéricos de tratamento indicados para aquela determinada doença.

Tal relação, garante ao caso concreto uma eficiência ainda maior, pelo fato de estabelecer uma situação de reciprocidade entre o médico e o paciente, a qual enfrentaram, juntos, um inimigo comum, a patologia.

Ainda, em se tratando de casos clínicos de psiquiatria, existe o fato de que o paciente não consegue discriminar tudo o que enfrentou, tudo que sente, bem como o que ocasionou os surtos para qualquer profissional de saúde, ao ponto de que, a partir do momento em que o paciente constitui confiança em um determinado profissional de saúde, se é firmada uma relação de reciprocidade e intimidade, havendo, por conseguinte, uma facilitação no ato da anamnese, haja vista que no decorrer o exame clínico, o médico consegue extrair do paciente informações importantes, que facilitam a configuração do tratamento pertinente àquele específico quadro clínico, para que seja buscada a efetiva cura (BASSETTI, 1993).

Evidenciou-se que em todos os julgados há a menção a necessidade do laudo médico instruído por profissional habilitado para tanto como documento comprobatório e suficiente para fundamentação da urgência e emergência,

bem como, da necessidade da submissão dos pacientes portadores de esquizofrenia a tratamento de internação psiquiátrica, sob o custeio e cobertura das operadoras de planos de saúde, estando, assim, em conformidade com os normativos da ANS, bem como, com as regras definidas dentre os dispositivos legais positivados no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei Federal n.º 10.216/2001.

Sobre o tema, destaca-se o entendimento firmado no voto condutor do Caso 5:

Não compete à seguradora afirmar não ser o tratamento indicado para a cura da segurada quando solicitado pelo próprio médico do paciente. Além disso, a necessidade do tratamento não foi questionada, mas sim o direito do segurado ao tratamento ora pretendido. Conseqüentemente, ante a expressa indicação médica, a negativa de cobertura do custeio não está protegida pelo ordenamento jurídico. Assim, se o contratante estiver protegido sobre a doença não é permitido ao plano de saúde fazer distinção ao tratamento mais eficaz indicado pela medicina. (Excertos do AI: 0018324-92.2019.8.17.9000 – 3ª Câmara Cível – Relator: Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto – Data do Julgamento: 30/11/2020).

Desta feita, dentre as análises realizadas nos precedentes selecionados para o trabalho em liça, é notório que os Desembargadores, em seus votos, ressaltam a importância e a credibilidade dada aos laudos e das prescrições oriundas dos médicos assistentes que acompanham os pacientes, haja vista que descrevem minuciosamente as particularidades e as necessidades que seus pacientes apresentam, não competindo, portanto, a seguradora fazer distinção acerca do tratamento mais eficaz para a cura do beneficiário.

A par disso, observa-se que o entendimento seguido pelo TJPE corrobora com o entendimento já consolidado na jurisprudência pátria, no sentido de que é o médico assistente do paciente, o profissional habilitado e capacitado para atestar e definir o melhor tratamento que seu paciente deve ser submetido a partir das necessidades e especificidades do quadro clínico deste.

#### 5.4. *Do dano moral*

A responsabilidade civil está relacionada à noção de não prejudicar outro, assegurando, deste modo, a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão.

No ordenamento jurídico vigente, a tendência é de não deixar a vítima de atos ilícitos sem ressarcimento, de forma a restaurar seu equilíbrio moral e patrimonial em caso de dano indevido ou ilícito. Em seu sentido etimológico e no sentido jurídico, a responsabilidade civil está diretamente atrelada a ideia de contraprestação, encargo e obrigação. Entretanto, é importante distinguir a obrigação, da responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 3).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tornou expresso o direito à honra e sua proteção, ao dispor, em seu Art. 5º, inciso 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) No Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 186, “caput” e 187, o legislador definiu o que é por ato ilícito, garantindo, portanto, a obrigação de reparação deste.

Diante do exposto, destaca-se que, a constituição da responsabilidade civil, ou melhor, do dever de indenizar, encontra-se respaldado a partir da configuração de um ato ilícito, nos termos dos artigos supramencionados, a qual assegura a vítima do dano a pleitear sobre o dano moral sofrido em face de quem a lesou.

Outrossim, o legislador destacou, no âmbito do CDC, como direito básico garantido ao consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, no bojo do Art. 6º, Inciso VI do referido normativo (BRASIL, 1990).

Vale ressaltar, ainda, que a indenização por dano moral tem caráter duplo: satisfativo-punitivo. Em outras palavras, o objetivo da indenização por Dano Moral não é apenas indenizar o Dano Moral puro, mas também, e principalmente, penalizar o ofensor a fim de que não venha a cometer a conduta indesejada novamente.

Noutro giro, partindo de uma análise objetiva dos 4 (quatro) recursos de apelação elencados no presente trabalho, sobre a configuração do dano moral, observa-se que, em 3 (três) fora reconhecido o dever de indenizar por parte da operadora de plano de saúde em face do beneficiário, haja vista que, conforme já mencionado, no entendimento dos Desembargadores, a recusa de cobertura injustificada, cometida pela operadora, é elemento suficiente para que haja a configuração do dano moral, posto que configura-se ato ilícito, sendo, portanto, reconhecida a responsabilidade civil objetiva desta, ao ponto de gerar o dever de indenizar.

No Caso 2, os danos morais foram reconhecidos, conforme a seguinte fundamentação “[...] restou demonstrado nos autos que a autora só conseguiu internação e a realização de exames após a concessão de tutela de urgência pelo magistrado de 1º grau, podendo-se concluir que o ato lícito causou danos à recorrente, devendo ser reparados”, cujo valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) fixado na sentença foi mantido.

Já no Caso 8 os danos morais também foram reconhecidos, conforme a seguinte fundamentação, “[...] considerando-se a dor causada pela recusa do plano de saúde em ressarcir os serviços médicos emergenciais suportados pelo apelante, diante da gravidade da moléstia que acometeu a parte autora, entendo que no caso em concreto, cabível a indenização por danos morais, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e do direito social à saúde”, seguindo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que a injusta recusa de cobertura de seguro saúde dá direito ao segurado ao ressarcimento dos danos extrapatrimoniais sofridos,

À evidência dos casos analisados, comprovada a existência negativa injusta por parte da operadora, haverá a existência dos danos morais indenizáveis.

## 6. Conclusão

O estudo abordou um recorte da judicialização da saúde suplementar no Estado de Pernambuco, analisando decisões colegiadas do seu Tribunal de Justiça (TJPE) proferidas nos anos de 2020 e 2021 relativas à internação psiquiátrica dos beneficiários de planos de saúde portadores de esquizofrenia que buscaram tutelas jurisdicionais objetivando assistência emergencial.

Por meio da metodologia utilizada, dos 35 (trinta e cinco) acórdãos inicialmente selecionados, apenas 11 (onze) possuíam efetivamente elementos diretamente ligados a temática da negativa de internamento por parte das operadoras de planos de saúde.

Evidenciou-se que o recurso de agravo de instrumento teve quase o dobro de casos em relação aos casos de apelação, pois no total foram 11 casos, sendo 4 apelações (36%) e 7 agravos de instrumento (64%). Constatou-se que distribuição dos julgados nos anos foi praticamente uniforme, na medida em que dos 11 (onze) julgados selecionados, 5 (cinco) foram apreciados no ano de 2020, 6 (seis) foram apreciados no decorrer do ano de 2021.

A análise das onze decisões judiciais coletadas permitiu evidenciar os elementos essenciais que são valorados pelos Desembargadores do TJPE, concluindo-se que o entendimento do Tribunal tem sido favorável aos beneficiários de planos de saúde, principalmente no tocante a busca de assistência emergencial para a preservação da saúde mental, cujas decisões são fundamentadas na Constituição Federal; no Código de Defesa do Consumidor; na Lei n.º 9.656/98; no entendimento jurisprudencial pátrio, referendado pelo STJ (como o caso do Tema 1032, por exemplo); nas súmulas editadas pelo próprio Tribunal; e, poucas vezes, em Resoluções Normativas da ANS.

Evidenciou-se ainda que a jurisprudência do TJPE é firme no sentido de favorecer os usuários, contanto que, ao se tratar de demandas relativas a internação psiquiátrica de beneficiários portadores de esquizofrenia, o caso concreto deverá estar respaldado de acordo com laudo médico elaborado por profissional capacitado, sendo este o único profissional habilitado a indicar as necessidades do paciente, bem como, a maneira a qual deve ser conduzida o seu tratamento, em respeito aos ditames legais trazidos a partir da Lei n.º 10.216/2001. O Tribunal também exige que os requisitos de urgência ou emergência aliados a impossibilidade do beneficiário ser assistido pela rede credenciada da operadora (tutela de urgência) estejam presentes.

Em casos de negativa de cobertura (ou de sua omissão ou mora) em que o usuário é obrigado a custear o tratamento, há o direito de pleitear o reembolso, além da indenização por dano moral. Evidenciou-se também que o TJPE segue o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Tema 1032.

## Referências

- ASENSI, Felipe Dutra. **Saúde, Poder Judiciário e sociedade: uma análise de Brasil e Portugal**. Rio de Janeiro: Revista de Saúde Coletiva, 2013.
- BASSETTI, Alzeli. **A importância da relação Médico-Paciente**. Arquivo do Conselho Regional de medicina do Paraná, Paraná: 1993, p. 190-207.
- BAUER, Martins W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2022. p. 48.
- BENJAMIN, Antonio; MARQUES, Claudia; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021.
- BORGES, Luis Roberto. **A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo**. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília. Marília: 2010.
- BRASIL. Lei Federal n.º 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm#art118](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm#art118). Acesso em: 19 mai. 2022.
- \_\_\_\_\_. **Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos Depois de Caracas**. Brasília, 07 a 10 de novembro de 2005.
- \_\_\_\_\_. **Conselho de Saúde Suplementar/ CONSU. Resolução n.º 13**, 04 de novembro de 1998.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 2848**, 7 de dezembro de 1940.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 73**, 21 de novembro de 1966.
- \_\_\_\_\_. **Lei Federal n.º 13146**, 6 de julho de 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei Federal n.º 10216**, 6 de abril de 2001.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Por uma Política de Saúde Mental**. Brasília, DF; 1999.

- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Secretaria e Atenção à Saúde. **Legislação em Saúde Mental: 1990-2004**. Brasília, Ministério da Saúde, 2004.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. **Reforma Psiquiátrica e Manicômios Judiciários: Relatório Final do Seminário Nacional para a Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico**. Brasília, Ministério da Saúde, 2002.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 302. É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado**.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 608. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão**.
- BRITTO, Renata C. **A internação psiquiátrica involuntária e a Lei 10.216/01 reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtornos mentais**. Dissertação de mestrado ENSP/FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2004.
- CAMARGO, Sérgio Xavier. **Judicialização nas Políticas De Saúde No Brasil: Fundamentos Éticos, Jurídicos, Econômicos e Políticos**. Campinas, SP: [s.n.], 2017. Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Ciências Médicas.
- CALADO, Vinicius de Negreiros et al. **Pesquisando Direito: revisão de literatura e estudos empíricos**. Recife: FASA, 2018, p. 177-185.
- CALADO, Vinicius de Negreiros. **Planos de Saúde: domine o essencial**. 1. ed. Recife: FASA, 2021.
- CALADO, Vinicius de Negreiros. **Direito do Consumidor**. 3. ed. Recife: FASA, 2021.
- CALADO, Vinicius de Negreiros et al. **Judicialização da Saúde e Bioética: estudo de casos e práticas atuais**. 1. ed. Recife: FASA, 2021. p. 263-267.
- CASTAGNA ALESSANDRO, Ricardo, **Tutela de Urgência: Análise Teórica e dogmática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CECHIN, José. **A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação**. São Paulo: Saraiva. Letras & Lucros, 2008.
- CHAVES, Luís Cláudio da Silva. **A judicialização da saúde suplementar**. Disponível em: <<https://domtotal.com/artigo.php?artId=623>>. Acesso em 29/04/2022
- CUNHA, C.M. et al. **A Judicialização da Saúde Suplementar: uma análise Econômica**. 2014.
- DE FÁTIMA SANTOS, Adriana et al. **Temas avançados de direito da saúde: Tutelas jurídicas da saúde**. Matrioska Editora, 2020.
- DSM-IV - **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. Trad. Cláudia Dornelle. 4.ed. rev. - Porto Alegre: Artmed, 2002.
- DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA; Rafael. BRAGA; Paula Sarno. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 2015. 10 Ed. JusPodivm, p. 594.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; NETO, Fernando Sacco. **Manual de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- FORTES, Hildenete Monteiro. **Tratamento compulsório e internações psiquiátricas**. Recife: Rev. Bras. Saúde Marten. Infant., 2010.
- GOMES, Josiane Araújo. **Lei dos planos de saúde / Josiane Araújo Gomes**. – 3. ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2020, p. 409-411
- GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de planos de saúde**. Leme, SP: Editora Mizuno, 2020a.
- GOMES, Josiane Araújo. **Lei dos planos de saúde**. Salvador: JusPodivm, 2020b.
- GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: A ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: RT, 2011. p. 32.
- MARQUES, Claudia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2019. p.60.



- MARTINEZ, Lilia Estau. **Excesso de processos gera entraves para a regulação da saúde suplementar**. Revista Consultor Jurídico, 10 de setembro de 2019.
- MARTINS, Hugo André de Lima; LIMA, Murilo Duarte Costa; CASTRO, Raul Manhães de. **Uma Breve História da Reforma Psiquiátrica**. *Neurobiologia*, [s. l.], v. 72, p. 85-96, abr. 2009. Trimestral.
- MONTENEGRO FILHO, Misael, **Curso de Direito Processual Civil**, 6ª Edição, volume III, Editora Atlas. 2010.
- MOTA, Beatriz Randall Pompeu. **Judicialização da saúde: Análise a partir das percepções de juizes federais e estaduais atuantes em Fortaleza-CE** / Beatriz Randall Pompeu Mota. - 2017144 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico) - Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017.
- NUNES, Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios / Rizzatto Nunes** – 2. ed. Rev., modif. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2005. p. 308.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2000). **The world health report 2000: Health System: improving performance**. Genebra: OMS, 2000.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10: Critérios diagnósticos para pesquisa**. Porto Alegre: ARTMED EDITORA S.A., 1998, p. 82.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação de Transtornos Mentais e Comportamentos da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes diagnósticas**. Porto Alegre: ARTMED EDITORA S.A., 1993, p. 83-107.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Critérios diagnósticos do DSM-IV**. 4ªed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995, p. 141-153
- PASQUALOTTO, Adalberto. **A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva**. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40.
- PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco - TJPE. Súmula 35. A negativa de cobertura fundada em cláusula abusiva de contrato de assistência à saúde pode dar ensejo à indenização por dano moral. Recife. 2007.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Súmula 113. É abusiva a cláusula de coparticipação em contrato de seguro de saúde que implique verdadeira limitação temporal de internação psiquiátrica para tratamento de paciente dependente químico. Recife. 2017.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Agravo de Instrumento – AI n. 0015941-44.2019.8.17.9000/PE. Julgado em 27 de julho de 2020, DJe. Recife. 2020.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Apelação – APL n. 0001769-34.2017.8.17.2480/PE. Julgado em 30 de julho de 2020, DJe. Recife. 2020.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Apelação – APL n. 0017042-64.2019.8.17.2001/PE. Julgado em 14 de setembro de 2020, DJe. Recife. 2020.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Agravo de Instrumento – AI n. 0004494-25.2020.8.17.9000/PE. Julgado em 24 de setembro de 2020, DJe. Recife. 2020.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Agravo de Instrumento – AI n. 0018324-92.2019.8.17.9000/PE. Julgado em 30 de novembro de 2020, DJe. Recife. 2020.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Agravo de Instrumento – AI n. 0005042-21.2018.8.17.9000 /PE. Julgado em 22 de junho de 2021, DJe. Recife. 2021.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Agravo de Instrumento – AI n. 0000504-60.2019.8.17.9000/PE. Julgado em 27 de julho de 2021, DJe. Recife. 2021.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Apelação – APL n. 0015734-61.2017.8.17.2001/PE. Julgado em 21 de outubro de 2021, DJe. Recife. 2021.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Agravo de Instrumento – AI n. 0003228-66.2021.8.17.9000/PE. Julgado em 06 de dezembro de 2021, DJe. Recife. 2021.

- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Agravo de Instrumento – AI n. 0018359-18.2020.8.17.9000/PE. Julgado em 18 de dezembro de 2021, DJe. Recife. 2021.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE. Apelação – APL n. 0023564-15.2016.8.17.2001/PE. Julgado em 31 de dezembro de 2021, DJe. Recife. 2021.
- PINHEIRO, Gustavo Henrique de Aguiar. **Constituição e Saúde Mental: tear da memória**. Fortaleza: Expressão Gráfica Editora, 2013.
- SHIRAKAWA, Itiro. **Aspectos gerais do manejo do tratamento de pacientes com esquizofrenia**. São Paulo: Brazilian Journal Psychiatry, 2000.
- SILVA, Michelle. **O Direito à Saúde: Evolução Histórica, Atuação Estatal e Aplicação da Teoria de Karl Popper**. Art. Científico. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Revista Constituição e Garantia de Direitos. Rio Grande do Norte, 2016.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007.
- TEIXEIRA, Newton Fontenele. **Controle Judicial do direito fundamental à saúde: limites e possibilidades no Estado Democrático Brasileiro**. 146 f. Dissertação (mestrado)- Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.
- TORO DA SILVA, José Luiz. **Manual de Direito da Saúde Suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde**. São Paulo. M.A. Pontes Editora, 2005.
- TRETTEL, Daniela Batalha. **Manual de planos de saúde**. Coordenação: Juliana Pereira da Silva e Amaury Martins de Oliva. 1.ed. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, 2014.
- VIANNA, G.L. **Judicialização Da Saúde Suplementar: A Concepção Do “Direito Como Integridade” Contra A Discricionariedade Judicial**. Dissertação. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2013.

Artigo recebido em: 20/11/2022.

Aceito para publicação em: 05/07/2023.

# Tutela coletiva do consumidor pelo Ministério Público por meio do Termo de Ajustamento de Conduta

## *Collective consumer protection by the Public Prosecutor by means of the Conduct Adjustment Agreement*

*Elias Jacob de Menezes Neto*<sup>1</sup>

*Fabricio Germano Alves*<sup>2</sup>

*Wagner Franklin da Costa*<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente trabalho trata da defesa coletiva do consumidor efetuada pelo Ministério Público por meio do Termo de Ajustamento de Conduta. Serão abordados os limites e implicações desses meios que visam proteger os direitos transindividuais. O estudo desse tema demonstrará como a sociedade pode solucionar diversos problemas que estão presentes no mercado de consumo por meio de entidades que atuam no âmbito administrativo. Existe um desconhecimento por parte da população a respeito das competências do Ministério Público. Objetiva-se analisar a atuação do Ministério Público na tutela dos direitos transindividuais. A metodologia utilizada consiste em pesquisa básica, com abordagem dedutiva e qualitativa, pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que, mesmo com todo um aparato legal ainda se demonstra um uso tênue destes meios de proteção, por desconhecimento da população, precisando de mais estudos para revelar os limites e consequências acerca do Termo de Ajustamento de Conduta.

**Palavras-chave:** Direitos do Consumidor. Ministério Público. Termo de Ajustamento de Conduta. Direitos Transindividuais. Tutela Administrativa.

---

<sup>1</sup>Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor efetivo da UFRN, integrando o quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado). Bolsista de Produtividade em Desenvolvimento Tecnológico e Extensão Inovadora do CNPq. Coordena o Laboratório de Governança Pública/UFRN. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1153-8899> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9152955193794784>.

<sup>2</sup>Doutor e Mestre em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha. Mestre em Direito (UFRN). Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP). Especialista em Docência no Ensino Superior (FMU). Advogado. Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8230-0730>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4247505371266682>.

<sup>3</sup>Discente do curso de Bacharelado em Direito na UFRN. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7708-0668> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3509783855344464>.

**Abstract:** The present work deals with collective consumer protection carried out by the Public Prosecutor by the means of the Conduct Adjustment Agreement. The limits and implications of these means to protect transindividual rights will be addressed. The study of this theme will demonstrate how society can solve various problems that are present in the consumer market by entities that operate in the administrative sphere. There is a lack of knowledge among the population about the competencies of the Public Prosecutor's Office. The objective is to analyze the role of the Public Prosecutor's Office in protecting transindividual rights. The methodology used consists of basic research, with deductive and qualitative approach, bibliographic and documentary research. It is concluded that, even with a whole legal apparatus it is still demonstrated a tenuous use of these means of protection, for ignorance of the population, needing more studies to reveal the limits and consequences about the Conduct Adjustment Agreement.

**Keywords:** Consumer's right. Public Prosecutor's Office. Conduct Adjustment Agreement. Transindividual rights. Administrative Supervision.

## 1. Introdução

O presente trabalho tratará da defesa do consumidor na seara administrativa protagonizada pelo Ministério Público, que é o responsável por promover o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) na defesa dos direitos transindividuais, artigo 5º, §6º da Lei Federal nº 7.347/85.

Desse modo, a problemática da pesquisa consiste na definição dos limites e implicações do TAC que visa proteger os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, neste se englobando a defesa do consumidor, através do Termo de Ajustamento de Conduta, regidos pela Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

O presente estudo demonstrará também como a sociedade pode solucionar diversos problemas que estão presentes no mercado de consumo de maneira eficiente a partir de entidades que atuam no âmbito administrativo, garantindo a concretização dos direitos dos consumidores, sem precisar recorrer ao Poder Judiciário.

Uma das principais dificuldades práticas para a efetivação da tutela administrativa do consumidor pelo Ministério Público é o desconhecimento por parte da população em geral a respeito das competências do referido

órgão. Assim, muitos problemas tendem a continuar no mercado de consumo porque a maioria dos consumidores que são diretamente prejudicados não tem interesse em enfrentar um longo e moroso processo judicial por algo que consideram “ínfimo”. Sendo assim, se mostrará absolutamente importante o estudo e a divulgação dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) como um elemento portado pelo Ministério Público na defesa administrativa do consumidor.

Desse modo, se almejará estudar como funcionam as TAC's e as possibilidades nas quais podem ser utilizadas. A partir disso, irá se compreender como o Ministério Público, através deste meio administrativo, pode atender sua função de protetor do consumidor, como declarado no artigo 25, inciso IV, alínea a e inciso VII da Lei Federal nº 8.625/93. Visando-se delimitação da competência do Ministério Público em defesa dos interesses coletivos, a efetividade desta defesa em comparação com defesas judiciais como a Ação Civil Pública e os efeitos da atuação deste órgão através deste meio de tutela administrativa do consumidor.

A metodologia utilizada consiste em pesquisa básica, visando a análise desses instrumentos, com abordagem dedutiva, estudando a generalidade que se aplica aos casos concretos, e qualitativa, observando as possibilidades de adequação da tutela administrativa, assim como seus ônus e bônus, método de pesquisa bibliográfico e documental, além de objetivo descritivo, cujo propósito é propor avaliação formativa que formule explicações e avaliações dessa tutela.

O trabalho se comporá em um capítulo introduzindo a análise do órgão do Ministério Público como um defensor do direito do consumidor, delimitando em que dispositivos normativos se fundam essa função desse órgão *sui generis*. Esse mesmo capítulo acerca do Ministério Público em defesa do consumidor se comporá em competências do Ministério Público, além de, relações de consumo, que são a base para que o CDC atue e, portanto,

institua o referido órgão como um legitimado, assim como um subcapítulo tratando da tutela coletiva do consumidor.

Ademais, esse estudo se comporá também de um capítulo ulterior que versará sobre meios processuais que este Ministério pode utilizar para tutelar administrativamente o consumidor e realizar suas competências, enfatizando-se o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Ao final da fase de desenvolvimento restará o capítulo sobre como o Ministério Público pode intervir no caso prático de abuso de preços na situação da Greve dos Caminhoneiros. Por fim, a conclusão como um retentor das ilações do trabalho.

## 2. Ministério Público e a defesa do consumidor.

Primeiramente, a defesa dos consumidores é de tão primordial relevância que o legislador constituinte originário resolveu por sancioná-la no texto original da Constituição Federal de 1988, estabelecendo em seu artigo 5º, inciso XXXII que o Estado deve promover uma Lei para a defesa dos consumidores, assim como no artigo 170, inciso V que traz a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.

Foi-se, portanto, tarefa do legislador ordinário formular a Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, uma lei especial que visa proteger os interesses individuais ou metaindividuais dos consumidores, visando o equilíbrio da relação que se estabelece entre consumidor e fornecedor – relação de consumo (BRAGA NETTO, 2014, p. 57-59).

### *2.1. Configuração da relação jurídica de consumo para incidência da proteção pelo legitimado Ministério Público.*

Entende-se que esse tipo de relação é quando se está delimitado um consumidor e um fornecedor, em lados contrários, tendo como objetos serviços ou produtos (BRAGA NETTO, 2014, p. 111). Trata-se de um vínculo entre o

destinatário final, consumidor ou entes análogos a este, e um fornecedor, sendo causada por um ato de consumo ou um acidente de consumo, e estando conectada a esta relação uma norma jurídica que nele incide, visando-se amenizar a desigualdade natural neste tipo de relação (BONATTO; MORAES, 2009, p. 63).

As referidas relações possuem elementos imprescindíveis que as constituem, por isso torna-se essencial o estudo de cada um desses elementos para a compreensão geral das relações jurídicas de consumo (ALVES, 2020, p. 70). Tratam-se de elementos subjetivos, objetivos e finalístico, também denominado casual.

Os elementos subjetivos se referem aos sujeitos que integram a relação, o consumidor e o fornecedor, já os objetivos seriam referentes aos objetos dessa relação jurídica, por último o finalístico, ou casuais, que seria o critério que estabelece ser consumidor apenas aquele que for destinatário final (GIANCOLI; ARAÚJO JÚNIOR; BARROSO, 2012, p. 30).

Genericamente, o consumidor, em stricto sensu é o destinatário final que utiliza produto ou serviço, podendo ser qualquer pessoa, tanto física quanto jurídica, como expresso no artigo 2º, caput do CDC, sendo encaixado como um elemento subjetivo da relação. Como destinatário final dos bens e serviços do mercado consumidor, este ente se torna hipossuficiente, característica estrita a alguns consumidores, e vulnerável, sendo essa vulnerabilidade uma característica perene de todos os tipos de consumidor (LISBOA, 2012, p. 93), por isso precisando da incidência da norma jurídica de defesa, como o CDC (POLLI, 2012, p. 143).

Os fornecedores seriam os que desenvolvem ações de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, desde que seja pessoa física ou jurídica, regida por Direito Público ou Privado, ou até mesmo nacional ou estrangeira, inclusive um ente despersonalizado, como estabelecido no artigo 3º, caput do CDC.

O legislador ao estabelecer esses conceitos na própria lei almejou um conceito jurídico amplo, *numerus apertus*, o qual alcançou, pois, a norma reconhece esse arrolamento de papéis que caracterizam fornecedor como exemplos e não como limitadores do conceito jurídico, maximizando o campo de aplicação do sistema consumerista (ALVES, 2013, p. 57). O conceito de fornecedor instituído pelo CDC engloba até mesmo os que, sem personalidade jurídica, tiverem papéis nas várias fases do processo produtivo antes do produto ou serviço chegar ao destinatário final, desde que os que estiverem nessas fases façam disso sua profissão ou atividade principal (MURADIAN, 2013, p. 36).

Quanto ao conceito de produto ou serviço, que seriam os elementos objetivos desta relação de consumo. A Lei nº 8.078/90, em seu artigo 3º, §1º e §2º, estabelece-se que produto seria qualquer bem material ou imaterial, móvel ou imóvel, já serviços seriam qualquer atividade fornecida pelo mercado de consumo através de remuneração.

Demonstrando que o CDC trouxe um conceito de produto mais genérico, visando alcançar as diversas relações de consumo (RAPOSO, 2016, p. 27-28). Faz-se mister a expressão “qualquer bem”, tal expressão amplia o conjunto de produtos possíveis, mas se refere a todo bem existente no mundo jurídico-econômico (OLIVEIRA, 2014, p. 47). Desde que esse produto se insira para sanar a necessidade do consumidor, todos destinados ao consumidor, e permita o desenvolvimento da atividade do fornecedor (SANTANA, 2009, p. 82).

Outrossim, produtos podem ser móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, podendo agregar-se de outras diversas classificações, fungíveis ou infungíveis, acessório ou principal, entre outras diversas classificações (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2014, p. 120). Essa amplitude de produto agrega, inclusive, aqueles que não contém contraprestação econômica direta ou indireta, incidindo sobre produtos como amostra grátis a proteção do



sistema consumerista, não sendo esta uma condição essencial e caracterizadora de produto (NUNES, 2015; AMARAL, 2010, p. 116-11).

Já quanto aos serviços, outro conceito elementar da esfera objetiva das relações de consumo, são “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração” (artigo 3º, §2º, CDC). Os serviços também possuem amplitude, no entanto os mesmos têm como condição essencial serem prestados através de uma contraprestação (SOUZA JÚNIOR, 2015, p. 19), inexistindo ressalva acerca do modo dessa contraprestação. Sendo uma atividade exercida no mercado de consumo, podendo ter naturezas diversas, como material, financeira ou até intelectual e que recebem uma contraprestação direta ou indireta de órgão público ou privado (NUNES JÚNIOR; MATOS, 2009, p. 8).

## *2.2. Competência do Ministério Público na tutela coletiva dos consumidores.*

Como demonstrado no tópico anterior, a defesa do consumidor é direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, Constituição Federal), sendo, também princípio da ordem econômica (artigo 170, inciso V, Constituição Federal). Na qualidade de direitos fundamentais passam a irradiar sua influência para todo o ordenamento jurídico, principalmente a legislação que forma o microsistema consumerista, que tem como núcleo o Código de Defesa do Consumidor.

O Ministério Público, em suas diversas divisões (Ministério Público da União, que compreende: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; e os Ministérios Públicos dos Estados (artigo 128, Constituição Federal), tem como funções definidas na Constituição Federal, delimitadas no seu artigo 129, o dever de preservar o respeito aos direitos constitucionais, através da promoção dos meios necessários a isto, especificando que, para a proteção de interesses difusos ou coletivos, sobre os quais repousam diversos

direitos dos consumidores, este órgão promoveria inquérito civil e a ação civil pública.

Essa competência do Ministério não é apenas apresentada na Constituição Federal, como também na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), que já mostra, em seu artigo 25, inciso IV, alínea “a”, uma proteção, prevenção e reparação dos danos causados aos interesses homogêneos, além dos coletivos e difusos já anunciados naquele dispositivo normativo. Demonstrando a ampliação da legitimidade para agir do MP, podendo tutelar também os interesses individuais homogêneos de maneira coletiva.

O mesmo texto é ratificado pelas leis que criam os estatutos base dos diversos Ministérios Públicos. Como é o caso da Lei Complementar nº 75/93, Estatuto do Ministério Público da União, em seu artigo 6º, inciso VII, alínea “c”, que instituiu a competência para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos “interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor”. Nos âmbitos dos Estados os Ministérios Públicos Estaduais ratificam essa norma, por exemplo, na Lei Complementar Estadual 141/96 do Rio Grande do Norte, que é a Lei Orgânica e Estatuto do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, em seu artigo 59 estabelece competências do promotor de justiça agir na defesa do consumidor, colocando o poder de fiscalizar o fornecimento de produtos e serviços. Nesse mesmo dispositivo estadual em seu artigo 67, se ratifica a função da Ação Civil Pública e do Inquérito Civil em defesa dos consumidores, incluindo, ademais, que a esta entidade *sui generis* tem também o papel deliberar sobre organismos estatais de defesa dos consumidores.

Como já exposto, o artigo 81 do CDC estabelece que os interesses e direitos dos consumidores a ser defendidos coletivamente são os difusos, coletivos e individuais homogêneos. Já no artigo 82 do mesmo código

estabelece serem legitimados para essa defesa coletiva, entre outros, o Ministério Público, mais especificamente no inciso I, sendo esta regra jurídica ratificada pelo artigo 5º, inciso I da Lei Federal nº 7.347/85.

A legitimação do órgão para essa defesa, por exemplo, dos interesses individuais homogêneos visa permitir a tarefa jurisdicional mais eficiente aos consumidores lesados pelo mesmo fato cuja responsabilidade é de um fornecedor (MARQUES, 2013, p. 1552). Mas não apenas dar eficiência na tutela desse direito, o Ministério Público é entendido como uma instituição que pode dar efetivas soluções aos abusos cometidos contra os consumidores (SILVA, 2017, p. 20). Não só podendo dar soluções judiciais, como também extrajudiciais, através do Termo de Ajustamento de Conduta, demonstrando uma busca do sistema jurídico por soluções efetivas que garantam uma solução de maneira satisfatória, algo que pode ser alcançado por esse título executivo extrajudicial (FERREIRA, 2018, p. 9).

### *2.3 Análise jurídica acerca da tutela coletiva do consumidor e suas implicações*

Dada a relação de consumo, esta pode vir a ser uma ação que vise a defesa dos direitos ou interesses metaindividuais (transindividuais), que merecem tutela coletiva, estes interesses se dividem, no universo coletivo, em: interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (MANCUSO; MARQUES; MIRAGEM, 2011, p. 324). Esses interesses são conceituados pelo CDC em seu artigo 81.

Entende-se que os interesses difusos são de uma coletividade e que seus titulares não podem ser determinados, mas sua titularidade é compartilhada por toda a sociedade e sua relação de titularidade é meramente fática, conectando os sujeitos por circunstâncias de fato (v.g., consumidores que assistem a programação de uma emissora X quando é exposta uma publicidade enganosa). Além disso, não há nenhum vínculo jurídico que ligue as pessoas antes do evento em questão (OLIVEIRA, 2014, p. 27-31).

Já quanto aos interesses coletivos em sentido estrito, seus titulares são conectados por uma relação jurídica base, seja entre si, seja entre eles e a parte contrária, ou seja, é titular um determinado grupo, categoria ou classe de pessoas. Sendo o dano ou ameaça a esse interesse ulterior à essa relação jurídica, faz-se mister enfatizar que seus titulares devem receber tratamento uniforme, afinal esse interesse não é a soma dos individuais, mas uma síntese deles (PORTELA, 2009, p. 32).

Ademais, os interesses individuais homogêneos, são tipicamente individuais, porém com tutela exercida coletivamente, podendo usar da Ação Civil Pública, por exemplo, para restaurar esse direito, tal peculiaridade advém da necessidade de acesso à justiça de seus titulares, sendo tais direitos divisíveis, sabendo-se quais são os indivíduos afetados, por isso sendo seus titulares determinados, além de serem disponíveis, inclusive podendo o titular não o exercer (MARQUES, 2013, p. 1552-1553). Estes interesses ou direitos são de origem comum, como exposto no artigo 81, inciso III do CDC, eles advêm de um mesmo fato ou ato e sua homogeneidade os metaforiza em direitos que podem ser tutelados por processos meta ou supraindividuais. Ou seja, um fato comum que resulta em eventos diversos pode gerar um resultado social relevante para que haja uma tutela coletiva (MARQUES, 2013, p. 1553).

O Ministério Público é um dos legitimados pelo artigo 82, inciso I do CDC para propor a ação coletiva, sendo o mesmo de especial relevância, pois quando não ajuíza a ação civil coletiva, atua como fiscal da lei desta (artigo 92, caput do CDC) a mesma competência é ratificada pelo artigo 5º, §1º da Lei Federal n. 7.347/85, esta última lei, como esclarecido pelo artigo 90, caput do CDC é aplicável às ações previstas neste título, exceto o que contraria as disposições do próprio CDC.

Esse mesmo artigo 90, caput do CDC ao legitimar a Lei da Ação Civil Pública como aplicável a todas as ações e o inquérito civil referentes ao Título III – Da Defesa do Consumidor em Juízo, do CDC, permite um outro meio de

tutela dos consumidores, que seria o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), funcionando o último como controle preventivo de abusos aos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos do consumidor, sendo, o último, foco do presente estudo.

O artigo 83, caput do CDC determina que todo tipo de ação que propicie adequada e efetiva tutela dos direitos e interesses do Código são aceitáveis. Isso demonstra que toda tutela possível na legislação processual pode ser usada em benefício do consumidor, dando-se inclusive margem para os institutos de antecipação da tutela e medidas cautelares (MARQUES, 2013, p. 1606).

### **3. Instrumentos de atuação do Ministério Público na defesa do consumidor.**

O Ministério Público se apresenta como um órgão de preservação dos valores fundamentais estatais, defendendo os “fracos” através da tutela de bens e interesses coletivos ou difusos, que são dificilmente defendidos por iniciativa dos particulares (CINTRA; GRINOVER; DIONAMARCO, 2010, p. p. 230-231). Tais direitos ou interesses são resguardados pelo microsistema de defesa do consumidor, que deve ser cumprido, mas existe sempre a possibilidade de sua violação, desse modo, quando violado o Estado toma posição em face do infrator (REALE, 2002, p. 126). Quando o interesse que foi lesado é coletivo, difuso ou individual homogêneo o Ministério Público tem legitimidade para atuar na intenção de restaurar a ordem (MARQUES, 2013, p. 1551-1553).

Dentre os modos possíveis ao Ministério Público na defesa do consumidor, existem a Ação Civil Pública, o Inquérito Civil, entre outros. Contudo, esta pesquisa não abordará tais meios, pois o foco é a tutela administrativa através do TAC.

Diante disto, resta abordar-se o TAC de modo individualizado, discutindo acerca de seus limites e competências.

O Poder Judiciário gastou em 2016 no tempo médio da sentença nas fases de execução, no 1º grau, em média 4 anos e 6 meses, já na fase de conhecimento, no 1º grau, em média 1 ano e 4 meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Tais dados demonstram que o Poder Judiciário é muito moroso para dar solução de seus litígios.

Diante disso, um meio extrajudicial de solucionar conflitos é um modo de minimizar a sobrecarga do Poder Judiciário, diminuindo assim sua morosidade, além disso, almejando a pacificação social (VINCI JÚNIOR, 2018, p. 305).

Desse modo, o Termo de Ajustamento de Conduta aparece como um desses meios extrajudiciais para solucionar litígios, através do qual se negocia uma correção da conduta do responsável pelo dano para que se torne lícita sendo mais econômico, ágil e eficaz em relação ao processo judicial (VINCI JÚNIOR, 2018, p. 306). Ou seja, enquanto no Termo de Ajustamento de Conduta se negocia com o agressor e se soluciona o conflito pela mediação, na decisão judicial se impõe determinada solução, na qual uma parte sempre se torna vencedora, fazendo com que o TAC seja relevante meio de proteção dos direitos transindividuais (VINCI JÚNIOR, 2018, p. 306), afinal o TAC é mais rápido em alcançar seu objetivo, tem a capacidade de resguardar os direitos transindividuais assim como as ações judiciais e gera maior pacificação social por não ocorrer uma sobreposição, mas sim um consenso.

Outrossim, esse Termo de Ajustamento de Conduta pode representar o encerramento da investigação no Inquérito Civil. Quando durante a investigação foi comprovada a lesão aos direitos transindividuais ou metaindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos), porém o ofensor assina o termo que conterà a obrigação de fazer e não fazer, além de multa cominatória caso não seja cumprido, sendo fiscalizado o cumprimento nos próprios autos do Inquérito Civil ou procedimento investigatório (FERREIRA, 2011). No caso desse termo celebrado na defesa do consumidor incide nele o artigo 6º, §4 do Decreto Federal nº 2.181 cujo teor ratifica a

suspensão do processo administrativo ao se celebrar Termo de Ajustamento de Conduta.

Sinteticamente pode-se inferir que o Termo de Ajustamento de Conduta é um ato jurídico através do qual o que lesiona direitos transindividuais assume um compromisso de adequar seu comportamento às exigências legais (CARVALHO FILHO, 2009, p. 222). Esse instrumento, além disso, almeja a compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados, de acordo com o artigo 14 da Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público. Então é formado por dois elementos, um TAC que é formalizado por um termo (NUNES JÚNIOR; 2012, p. 809). Esse mecanismo sendo um mecanismo com força de título extrajudicial, tendo como requerimento, para tal, o de ser firmado por ente legitimado (RIBEIRO; ARAÚJO, 2013, p. 130-131), como expresso pelo artigo 5º, §6º da Lei Federal nº 7.347/85.

No artigo 784, inciso IV do Código de Processo Civil o TAC pode ser inserido no rol dos títulos executivos judiciais, como instrumento de transação referendado pelo Ministério Público. O mesmo é ratificado pelo artigo 57, parágrafo único da Lei Federal nº 9.099.

Por outro lado, ao entender o Termo de Ajustamento de Conduta como negócio jurídico pode-se aplicar a ele o exposto no artigo 104 do Código Civil, necessitando preencher os requisitos: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei; para que tenha validade (VINCI JÚNIOR, 2015, p. 310). Além destes requisitos outros se impõe, no caso desse compromisso na defesa do consumidor, através do artigo 6º, § 3 do Decreto Federal nº 5.181, colocando ser necessário, no termo, ser expresso cláusulas com condições de obrigação do fornecedor de adequar sua conduta às exigências legais, em um determinado prazo, citando em suas clausulas, também, pena pecuniária, diária, pelo descumprimento do ajustado, levando-se em conta a situação do

infrator, além de ressarcimento das despesas de investigação da infração e instrução do procedimento administrativo.

Diante da necessidade de homogeneização de como formular o Termo de Ajustamento de Conduta e ter, portanto, certa segurança jurídica, o CNMP publicou a Resolução nº 179. Esta Resolução, de maneira objetiva, trata do Termo de Ajustamento de Conduta como negócio jurídico que visa adequar as condutas aos paradigmas legais, defendendo os interesses transindividuais, isto posto em seu artigo 1º.

Outrossim, não podendo o Ministério Público jamais renunciar a direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos na celebração do termo, exposto no artigo 1º, §1º da mesma Resolução. Esse compromisso pode ser ajuizado em qualquer momento, inquérito civil, investigação ou processo judicial, e tem que conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, sendo esses requisitos de validade do termo, artigo 3º da resolução, deve conter também uma previsão de multa diária ou outras espécies de cominação para o caso de descumprimento das obrigações nos prazos assumido, diante do artigo 4º da resolução.

Em caso de descumprimento do compromisso, integral ou parcialmente, o órgão fiscalizatório do Ministério Público deve executar o título executivo extrajudicial de acordo com as cláusulas de mora ou inadimplência, artigo 11. Além disso, o Ministério Público tem legitimidade para executar os termos firmados por outros legitimados, desde que o outro tenha apresentado omissão frente ao descumprimento das obrigações assumidas pelo agressor, como ratificado no artigo 12.

Por fim, mister é que no artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor trouxe-se para o título “Da Defesa do Consumidor em Juízo” as ações da Lei Federal nº 7.347/85, agregado a isso advindo o Termo de Ajustamento de Conduta como ação cabível para a defesa dos consumidores.



#### 4. Caso prático: intervenção do Ministério Público na greve dos caminhoneiros.

No percurso histórico houveram diversas manifestações, protestos e greves protagonizados pelos caminhoneiros contra os altos preços dos combustíveis (TERRA, 2018). A “Greve dos Caminhoneiros” foi uma série de protestos feitos principalmente pela classe, esse evento eclodiu em âmbito nacional a partir da terceira semana de maio de 2018, sendo erguida por associações de caminhoneiros autônomos e contra a política de preços da PETROBRAS (G1, 2018). O movimento só durou 10 dias (EL PAÍS, 2018), mas afetou o fornecimento de alimentos e combustíveis no Brasil (GAZETA DO POVO, 2018).

Devido a essa crise de abastecimento produtos como combustíveis e alimentos ficaram escassos, provocando, por aproveitamento ilícito de situação peculiar, um valor mais alto indevidamente. Seguindo a regra que enquanto a excessiva quantidade de um bem faz seu valor diminuir, a sua reduzida quantidade faz com que seu preço aumente, normalmente (BESSA; MOURA; SILVA, 2014, p. 177).

Contudo, a esse fornecedor que vende a preços abusivos aproveitando-se do momento de caos está transgredindo o ditado pelo artigo 39, incisos V e X do Código de Defesa do Consumidor, o primeiro determina que não se imputará vantagem excessiva sobre o consumidor e o segundo que não se pode elevar sem justa causa o preço de produtos e serviços pelo fornecedor. Tal norma incide sobre o fato do aumento excessivo do preço dos combustíveis em um momento de necessidade do consumidor, pois o fornecedor aumenta o preço de seu produto, sem a majoração do custo de sua atividade, ocorrendo vantagem manifesta e sem justificativa, podendo ser configurada uma prática abusiva (BESSA; MOURA; SILVA, 2014, p. 177). O Termo de Ajustamento de Conduta é entendido conforme a realidade social de tutela do consumidor, na dúvida a favor do consumidor, além disso, essa alteração dos preços de

maneira abusiva é contra a boa-fé objetiva, não sendo tolerado pelo ordenamento consumerista (TARTUCE; NEVES, 2016, p. 367).

Dado este contexto, se caracteriza uma lesão ao direito dos consumidores, resta saber o tipo do interesse de reparação. Chega-se à conclusão que, diante das características peculiares dos direitos ou interesses difusos, tal direito é caracterizado, afinal a própria sociedade é lesionada pelo aumento exorbitante do preço dos combustíveis devido ao desabastecimento gerado pela greve dos caminhoneiros, não apenas um certo motorista, além disso, o único vínculo desses consumidores é a circunstância fática de precisarem abastecer seus veículos e os postos com combustível, em sua maioria, abusarem de sua posição e aumentarem de maneira abusiva o valor de seus produtos.

Tendo caracterizado o direito difuso se aplica a tutela coletiva do consumidor, nessa sendo legitimada pelo artigo 82 do CDC o Ministério Público (DENSA, 2012. p. 6.). Mas como esta entidade pode atuar neste caso?

Poderia ser feita uma recomendação, na qual o Ministério Público expõe razões fáticas e jurídicas no intuito de persuadir o destinatário a agir ou não agir de determinado modo, como estabelece no artigo 1º da Resolução nº 164 do Conselho Nacional do Ministério Público. Esse meio foi optado, inicialmente, pelo Ministério Público Estado do Rio Grande do Norte, que recomendou (Recomendação nº 006/2018) aos postos de gasolina que não aumentassem abusivamente o preço em decorrência da greve dos caminhoneiros, considerando que os postos aumentaram os valores de seus produtos de maneira excessiva e sem justa causa, elucidando que tal atitude é crime contra a ordem tributária e econômica, pois fixação artificial de preços é crime, segundo o artigo 4º, inciso II, alínea a da Lei Federal 8.137, ainda especificando que, em caso de descumprimento, os infratores estariam sujeitos a sanções como suspensão temporária da atividade, multas, cassação de licença do estabelecimento ou de atividade e interdição da atividade, nos termos do artigo 56, do Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, as ferramentas do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública poderiam ser cabíveis, no entanto não é este o foco deste estudo, por conseguinte, retém-se a pesquisa no Termo de Ajustamento de Conduta.

Pode-se o Ministério Público, tendo apurado a lesão aos direitos do consumidor, firmar um Termo de Ajustamento de Conduta visando trazer a conduta do lesionador para a legalidade, ele se comprometendo a não realizar novamente a conduta danosa (VINCI JÚNIOR, 2015, p. 305-306). Esta alternativa funcionaria como um negócio jurídico, no qual o dono de postos nos quais ocorressem o ilícito se comprometeriam extrajudicialmente, no caso de não cumprimento sendo executados diretamente em multas e judicialmente penalizados. Esse termo poderia, inclusive, conter a previsão de uma indenização dos postos, para que seja reparado o dano que já foi cometido, sendo essa indenização revertida ao fundo expresso no artigo 13 da Lei Federal nº 7.347/85. Por fim, o Termo deve conter sobre quais infrações ele se rege, sobre perigo de, dada outra infração, o infrator alegue bis in idem. (TJ-PR - APL: 16242536 PR 1624253-6 (Acórdão). Rel. Nilson Mizuta, DJ: 21/03/2017. Data de Publicação: 06/04/2017).

## 5. Conclusão

Fica evidente, portanto, que no Direito das Relações de Consumo existe a possibilidade de tutela administrativa do consumidor. O que permite que ocorra a resolução dos conflitos de modo mais eficiente e mais direto do que buscar como primeira solução a judicialização da questão. Por conseguinte, o fim de pacificação social almejado pelo Direito é satisfeito por tais meios.

A instituição foco do estudo foi o Ministério Público, pois este é o primeiro dos legitimados para realizar a defesa dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Pode-se realizar-se tal defesa por instrumentos de solução extrajudiciais como o Termo de Ajustamento de Conduta, sendo este o foco deste estudo.

Destarte, o TAC ao contrário dos demais, é um meio de tutelar-se administrativamente o consumidor, sendo assim uma ferramenta sui generis na garantia dos direitos transindividuais pelo Ministério Público. Por conseguinte, o Ministério Público, como legitimado, pode, dada a lesão à direitos metaindividuais ajustar este compromisso de modo consensual com a parte lesionadora, garantindo a pacificação social de modo eficaz. Enfim, o Ministério Público já possui dispositivos legais e constitucionais que lhe deem a legitimidade para atuar desta forma, resta que os promotores utilizem de seus instrumentos na superação da cultura que estabelece como sinônimos a inafastabilidade da justiça e a inafastabilidade do judiciário.

## Referências

- ALVES, Fabrício Germano. **Proteção constitucional do consumidor no âmbito da regulação publicitária**. Natal: Espaço Internacional do Livro, 2013.
- ALVES, Fabrício Germano. **Direito publicitário: proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Teoria geral do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de; SILVA, Juliana Pereira da (coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014
- BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas do Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). **Lei nº 8. 078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.
- BRASIL. **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências
- BRASIL. **Lei da Ação Civil Pública**. Lei Federal nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil Pública**: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**: ano base 2016. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 23 de 17 de setembro de 2007**. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 164, de 28 de março de 2017**. Disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017**. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público a tomada do compromisso de ajustamento de conduta

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**: Teoria geral da relação jurídica de consumo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DENSA, Roberta. **Direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

EL PAÍS. **Greve dos caminhoneiros**: as últimas notícias da crise dos combustíveis. Como contamos em tempo real mobilização dos motoristas de caminhão contra a alta do preço do diesel. São Paulo; Recife; Brasília: El País, 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/29/politica/1527606448\\_686766.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/29/politica/1527606448_686766.html). Acesso em: 29 maio 2018.

FERREIRA, Cristiane Aneolito. **Termo de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

G1. Cronologia: greve dos caminhoneiros. Trajetória tem escalada de prejuízos pelo Brasil e sequência de negociações frustradas. Associações deram primeiro ultimato na sexta (18); uma semana depois, Temer critica 'minoridade radical' e aciona tropas federais. [S.l.]: **Portal de Notícias G1**, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/cronologia-greve-dos-caminhoneiros.ghtml>. Acesso em: 28 maio 2018

GAZETA DO POVO. Caos se instala no país após sete dias de greve dos caminhoneiros. Veja balanço. No setor de alimentos, por exemplo, expectativa é que a normalização do abastecimento de carne de aves e suínos leve até dois meses. [S.l.]: **Gazeta do Povo**, 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/caos-se-instala-no-pais-apos-sete-dias-de-greve-dos-caminhoneiros-veja-balanco-30g6lwf3bxhh7z4y95vhxu2h>. Acesso em: 29 maio 2018.

GIANCOLI, Brunno Pandori; JÚNIOR, Marco Antonio Araujo; BARROSO, Darlan (coord.). **Difusos e coletivos**: direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Interesses Difusos e Coletivos**. Direito do consumidor: tutela das relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, p. 321 – 344, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.

MURADIAN, Milena. **Responsabilidade pelo fato de serviço no código de defesa do consumidor**. 2013. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (org.). **Manual de direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2012.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrado de. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Angélica Almeida Gonçalves de. **A aplicação do código de defesa do consumidor aos comerciantes informais chamados “Camelôs”**. 2014. 104f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2014,

OLIVEIRA, Thiego Moreira de. **Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e o incidente de resolução de demandas repetitivas: demandas seriais em perspectiva**. 2014. 73f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2014.

POLLI, Fernando Gabbi; LUFT, Mayumi Iguchi. Sociedade de informação, ambiente virtual e código de defesa do consumidor: possibilidade de responsabilização das redes sociais em razão de danos causados aos usuários através da ótica consumerista. **Dataveni@**, v. 7, n. 12, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7425/pdf>. Acesso em: 12 maio 2018

PORTELA, Camila Rocha. **A defesa dos direitos individuais homogêneos pelo ministério público**. 2009. 77 f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2009.

RAPOSO, Anna Beatriz Lacerda. **A questão do estacionamento de shopping centers: a quem compete ditar suas regras?** 2016. 56f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2016

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECOMENDAÇÃO Nº 006/2018. Natal: Ministério Público do Rio Grande do Norte Promotoria de Justiça de Promotoria de Defesa do Consumidor da Comarca de Natal, 2018. Disponível em: [http://www.mprn.mp.br/Portal/files/20180525\\_postos.pdf](http://www.mprn.mp.br/Portal/files/20180525_postos.pdf). Acesso em: 30 maio 2018.

RIBEIRO, Pablo da Costa; DE ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso. O papel do Ministério Público na educação ambiental por meio do termo de ajustamento de conduta. **Dataveni@**, Santa Maria, RS, v. 8, p. 541-558, abr. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/8380/5072>. Acesso em: 1 jun. 2018.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei Complementar nº 141**, de 9 de fevereiro de 1996. Dispõe sobre a Lei Orgânica e Estatuto do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

SANTANA, Hector Valverde. **Dano moral do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Karoline Gonçalo da. **Promotorias de Justiça do Consumidor de Natal: uma análise dos objetos de denúncia, período 2014-16**. 2017. 60f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Administração). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2017.

SOUZA JUNIOR, Arlan Medeiros Soares de. **Análise jurídica acerca da multa pela perda da comanda em estabelecimentos comerciais**. 2015. 50f. Monografia (Graduação

em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2015.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TERRA. Greves de caminhoneiros pelo mundo e seus efeitos. [S.l.]: **Portal de Notícias Terra**, 2018. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/greves-de-caminhoneiros-pelo-mundo-e-seus-efeitos,0c70ea817eb74150c48de2a39c3c910dmtoe7wdb.html>. Acesso em: 29 maio 2018

TJ-PR - APL: 16242536 PR 1624253-6 (Acórdão), Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 21/03/2017, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 2005 06/04/2017.

VINCI JÚNIOR, Wilson José. As Empresas Estatais e o Compromisso de Ajustamento de Conduta. **Dataveni@**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, ago. 2015. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/54168/38395>. Acesso em: 25 maio 2018.

Artigo recebido em: 12/04/2021.

Aceito para publicação em: 06/12/2022.

# “*Babyveillance*” e “*oversharenting*” à luz da proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente

## “*Babyveillance*” and “*oversharenting*” in light of the protection of fundamental rights of children and adolescents

Conrado Paulino da Rosa<sup>1</sup>

Victória Barboza Sanhudo<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo expor algumas complexidades da sociedade contemporânea, em especial no que toca à superexposição do público infantojuvenil e, com base em pesquisa empírica realizada pelos pesquisadores, pretende também refletir acerca da visão dos pais a respeito da exposição dos filhos em ambiente virtual e da importância da proteção à privacidade infantil. Com a finalidade de promover o trabalho, adotou-se o método dedutivo com a utilização de metodologia quali-quantitativa. Concluiu-se que crianças e adolescentes não ficam imunes à exposição inerente à sociedade do espetáculo e da informação, sendo, muitas vezes, expostos por seus genitores; que os fenômenos do oversharenting e babyveillance apresentam riscos aos direitos de personalidade dos filhos, em especial imagem, intimidade, vida privada e respeito; que a maioria dos pais entrevistados na pesquisa autoral já publicou fotos dos filhos nas redes sociais sem pedir sua autorização e que mais da metade já refletiram que essas publicações podem ter impactos futuros negativos, a depender do conteúdo postado; que a tutela da privacidade infantil é medida que se impõe na sociedade contemporânea como forma de respeito à doutrina da proteção integral, adotada pelo ordenamento brasileiro.

**Palavras-chave:** Superexposição. *Babyveillance*. Direito da criança e do adolescente. Doutrina da proteção integral.

**Abstract:** This article aims to expose some complexities of contemporary society, especially with regard to the overexposure of children and adolescents and, based on empirical research carried out by researchers, intends to reflect on the view of parents regarding the exposure of their children in an online world and the importance of protecting children's privacy. In order to promote the work, the deductive method was adopted

---

<sup>1</sup> Coordenador e Professor do curso de Pós-graduação em Direito de Família e Sucessões da FMP. Pós-Doutor em Direito pela UFSC. Doutor em Serviço Social pela PUCRS. Mestre em Direito pela UNISC, com defesa realizada perante a *Università Degli Studi di Napoli Federico II*, na Itália. Advogado especializado em Família. Membro da Diretoria Nacional do IBDFAM e da Diretoria Executiva do IBDFAM-RS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6625-2671>.

<sup>2</sup>Graduanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, do PPGD da FMP/RS. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2539-2513>.



with the use of quali-quantitative methodology. It was concluded that children and adolescents are not immune to exposure inherent to the spectacle and information society, often being exposed by their parents; that the phenomena of oversharenting and babyveillance pose risks to the personality rights of children, in particular image, intimacy, privacy and respect; that most of the parents interviewed in the authorial survey have already published photos of their children on social networks without asking for their authorization and that more than half have already reflected that these publications may have negative future impacts, depending on the content posted; that the protection of children's privacy is a measure that is imposed in contemporary society as a way of respecting the integral protection doctrine, adopted by the Brazilian legal system.

**Keywords:** Oversharenting. Babyveillance. Child and adolescent rights. Integral protection doctrine.

## 1. Introdução

Contemporaneamente, as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) marcam forte presença nas relações intersubjetivas. Vê-se, cada vez mais, um mundo conectado, interligado pelas redes, que tem como principal característica a exposição contumaz dos usuários pelos próprios usuários. Nessa conjuntura, seja por anseios narcísicos, aprovação social ou para ser visto no ambiente on-line, por vezes adultos expõem sua própria vida e, concomitantemente a isso, a dos seus filhos crianças e adolescentes também.

Ocorre que, nos mais das vezes, essa exposição é deflagrada de forma excessiva – seja por um viés quantitativo, seja qualitativo – de forma que os direitos de personalidade titularizados pelo público infantojuvenil são postos em xeque. Nesse sentido, o papel da família, que, após a Carta Constitucional de 1988, deveria ser o de proteger e promover a dignidade humana de seus membros mostra-se fragilizada, já que quem deveria proteger e orientar adota atitudes em sentido diametralmente oposto.

A partir desses desafios, a pesquisa, no primeiro momento, oferece breves impressões acerca da sociedade do espetáculo e os limites da busca de curtidas pelos usuários de redes sociais, em especial quando os filhos são alvo dessa exposição digital. Em segundo lugar, esse fenômeno da superexposição é abordado numa perspectiva de linguagem numérica. Por fim, no terceiro

eixo, é trazida a importância de tutelar a privacidade infantil na sociedade contemporânea, sobretudo pela escalada da Internet, cada vez mais difusa na nossa realidade..

## 2. A sociedade do espetáculo e “Babyveillance”: vivenciamos um “topa tudo por curtidas”?

Não traz quase nenhum espanto a notícia de que nossas residências – e vidas, de modo geral –, no atual panorama tecnológico, são cada vez mais exibidas a um sem número de pessoas por meio das telas que nos acompanham em praticamente todos os momentos do cotidiano. Nossos lares perdem a função de proteção da intimidade da família para assumir, então, um papel quase que tão público como filmes de cinema.

Esse fenômeno contemporâneo, que ganhou força em especial depois da democratização de acesso a aparelhos móveis conectados à Internet, é marcado por uma verdadeira espetacularização da personalidade dos indivíduos e exibição da sua intimidade. Vislumbra-se, então, uma alteração crucial nas bases sobre as quais as subjetividades modernas foram erigidas, passando de um *locus* interior para uma exteriorização do eu, de forma que, ao invés de olhar para dentro (em uma postura introspectiva), as novas práticas impelem o sujeito a se mostrar para fora (SIBILIA, 2017, p. 131).

Nesse contexto, e tratando-se especificamente das redes sociais, surgiu, dentre os usuários, a fantasia de se tornar celebridade (aliás, não à toa na maioria dessas ferramentas de comunicação utiliza a nomenclatura “seguidor”). Foi incorporado à rotina a publicação de fotos *gourmet*, a realização de *check-in* no aeroporto, a exibição da família perfeita e feliz, dentre outros (PRIOSTE, 2020, p. 151). Aliás, prova disso é que grande parte das crianças e adolescentes não mais querem ser modelos, jogadores de futebol e afins, querem, na realidade, se tornar *influencers*<sup>3</sup>, o que não é

---

<sup>3</sup>Segundo matéria no *site* Canal Tech, redigida por Nathan Vieira, (2020), “digital influencer (ou, traduzindo literalmente, influenciadores digitais), basicamente, é a pessoa que detém o

problematizado por muitos dos pais, já que se trata de um meio de exposição excessiva, mas que tem a finalidade de que o filho alcance relevância na comunidade *online* (DALLEMOLE; FLEISCHMANN, 2022, p.276-277).

Ora, da tessitura acima narrada, ainda que de forma extremamente singela e redutora de complexidades, é possível vislumbrar que um dos mais relevantes desafios do ambiente digital é distinguir a delimitação entre a vida que é pública, que todos têm acesso, incluindo, nesse ponto, amigos, familiares e terceiros de modo geral, da vida privada, que, em princípio, é atinente a um espaço íntimo, mais restrito. Tal problemática se constitui um desafio ainda para aqueles que, em tese, estão mais acostumados ou sabem lidar melhor com o mecanismo da Internet.

Nessa linha, em relação aos filhos, esse fenômeno tem acontecido de maneira cada vez mais precoce, iniciando já na fase gestacional. Utiliza-se como exemplo o caso do menino Jake Lee, filho da *influencer* Sammy Lee com o hipnólogo e ex-participante do programa *Big Brother Brasil* Pyong Lee, durante o ano de 2019. Antes mesmo de nascer, o menino já contava com página pessoal no *Instagram* (ainda que tenha o aviso de que a administração ocorre por parte da mãe) e atualmente, com cerca de 2 anos e 9 meses, já tem dois milhões e trezentos mil seguidores.

No perfil, que é de acesso público, é possível localizar imagens de ultrassom, vídeos e fotografias de quando era bebê, dando os primeiros passos, de momentos carinhosos com os pais, vestindo roupas de fantasia infantil, brincando no parque, enfim, acontecimentos da rotina da criança. E não para por aí: quando questionado por um seguidor no *Twitter*, que indagou “desde quando bebê tem rede social?”, o genitor respondeu “desde que eu decidi. O filho é meu.” (UOL, 2020).

---

poder de influência em um determinado grupo de pessoas. Esses profissionais das redes sociais impactam centenas e até milhares de seguidores, todos os dias, com o seu estilo de vida, opiniões e hábitos”.

Do mesmo modo, mas ainda de forma mais recente, ocorreu com o filho dos ex-participantes do mesmo programa televisivo, Viih Tube e Eliezer, que anunciaram a gravidez no final do mês de setembro de 2022 (G1, 2022). Pouco tempo após a publicização da notícia, mesmo sem saber o sexo do nascituro, os pais também criaram perfil no *Instagram*, denominando a página de “Baby EliTube” a partir da junção dos seus nomes, que, dias depois, já contava com mais de quinhentos mil seguidores (EXTRA, 2022).

A primeira postagem realizada consiste numa foto dos pais ao lado do teste de gravidez positivo e de um exame de ultrassonografia. O mais chocante, ainda, é a legenda, que foi escrita em primeira pessoa, como se fosse o feto falando: “Se vocês vissem como minha mãe é emocionada, já tem diário que ela está escrevendo para mim” (LUA, 2022).

Em seguida que anunciado o sexo de bebê e seu respectivo nome, o registro do usuário foi alterado e no dia subsequente, a conta em nome da menina atingiu a marca de um milhão de seguidores (EXTRA, 2022). Atualmente, o perfil registra cerca de um milhão e cem mil seguidores e, no momento da escrita desse artigo contava dezenove publicações, as quais detalham momentos do chá revelação, realização de exames, crescimento gradual da barriga da genitora, dentre outros.

A situação ocorrida com duas filhas de outra *influencer* brasileira de grande notoriedade também não se distancia muito dos casos já expostos. Maria Alice e Maria Flor, descendentes de Virgínia e do cantor Zé Felipe, também titularizam perfil no *Instagram*. A questão é que as bebês, com cerca de 1 ano e 6 meses e 1 mês de vida, respectivamente, são as crianças mais seguidas do Brasil, contando com aproximadamente sete milhões e oitocentos mil seguidores.

E mais: no dia seguinte ao nascimento da segunda filha, aproveitando a atenção midiática voltada a esse acontecimento, a mãe anunciou o lançamento de uma marca de produtos infantis, incluindo *shampoos*, condicionadores, perfumes, espumas de banho, etc, por meio da sua conta

pessoal na mesma rede social. Para se ter ideia da magnitude de pessoas atingidas pela influência digital de Virgínia, nas 24 horas seguintes a esse anúncio, foram vendidos mais de vinte e cinco mil produtos (REDAÇÃO PAIS&FILHOS, 2022).

Segundo ela, a marca é para as próprias filhas e todo o lucro obtido com as vendas será direcionado para sua criação até que elas possam, por conta própria, administrá-la (ALCANTARINO, 2022). Não bastasse isso, as modelos da marca lançada são as próprias Maria Alice e Maria Flor, que foram clicadas juntamente aos produtos e sua página pessoal do *Instagram* contém diretamente o *link* para compras, servindo, sem dúvidas, como forma de publicidade.

A esse ponto, com certeza já ocorreu ao leitor, no mínimo algum caso de outras crianças ou eventualmente adolescentes semelhante àqueles suprarreferidos, que são cotidianamente expostos nas redes das mais diversas formas. É óbvio, portanto, que, embora tenha se escolhido o ocorrido com “Baby EliTube”, Jake Lee e Maria Alice e Maria Flor como ponto de partida, exemplos não faltam. Contudo, é necessário que essas situações sejam não só problematizadas, como também analisadas juridicamente.

Veja-se, num primeiro momento, que a Constituição Federal de 1988 elegeu novas bases sobre as quais os ramos do Direito seriam recriados, incluindo o direito da criança e do adolescente e das famílias. Foi ela a responsável por inaugurar um novo momento histórico voltado à atenção da família, estabelecendo que esta é a base da sociedade e que deve ser constituída tendo a igualdade como principal matiz (MORAES, [2002?], p. 07).

Nessa conjuntura, a Carta Constitucional promoveu, com efeito, uma verdadeira guinada no sistema jurídico até então vigente, o que acabou por refletir, também, no Direito Civil. Reconhecendo direitos fundamentais e colocando a pessoa humana como centro na nova ordem jurídica, a estrutura liberal e patrimonialista, representada pelo Código Civil de 1916, se viu em ruínas (ALVES, 2020, p. 93-94).

A partir disso, ocorreu a denominada “repersonalização do direito civil” – e, por consequência lógica, também do direito de família –, que culminou na necessidade de que as esferas tradicionais do Direito Privado sofressem uma releitura ampliativa, com forte influência da dignidade da pessoa humana. Significa dizer que, nesse contexto, desenvolveu-se uma hermenêutica construtiva para revisar institutos clássicos tendo como ponto de partida uma abordagem fundada na promoção das pessoas envolvidas nas relações interpessoais (CARVALHO, 2019, p. 75). Adotou-se, assim, a ótica da funcionalização, sendo que a família, dentre outros institutos, passou a estar funcionalizada à concretização da dignidade de seus membros (ALVES, 2020, p. 93-94).

Como um dos reflexos dessa alteração substancial de paradigma, deflui a adoção da doutrina da proteção integral dos infantojuvenis, constitucionalizada no artigo 227 e concretizada em âmbito infraconstitucional pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990). Tal doutrina está alicerçada em duas premissas indispensáveis, quais sejam, o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (VERONESE; LIMA, 2012, p. 54), sendo que esta última, por seu turno, está fundada na maior vulnerabilidade<sup>4</sup> dessa parcela da população, variável que permite atribuir-lhes uma proteção diferenciada, com o objetivo de que consigam se estruturar enquanto pessoa (PEREIRA, 2012, p. 154). Além do mais, a proteção integral define a responsabilidade da proteção a esses indivíduos e da garantia dos direitos os quais titularizam à família, sociedade e ao Estado,

---

<sup>4</sup>Leia-se vulnerabilidade no sentido conferido pelos professores Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques (2014), como “um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa”.

criando uma situação de compartilhamento de responsabilidades (WAGNER; VERONESE, 2022, p. 13).

Esse é o aporte teórico-prático que garante, desde a inauguração desse novo olhar, que crianças e adolescentes façam jus a direitos de personalidade, assim compreendidos como aqueles direitos “reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem” (BITTAR, 2015, p. 29).

Adotada uma concepção jusnaturalista, esses direitos são inerentes à própria condição humana, razão pela qual são estruturados em princípios e cláusulas abertas, além de não se circunscreverem somente àqueles que estão positivados em nosso Código Civil (artigo 11), mas sim a um dos fundamentos da República: a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). Independente do prisma sob o qual tais direitos sejam analisados, devem sempre estar alinhados a essa fundamentação genérica, que assume uma função informativa do ordenamento jurídico como um todo (BITTAR, 2015, p. 36).

Dividem-se, segundo classificação proposta por Carlos Alberto Bittar (2015, p. 49), em direitos físicos, que são referentes a componentes materiais dos seres humanos, como a integridade corporal (corpo e imagem, por exemplo), direitos psíquicos, que abrangem elementos intrínsecos à personalidade (intimidade e sigilo) e, por fim, direitos morais, concernentes aos atributos valorativos de determinada pessoa perante a coletividade (honra e identidade).

Nesse sentido, os casos de notória repercussão midiática e digital aludidos anteriormente, exprimem, como se deve imaginar após essas breves considerações, uma afetação – em maior ou menor grau – na esfera dos direitos dos filhos, em especial os direitos à imagem, à honra e à vida privada.

Esse direito à imagem pode ser concebido como o direito que a pessoa tem sobre sua forma plástica e os componentes físicos distintos que a individualizam perante a sociedade, unindo a pessoa com a própria expressão

externa (BITTAR, 2015, p. 153). Também pode ser interpretado levando em consideração a representação que o indivíduo mantém na sociedade, isto é, a forma com que é percebido por terceiros, constituindo a chamada “imagem-atributo” (NEVES, 2013).

Sua violação ocorre mediante o uso indevido, ou seja, não consentido dessa representação exterior, em afronta ao preceito constitucional do artigo 5º, X e ao artigo 20 do diploma civilista. De se pontuar, ainda, que se trata de direito autônomo, e, assim sendo, sua lesão independe de qualquer configuração de lesão à honra do indivíduo (SCHREIBER, 2011, p. 103).

Trazendo essa perspectiva para a sociedade contemporânea, sobremaneira para as redes sociais e demais meios de socialização virtual, verifica-se que a imagem virou um elemento de autossustentação, devido ao interesse que se tem em explorá-la comercialmente (BITTAR, 2015, p. 159). As dificuldades marcantes quanto a sua tutela também derivam do fato de a Internet ser marcada pela exposição pública e transmissão de informações em tempo real (SCHREIBER, 2010, p. 124).

Quanto ao público infantojuvenil, importa enfatizar que a preservação da imagem integra o direito ao respeito, entabulado no artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que consiste, além da tutela do citado direito, na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente e abrange a preservação da identidade, autonomia, valores, ideias e crenças, etc.

É inquestionável, portanto, que o “Baby EliTube”, Jake Lee e Maria Alice e Maria Flor têm seu direito à imagem violado, o que afronta, por via de consequência, também a sua proteção integral. Constantemente em seus perfis a sua representação externa, registrada em vídeos ou fotografias, é exposta de maneira indevida por seus pais nas redes.

No caso das últimas duas crianças, ainda, que são irmãs, há nuances a serem consideradas. Isso porque a violação do seu direito à imagem, diferentemente dos demais citados, não ocorre apenas num contexto de



exibição da rotina ou dos momentos marcantes no seu desenvolvimento. Ocorre, sim, num contexto de exploração comercial, de modo que as meninas são “modelos, vitrines vivas de produtos para serem demonstrados nas prateleiras do comércio digital” (GOLDHAR; MIRANDA, 2021, p. 157).

Ademais, a honra dos indivíduos também pode restar violada em alguns desses casos, a variar de acordo com a publicação realizada. No direito à honra, o bem jurídico tutelado é a consideração de que a pessoa goza perante o meio social, de modo que pode ser atingida pela simples imputação de fato ofensivo à sua reputação capaz de prejudicá-la (BITTAR, 2015, p. 201-202).

Conforme se viu, embora em grande parte das ocasiões esteja praticamente amalgamado com o direito à imagem, ambos possuem seus próprios fundamentos, pois são autônomos entre si e a violação de um nem sempre enseja a violação do outro. A honra pode ser afetada no caso de ser exposta alguma situação vexatória, como, por exemplo, publicização da criança em meio a lágrimas por estar frustrada com algum acontecimento, ou durante convivência com outras pessoas, com “brincadeiras” que as humilham.

Quanto à privacidade, é notório que também é violada. Em breves linhas – em razão do resguardo do tema ao momento oportuno neste trabalho – a privacidade é composta por duas acepções, que se complementam: a mais restrita, que diz respeito ao círculo da intimidade da pessoa humana, e a mais ampla, referente ao controle dos dados e informações pessoais pelo titular (SCHREIBER, 2010, p. 128).

Ora, sendo constatado que essas crianças têm sua intimidade, informações que talvez nem gostariam de vê-las públicas, mostradas a milhões de usuários, bem como que outras pessoas (os pais) estão exercendo o controle das suas informações, é bastante pacífica a afirmação de violação do direito à privacidade.

Em uma “sociedade do espetáculo”, a exposição dos filhos, de maneira cada vez mais precoce, precisa de um olhar atento pelas carreiras jurídicas,

sob pena de violações graves aos direitos de quem a Constituição Federal garante especial proteção.

Sobre a temática, alguns neologismos têm sido criados para caracterizar essas práticas. O primeiro deles é o *babyveillance*, cunhado por Veronica Barassi (2017), sendo formado a partir das palavras *baby* (bebê) e *surveillance* (vigilância)<sup>5</sup> visando caracterizar a exposição da prole ainda no momento da vida intrauterina.

Em relação à superexposição dos filhos após o nascimento, o fenômeno vem sendo denominado de *oversharenting* (em português, superexposição). Em breves linhas, pode ser definido como o “hábito de pais ou responsáveis legais postarem informações, fotos e dados dos menores que estão sob sua tutela em aplicações da internet” (EBERLIN, 2017, p. 258). Todavia, frisa-se que não é qualquer exposição que é apta a configurar o *oversharenting*. Segundo Phoebe Maltz Bovy (2013), somente há superexposição quando o filho é identificável (que não necessariamente significa nome completo) e há a ambição de alcançar audiência em massa.

Na realidade, as situações narradas expressam a ocorrência de uma colisão de direitos, posicionando-se, de um lado, o direito à liberdade de expressão, garantido constitucionalmente aos pais, e, de outro, os direitos de crianças e adolescentes, sendo os mais relevantes aqueles já examinados

---

<sup>5</sup>Apesar da referida pesquisadora ter criado o termo no âmbito de uma pesquisa sobre aplicativos de gravidez, ele se torna perfeitamente aplicável na situação em comento, haja vista que o indivíduo, antes mesmo do seu nascimento, já é alvo de vigilância em uma sociedade que vive à base de uma “economia política de exploração e vigilância de dados” (BARASSI, 2017).

Sobre esse ponto especificamente, convém mencionar o “colonialismo dos dados”, que, segundo João Francisco Cassino (2021, p. 26-27), se trata “de um novo tipo de apropriação no qual as pessoas ou as coisas passam a fazer parte de infraestruturas de conexão informacionais. A apropriação da vida humana (por meio da captura em massa de dados) passa a ser central. Nada deve ser excluído nem apagado. Nenhum dado pode ser perdido”. Nesse contexto, ainda segundo o mesmo autor, os sujeitos colonizados ficam atados a julgamentos fundados em seus próprios dados, diante da ausência, muitas vezes, de transparência quanto aos dados que são coletados, fontes coletoras e como serão efetivamente utilizados.

rapidamente. Expressam, como anteriormente abordado, uma efetiva violação desses direitos que assistem ao público infantojuvenil.

### 3. A exposição infanto-juvenil nas redes sociais em uma perspectiva quantitativa: a necessidade de atenção da sociedade contemporânea

No ano de 2018, o *Children's Commissioner* da Inglaterra, órgão público responsável por promover e proteger os direitos da criança, emitiu o relatório “*Who knows what about me?*”, que versou sobre a coleta e compartilhamento de dados de crianças e adolescentes (CHILDREN'S COMMISSIONER, 2018). A pesquisa tratou de uma série de situações, desde as câmeras que auxiliam os pais a cuidar dos bebês, mesmo de longe, passando pelos brinquedos conectados à internet até chegar à parte específica da relação dos pais com as plataformas de mídias sociais.

Nesse ponto, foi constatado que, em média, os pais que têm filhos de 0 a 13 anos compartilham 71 fotos e 29 vídeos das crianças e adolescentes por ano na Internet, totalizando aproximadamente 100 conteúdos visuais anuais. Em outras palavras, isso significa dizer que, quando o sujeito atinge o marco de 13 anos de idade, seus pais já publicaram, mais ou menos, 1.300 fotos e vídeos dos seus filhos nas redes sociais. A preocupação, nesse caso, reside no fato de que, mesmo tão jovem, a pessoa já foi exposta inúmeras vezes, em muitas delas permitindo a terceiros estranhos ou até mesmo aos algoritmos dessas plataformas terem um conhecimento tão específico de dados a seu respeito, tais como: escola em que estuda, nome (completo ou não), lugares que frequenta, atividades extracurriculares das quais eventualmente participa, entre outras. É também motivo de aflição a evidência demonstrada pelo mesmo relatório de que, na rede social do *Facebook*,  $\frac{1}{5}$  dos pais têm seu perfil aberto para o público, e mais de  $\frac{1}{2}$  são amigos de pessoas que eles sequer conhecem pessoalmente.

Apurando dados ainda mais preocupantes, um estudo feito pela empresa Nominet, em 2016, apontou que, em média, os pais britânicos publicam na Internetem torno de 1.500 fotos de seus filhos até o quinto aniversário da criança, o que, em outras palavras, significa 300 fotos a cada ano. Esse conteúdo é mais compartilhado no *Facebook* (54%), onde os pais têm aproximadamente 295 amigos; no *Instagram* (16%), plataforma em que os pais têm 57 seguidores; e, por fim, no *Twitter* (12%), em que a média é de 69 seguidores (NOMINET, 2016).

No cenário pandêmico, não é novidade que a realidade de milhares de pessoas ao redor do globo tornou-se muito semelhante, já que foram impostas restrições na liberdade de circulação e houve um estímulo para que todos permanecessem em suas residências, em consonância com o que recomendavam as autoridades sanitárias competentes. O reflexo desse panorama chegou, também, às redes sociais, que passaram a ser ainda mais utilizadas para conexão e comunicação com amigos ou familiares distantes.

Dessa forma, os casos de exposição de crianças e adolescentes aumentaram consideravelmente, fato que levou a empresa de segurança digital Avast a aplicar pesquisa com pais brasileiros que tivessem filhos crianças e adolescentes acerca do compartilhamento de conteúdo da prole nas referidas plataformas (AVAST, 2020). Ao todo, foram 500 pais e mães brasileiros entrevistados, e os dados evidenciaram que cerca de 33% dos genitores já publicaram uma foto de seu filho de até dezoito anos nas mídias sociais sem seu consentimento prévio e sem cobrir seu rosto antes de publicá-la. Outros ascendentes (cerca de 12%), um pouco mais cuidadosos, embora tenham postado fotos dos seus filhos, encarregaram-se de, ao menos, cobrir seus rostos. Apenas 24% dos pais publicaram fotos do filho consultando-o previamente, sem, contudo, apagar seu rosto ou cobri-lo.

As informações mostram que apenas 29% dos entrevistados que utilizam as plataformas de mídias sociais nunca publicaram fotos de seus descendentes, o que equivale a, aproximadamente, um terço. *Contrario sensu*,

significa dizer que cerca de 355 pais, dos 500 entrevistados, que usam as plataformas já publicaram fotos das crianças ou adolescentes, o que representa uma quantidade bastante significativa.

No que toca aos possíveis riscos que a divulgação dessas imagens pode causar, 60% dos brasileiros responderam que, em sua concepção, um dos maiores riscos seria a possibilidade de as imagens das crianças ou adolescentes serem compartilhadas para além do ciclo social pretendido e irem parar na mão de estranhos. Além disso, outro fator de risco que também foi aduzido pelo público entrevistado foi que a prole possa ficar mais acessível a abusadores ou predadores sexuais diante da exposição de suas imagens e dados *online*. Segundo a pesquisa, a parcela dos entrevistados que entendeu ser esse o maior risco corresponde a 63%. Na sequência, 40% dos pais acreditam que o maior risco é o *cyberbullying*. Em parcela ainda menor, apenas 34% dos pais acreditam que o grande risco do compartilhamento de conteúdo sobre os filhos reside na infringência do direito à privacidade destes. Em números absolutos sobre o público objeto de pesquisa, essa porcentagem corresponde a apenas 170 pessoas, entre as 500 entrevistadas. Finalmente, apenas 10% delas (mais ou menos 50 pais) creem não haver riscos no compartilhamento das imagens.

A partir dos resultados obtidos, o gerente de marketing e comunicação da empresa, André Munhoz, sugeriu algumas condutas que poderiam ser adotadas pelos pais a fim de que o compartilhamento ocorresse de maneira mais adequada. Entre elas, pode-se listar o ajuste das configurações de privacidade, a visualização e controle sobre os seguidores, a ciência sobre as consequências das postagens e sobre o impacto que elas podem ter, a cobertura do rosto do filho, evitando mostrá-lo nas fotos, e a busca do consentimento do menor de idade.

Outra pesquisa que merece ser comentada foi realizada pela plataforma Security.org, no ano de 2021, a respeito dos hábitos dos pais nas redes sociais, que entrevistou 1.000 pais e adolescentes estadunidenses, na

proporção de 622 pais e 386 adolescentes entre 13 e 17 anos (SECURITY.ORG, 2021).

A título inicial, verificou-se que 77% dos pais já haviam compartilhado *stories*, vídeos ou imagens de seus filhos em redes sociais, percentual que equivale a, mais ou menos, 479 pessoas do público total entrevistado. Nas publicações realizadas por essa quantidade referida de pessoas, mais de 80% utilizaram o nome real de seus filhos, fornecendo dados específicos da criança ou do adolescente sob seus cuidados.

No que concerne à exigência de consentimento ou não dos filhos antes de realizar a postagem, menos de um quarto deles informaram sempre pedir o consentimento do filho, ao passo o mesmo número de entrevistados relatou que pede o consentimento na maioria das vezes, enquanto 29% nunca pedem sua permissão. Traduzindo em números diante do total absoluto, tem-se que, dos 622 inquiridos, 180 sequer pedem a autorização do filho para publicar algum conteúdo que lhe diga respeito e informe seus dados. Observa-se, portanto, que o número de pais que nunca pede o consentimento é maior do que aquele que sempre pede, o que demonstra que a prática de questionar o filho antes de publicar ainda não se tornou realidade para um grande público de pais e mães.

Ainda, o mais preocupante em relação ao tema é que, conforme constou nas estatísticas apresentadas pela pesquisa, 24% dos pais manifestaram que suas redes sociais são públicas, o que significa que qualquer pessoa ao redor do mundo, sendo próxima ou não, conhecida ou desconhecida, poder ver suas publicações, incluindo as fotos de seus filhos. Quando questionados acerca da porcentagem de amigos ou seguidores da sua rede social que efetivamente conhecem, apenas 22% dos pais (cerca de 136 indivíduos) responderam que conhecem integralmente seu público, ao lado de 42% que responderam que conhecem pessoalmente entre 75 e 99% dos seus amigos. Houve, também, 24% que afirmaram conhecer entre 50 e 74% do público virtual, 6% que conhecem

apenas entre 25 e 49%, e 6% que conhecem menos que 25% da sua audiência no mundo *online*.

No mesmo sentido, aproximadamente 8 a cada 10 pais dos entrevistados têm amigos ou seguidores nas redes sociais que eles próprios não conhecem na vida real. Ou seja, cerca de 497 dos 622 pais entrevistados têm pelo menos um amigo ou seguidor virtual a quem não conhece efetivamente. Essa informação é ainda mais alarmante, tendo em vista que reforça o potencial de as publicações no âmbito digital fugirem do controle parental e alcançarem um número indeterminado de pessoas, ameaçando ou lesionando os direitos do público infantojuvenil.

Com intuito muito semelhante ao das pesquisas referidas, os autores também aplicaram pesquisa quantitativa autoral na tentativa de precisar alguns dados sobre a exposição de crianças e adolescentes pelos pais nas redes. Os resultados foram colhidos de 31 de janeiro a 24 de maio de 2022, e o questionário foi aplicado somente de forma virtual.

A pesquisa teve como público-alvo pais e mães com filhos de até 18 anos. Ao todo, exatamente 400 pessoas responderam às indagações propostas, já desprezadas as respostas daqueles que, embora tenham respondido, tinham apenas filhos já maiores de idade e, portanto, não se enquadraram no perfil pretendido. Na primeira pergunta, atinente à publicação de fotos ou vídeos do filho criança ou adolescente nas redes sociais, 93% dos pais responderam afirmativamente, no sentido de que já haviam postado algum conteúdo visual de seu(s) filho(s), enquanto apenas 7% marcaram a opção “não”. Em números, a primeira porcentagem equivale a 372, ao passo que a segunda equivale a 28 pessoas.

Interpelados a respeito da autorização ou consulta prévia ao filho, 71,8% responderam que, quando da publicação, não o consultaram, constituindo a maioria das respostas. Na sequência, 21,3% (85 dos entrevistados) aduziram que pediram o consentimento do filho, enquanto se manteve em 7% a quantidade de pessoas que nunca publicaram fotos ou

vídeos do filho nas redes sociais, obtida na primeira questão. Desse modo, conclui-se que grande parte dos pais publicam conteúdos sobre seus filhos na Internet, sem, contudo, solicitar seu consentimento ou consultá-los previamente, sendo que o percentual obtido na pesquisa é igual a 287 pais.

A terceira questão buscou avaliar se, ao publicar nas mídias, era objeto de cautela e atenção dos pais a preservação dos dados dos filhos no intuito de evitar eventual identificação de suas informações pessoais, tais como o nome, a escola em que a criança ou adolescente estuda e atividades das quais participa. Em resposta, 73,8% disseram preocupar-se com a referida preservação, o que equivale a 295 dos 400 entrevistados, sendo que 20,5% deles admitiram não se preocupar e não adotar esse tipo de postura (82 pais). Ainda, 5,8% afirmaram nunca ter publicado fotos ou vídeos do filho nas redes sociais, em dissonância com os 7% atingidos nas duas interrogações anteriores.

Além disso, pretendeu-se levantar dados sobre o entendimento dos respondentes quanto à intersecção entre rede social privada e proteção dos filhos antes dos dezoito anos. Nesse ponto característico, a metodologia de resposta utilizada foi diversa das demais perguntas, porquanto a indagação consistiu numa afirmativa com a qual os participantes deveriam responder em qual medida concordavam ou discordavam. Para tanto, foi disponibilizada uma escala de 1 a 5, sendo que o 5 exprimia a concordância total, e o 1, a discordância completa. A afirmação resumia-se a “não me preocupo com as fotos e vídeos postados do meu filho, pois minha rede social é privada e somente tem acesso quem eu aceito como amigo/seguiror, o que protege a mim e a ele(s).”

Como resultado, o maior percentual dos pais discordou totalmente da afirmativa (36,8%, o que equivale a 147 do público). Em segundo lugar, 23,5% dos pais marcaram a opção 3, o que permite afirmar que eles nem concordam, nem discordam, visto que tal opção é o meio termo entre as disponíveis. Considerando a opção 4 como “concordo” e 5 como “concordo totalmente”,



afirma-se que, no total, 21,8% dos pais concordaram, tendo 10,3% assinalado aquela, e 11,5%, esta, respectivamente.

De acordo com os dados, no que toca à reflexão prévia dos pais, especialmente acerca dos impactos futuros que a conduta parental de exposição na internet pode causar, mais de metade dos respondentes (54%) assinalaram já terem cogitado a repercussão que isso poderia ter, inclusive em processos seletivos, no mercado de trabalho e na construção de relações sociais, enquanto 36,3% afirmaram nunca ter pensado sobre o assunto. Ao lado disso, 9,8% dos pais (fração correspondente a 39 dos entrevistados) marcaram a opção de que, embora já tivessem pensado que isso poderia acontecer, isso não lhes parecia plausível, ou seja, seria de difícil ocorrência.

Com o fito de proporcionar uma autorreflexão aos entrevistados, eles foram inquiridos sobre sua própria conduta no mundo virtual, em especial quanto ao domínio do uso das novas tecnologias, possíveis impactos, riscos e benefícios e, portanto, sobre saber se portar ante essa nova realidade tecnológica. Nessa questão, 75% (exatamente 300 entrevistados) apontaram que consideram saber se portar adequadamente, enquanto 23,5% informaram ainda estar aprendendo a utilizar as ferramentas. Em quantidade significativamente menor, 1,5% (6 pais ou mães) relataram que não sabiam portar-se adequadamente nesse meio.

A última indagação questionou sobre a pretensão dos pais em proporcionar educação digital aos filhos, respeitadas suas condições de discernimento, idade e maturidade. Aproximadamente 95,5% dos pais afirmaram que, de fato, pretendiam ensinar a eles, ao passo que 4,5% marcaram a opção negativa.

Diante dos dados expostos, pode-se concluir que, efetivamente, a divulgação de imagem de filhos crianças e adolescentes pelos pais tem se tornado cada vez mais presente na realidade social. Além disso, ainda não é possível verificar um hábito consolidado dos pais, no sentido de solicitar a autorização da criança ou do adolescente antes de publicar determinada foto,

conforme a resposta obtida de mais de três quartos dos entrevistados. É bem verdade que é mais fácil obter a autorização consciente de um adolescente se o parâmetro comparativo for uma criança. Entretanto, é de extrema relevância que os pais dialoguem com ela a respeito daquela foto, tentando, ao mesmo tempo, ilustrar a situação e torná-la lúdica, respeitando seu peculiar estado de desenvolvimento.

Os pais poderiam questioná-la, por exemplo, se poderiam compartilhar aquela determinada foto com o “vovô”, com a “titia”, com o primo etc., e ir ampliando esse rol de pessoas até que seja possível extrair que a criança não se importaria com aquela publicação. Não constitui demasia, porém, repisar que se trata de manifestação da vontade extremamente frágil e que, na generalidade, as crianças não têm plena consciência dos riscos e impactos que podem advir dessa autorização. É melhor, no entanto, que essa conversa apareça na relação paterno-filial, ainda que de modo incipiente, do que, de modo contrário, sequer aconteça.

Ao menos, quase três quartos dos pais afirmaram que se preocupam em preservar dados e informações pessoais sobre os filhos, e mais da metade dos entrevistados entende não haver uma proteção absoluta na configuração de privacidade das redes sociais, na medida em que 54,8%, que totaliza 219 pessoas, discordam da assertiva que indica que não há perigos para os filhos quando a rede social é privada, sendo que 36,8% discordam absolutamente, e os outros 18% apenas discordam.

Outro tópico que carece de atenção é que mais de um terço dos pais informaram que nunca pensaram que uma publicação atual possa trazer impactos negativos ao futuro de seus filhos. Esses dados se coadunam precisamente com a abordagem realizada pela professora Stacey Steinberg (2017, p. 847), de que, em grande parte das vezes, os pais praticam essa conduta não porque seu intento é violar direitos do filho, mas porque nem mesmo pensaram sobre a importância que essa conduta poderá assumir num futuro próximo ou remoto.

Por fim, em relação à educação digital dos filhos e ao domínio das tecnologias pelos pais e sua postura no ambiente digital, felizmente, 95,5%, isto é, 382 dos entrevistados, indicaram que pretendem proporcionar educação digital para seus filhos. O questionamento que se apresenta, entretanto, é quanto à contradição em relação à questão a que os entrevistados foram submetidos anteriormente, segundo a qual 75% dos pais entendem que sabem se portar adequadamente no mundo *on-line*.

Isso porque a educação digital consiste no auxílio dos pais quanto à orientação sobre o comportamento digital e a utilização de mecanismos que viabilizam o uso seguro das ferramentas disponíveis durante o exercício da função parental (TEIXEIRA; MULTEDO, 2022, p. 29). Destarte, somente é possível aos pais ensinarem seus filhos a como se portar adequadamente na Internet, adotando medidas que minimizem os riscos de exposição, tendo cautela no contato com pessoas a quem não conhecem pessoalmente, entendendo os reflexos que uma publicação que é realizada hoje pode ter no futuro, entre tantos outros pontos, quando eles próprios já forem possuidores dessas informações e já tiverem procurado saber sobre o assunto.

Em suma, nota-se que a presença de crianças e adolescentes nas redes faz parte da sociedade da informação, materializando-se, algumas vezes, no fenômeno da superexposição. Não há margem para argumentação em sentido contrário, na medida em que tal constatação pode ser extraída da própria realidade fática, verificada tanto pela pesquisa quantitativa, como pelos usuários de redes sociais em geral que, não raras vezes, deparam com situações a demonstrar sua ocorrência.

Corroborando essa ideia, a pesquisa TIC Kids Online Brasil 2021 indica que o acesso da internet pelo público entre 9 e 17 anos cresceu ainda mais. Segundo os dados, 93% deles são usuários da Internet, o que expressa um aumento de quatro por cento em relação a 2019. Na mesma pesquisa, também foi constatado que 88% dos usuários de internet de 9 a 17 anos possuem perfil em alguma rede social, sendo que 80% possui conta no WhatsApp, 62% no

Instagram, 58% no TikTok, 51% no Facebook, 12% no Snapchat e 17% no Twitter, ainda que as plataformas prevejam, em seus termos de uso, idades mínimas – que nem sempre são observadas (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 2022).

#### 4. A importância da tutela da privacidade infantil nas redes na sociedade contemporânea

É inconteste que, cada vez mais, com base nos dados publicados na Internet, os indivíduos têm mais informações a seu respeito no ambiente digital. Isso faz com que sejam deixados rastros ou pegadas digitais, que, em alguma medida, formam um verdadeiro dossiê sobre os usuários – tenha-se, como exemplo, buscas realizadas com o objetivo de compra, cliques, publicações nas redes sociais, comentários, curtidas, amigos, fotos, dados sobre saúde, dentre outros. É o que se tem denominado de *quantified self*, ou, na língua vernácula, o “ser quantificado” (GABRIEL, 2019, p. 36-37). Nesse cenário, é imperioso que o direito à privacidade, especialmente do público infantojuvenil, seja tutelado, ainda que essa proteção seja uma árdua tarefa diante da complexidade das relações contemporâneas, bem como dos números expostos anteriormente.

A privacidade, em especial pela sua importância, é um direito dinâmico, que perpassou por diversas transformações ao longo do curso histórico com o fim adequação à realidade social. Não obstante isso, essas modificações não têm um sentido de ruptura entre si, mas sim de continuidade histórica, de tal sorte que há, entre essas facetas, uma tendência integrativa das diversas manifestações possíveis e sua proteção. Ocorreu, com efeito, um reposicionamento concreto dos interesses envolvidos com objetivo de tutela da pessoa humana (DONEDA, 2021).

Surgida no final do século XIX, com forte inspiração de ideais liberais burgueses e do modelo proprietário, a tutela da privacidade ocorria de maneira preponderantemente individualista (SCHREIBER, 2011, p. 129) no

sentido de que se prestava tão somente a impor um dever de abstenção genérico aos demais, ou seja, contra ingerências de terceiros. Era o chamado *right to be let alone* (direito de ser deixado a só).

Não há necessidade de maiores divagações para concluir que essa concepção inicial se mostrou insuficiente para dar conta da realidade. Isso graças ao alastramento da Internet, ferramenta que pode tranquilamente ser comprada, hoje, à rede e ao motor elétrico na Era Industrial. É ela a responsável por distribuir a força da informação, passando a ser a base tecnológica para a forma organizacional da Era Informacional (CASTELLS, 2003, p. 07). Surgiu a necessidade, portanto, de que fosse concebida a partir de uma visão coletiva.

Em razão disso, contemporaneamente, a proteção da privacidade, além da concepção individualista, originalmente pensada, tem correlação com a proteção de dados pessoais, passando a ser uma fonte de confluência de interesses ligados não apenas à personalidade, como também às liberdades fundamentais da pessoa humana. Pauta-se pela conexão entre as relações própria da personalidade do indivíduo com o mundo exterior (DONEDA, 2021).

Nesse sentido, é relativa ao respeito à esfera privada no indivíduo, em que ele terá condições de desenvolver sua própria personalidade. Essa noção é essencial nos tempos atuais, principalmente para que os titulares do direito não sejam submetidos a formas de controle social a ensejar a anulação da sua individualidade, aniquilando com sua autonomia privada e obstaculizando o livre desenvolvimento de sua personalidade (DONEDA, 2021).

Toma-se como conceito, portanto, o direito à privacidade tanto numa faceta de proteção contra o exterior, como também como “elemento indutor da autonomia, da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral” (DONEDA, 2021).

Interpretada sob uma estrutura tridimensional, tem relevância, neste trabalho, as dimensões decisional e informacional da privacidade. Aquela,

visa à proteção do modo de vida do indivíduo e estabelece uma margem indispensável à autonomia individual sem que ocorra interferências de terceiros. A autodeterminação pessoal e essa autonomia conferem ao titular o direito a ser autor da sua própria história – sem que sua vida seja objeto de comentários e interpretações da sua realidade por pessoas não autorizadas a ingressar em camadas restritas da sua personalidade (PEIXOTO; EHRHARDT JÚNIOR, 2019, p. 41-41). Em suma, a privacidade na sua faceta decisional objetiva garantir que a pessoa seja, em sua integralidade, capaz de viver uma vida tranquila (PEIXOTO; EHRHARDT JÚNIOR, 2019, p. 43).

Em segundo lugar, a dimensão informacional diz respeito a atividades danosas quanto à coleta, processamento e disseminação de informação e invasão (PEIXOTO; EHRHARDT JÚNIOR, 2019, p. 45), sendo que o *oversharenting* tem pertinência temática quanto ao terceiro eixo, que versa sobre a disseminação. Materializa-se, muitas vezes, na revelação de uma informação verdadeira sobre o filho que afeta o jeito com que outras pessoas o veem, na revelação da sua nudez ou, ainda, na ampliação da acessibilidade da informação publicada na rede (PEIXOTO; EHRHARDT JÚNIOR, 2019, p. 46).

Ora, considerando o contexto tecnológico, mostra-se notório que essa disseminação ocorre cada vez mais rapidamente, viabilizando a manutenção dos dados de forma imediata e cumulativa. Enquanto em outro contexto histórico, o que se compartilhava com pessoas fisicamente se mantinha, em grande parte das vezes, registrado apenas no cérebro humano, atualmente, esse registro pode ser compartilhado com milhões de pessoas, sem necessidade de qualquer esforço mnemônico antropológico, o que dificulta eventual deleção posterior (GABRIEL, 2019, p. 63). Nesse sentido, Martha Gabriel (2019, p. 63) conclui que “os ambientes digitais, por sua própria natureza, são desfavoráveis à manutenção da privacidade”.

Em que pese, seja verificada, cada vez mais, a adesão de uma teoria que privilegia a autonomia privada e a mínima intervenção estatal no seio

das relações familiares<sup>6</sup>, tal não se mostra adequado em casos envolvendo crianças e adolescentes. Isso porque, sendo reconhecida a complexidade dessas relações, é necessário um mínimo de intervenção estatal no sentido de envidar esforços para promover políticas garantidoras do desenvolvimento pleno de cada um dos membros da entidade (ALBUQUERQUE, 2012, p. 94).

Além do mais, quando constatada uma potencialidade lesiva à personalidade de algum dos membros mais vulneráveis da família – como ocorre no fenômeno da superexposição –, a intervenção estatal será necessária para que a esses membros, que, no caso estudado, são os filhos, seja dada a oportunidade de construir sua personalidade, pelas próprias escolhas e com a garantia de sua liberdade positiva (FACHIN, 2012, p. 164).

Outro fator que também ressalta a necessidade de tutela da privacidade infantil são os potenciais riscos que as informações publicadas na Internet podem trazer. Nessa linha de intelecção, imperioso sublinhar que os dados postados acompanham o indivíduo durante toda sua vida, podendo serem utilizados, posteriormente, por recrutadores ou até mesmo por empresas de seguro ou instituições bancárias para restringir-lhes acesso a determinadas oportunidades de vida (TEPEDINO; MEDON, 2021, p. 194).

A superexposição pode, também, fazer com que os filhos sejam vítimas de *bullying* ou *cyberbullying* ou serem utilizadas em *sites* de pornografia infantil, gerando risco à segurança do próprio filho e da família como um todo (LEITE; CASTRO; TEOFILO, 2020). Nessa toada, relembra-se que há um lado oculto da Internet – denominado de *dark* ou *deep web* – em que, dentre outros diversos aspectos, volta-se para a prática de crimes sexuais de crianças e adolescentes (SANCHES, 2021, p. 09).

No que tange ao aspecto biopsíquico, os infantojuvenis podem crescer com uma concepção totalmente alterada de privacidade devido a essa exposição excessiva, na medida em que para elas será comum que informações

---

<sup>6</sup>Nesse sentido, oportuno mencionar a teoria do Direito de Família Mínimo, desenvolvida por Leonardo Barreto Moreira Alves.

a seu respeito, sua vida, sua rotina, etc, sejam de domínio público. Ocorrerá, de fato, a naturalização da superexposição, dissipando-se, paulatinamente, a concepção de privacidade (TEIXEIRA; MULTEDO, 2021a, p. 437-438). Também, a significativa redução da privacidade torna crianças e adolescentes não apenas menos suscetíveis de reconhecer os perigos existentes na rede, como também mais propensos a sofrer esses possíveis danos, de acordo com a *United Nations Children's Fund* – UNICEF (2017, p. 20).

Se as postagens forem inadequadas, ocorrerá, ainda, a denominada hipersexualização, que consiste em adultificar precocemente a sexualização do corpo de uma criança ou adolescente (TEIXEIRA; MEDON, 2021, p. 348), na maioria das vezes meninas. Conjugando o *oversharenting* com essa sexualização precoce, não apenas o corpo será sexualizado, como também essa sexualização ocorrerá perante diversos espectadores – nem sempre bem intencionados, como se sabe –, de forma a prejudicar seu desenvolvimento biopsicossocial (TEIXEIRA; MEDON, 2021, p. 349).

Ainda, quando essa exposição excessiva ocorre com finalidades comerciais, como se verifica de forma mais contundente no caso de Maria Alice e Maria Flor, há que se ter ainda mais cautela. Nessa direção, Luciana Brasileiro e Maria Rita Holanda (2019, p. 271) alertam que, nessas situações, lucram, “pais, ou representantes legais, empresas detentoras dos produtos e serviços e os proprietários do grande império das redes sociais”.

Nota-se, então, que a imagem da criança passa a ser vista como um verdadeiro produto digital e, muito embora tenha aparência apenas de exposição pessoal, denota a utilização inadequada dos dados do filho, levando lucro e rendimentos à família toda, direta ou indiretamente. Essa atividade condiciona o indivíduo a uma rotina de exposição, que passa a estar inerentemente imbricada na sua personalidade (BRASILEIRO; HOLANDA, 2019, p. 270), que, frisa-se, ainda está em desenvolvimento.

Veja-se que, a despeito dessa superexposição ser vislumbrada mais frequentemente em se tratando de pessoas famosas, ela não se circunscreve



ao círculo da fama. É suscetível de ocorrer até mesmo quando a criança ou adolescente é exposta a um número reduzido de seguidores, uma vez que esse fenômeno não deve ser examinado apenas num viés quantitativo, mas também qualitativo (MEDON, 2022, p. 269). De outra forma, significa dizer que ainda que seja publicado apenas um conteúdo visual envolvendo o filho poderá haver *oversharenting* quando, do teor da postagem, ficar evidente que se trata de exposição vexatória ou constrangedora.

Assim, destaca-se que a importância da tutela da privacidade infantil radica, justamente, nos riscos que a ausência de proteção pode trazer, em especial quando se fala em ambiente digital. Além do mais, os pais devem refletir acerca da exposição demasiada dos filhos nas redes sociais e quais consequências podem advir desse ato, observado o perfil instrumental da família na contemporaneidade quanto à promoção da dignidade dos seus membros. Conforme exposto no tópico anterior, mais da metade (54%) dos respondentes da pesquisa autoral aplicada já despertaram para as consequências prospectivas que determinada publicação pode ter, o que é um bom sinal.

No entanto, ainda não se pode dizer que a reflexão prévia faça parte da *praxe* parental para proteger a prole na Internet. Nessa direção, muitos deles constroem a identidade digital do filho não porque eles não se preocupam com o desenvolvimento infantojuvenil ou com oportunidades futuras, mas sim porque simplesmente ainda não têm consciência dessa importância (STEINBERG, 2017, p. 867). Não há um hábito sólido dos pais quanto a isso, razão pela qual é indispensável que o assunto seja discutido e, indo além, que sejam disponibilizados e estejam acessíveis a esse público materiais explicativos que elucidem os reflexos da superexposição (GOLDHAR; MIRANDA, 2021, p. 155-156).

Evidentemente que nem todo compartilhamento parental é apto a caracterizar esse fenômeno, pois somente haverá *oversharenting* quando constatada lesão ou ameaça aos direitos de personalidade dos filhos (em

particular, imagem, honra e vida privada). O que se defende, nesta sede, não é a ausência de qualquer exposição infantil nas redes sociais, mas sim que essa exposição não seja excessiva (TEPEDINO; MEDON, 2021, p. 186). Aliás, se realizada, a exposição moderada faculta aos filhos que criem sua identidade digital com a utilização da sua própria autodeterminação afirmativa sob a supervisão responsável dos pais (TEIXEIRA; MULTEDO, 2021b).

À vista disso, os pais devem assumir deveres ativos para tutelar os direitos dos filhos crianças e adolescentes e, também, proporcionar-lhes educação digital de acordo com seu peculiar estado de desenvolvimento. Nessa direção, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata Vilela Multedo (2022, p. 30) referem que a função parental na sociedade contemporânea, no *locus* digital, perpassa, necessariamente, pelos seguintes verbos: orientar, acompanhar, dialogar, consentir e fiscalizar.

Finalmente, forçoso rememorar que, embora fique evidente que no caso da superexposição os pais infringem os deveres oriundos da função parental que lhes é atribuída, é dever de todos a proteção dos direitos de crianças e adolescentes. Como consequência da determinação constitucional do artigo 227, família, sociedade e Estado são responsáveis por promover, proteger e respeitar a imagem, a honra e a vida privada daqueles que são o futuro da sociedade.

## 5. Conclusão

Na era caracterizada pela mitigação paulatina dos espaços íntimos do ser, qualificada pela constante exposição do *eu*, suscita-se o debate de até que ponto fazemos o que fazemos em busca de interações *online*. Dito de outro modo, indaga-se: topamos tudo por curtidas?

A resposta é que, se topamos ou não, como adultos maiores e capazes, resta estreita margem para questionamentos, respeitada a autonomia privada de cada um. No entanto, não podemos assumir (ou, em alguns casos, presumir) que nossas crianças e adolescentes topem essa disputa por número

de inteirações nas redes sociais com seus seguidores, haja vista que os direitos de personalidade aos quais fazem jus se apresentam como limitadores às ações de terceiros, inclusive de pais e responsáveis.

Assim, imperioso que preservemos a privacidade dessas crianças e adolescentes, considerado que não se mostra razoável (e tampouco justo) que eles paguem com consequências prospectivas por atitudes pretéritas que sequer consentiram ou, ainda que consentidas, sequer possuíam discernimento e maturidade, ao tempo do ato, para decidir. Ainda mais considerando que o ambiente digital, *per si*, se mostra contrário à preservação da intimidade, do *eu* mais restrito e posta a dificuldade de deleção de tudo aquilo que já foi um dia publicado.

## Referências

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A família eudemonista do Século XXI. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p. 88-95.

ALCANTARINO, Alexia. Maria's Baby: Virginia Fonseca lança marca infantil para as filhas. In: **Metrópoles**, 23 out. 2022. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/leodias/marias-baby-virginia-fonseca-lanca-marca-infantil-para-as-filhas>. Acesso em: 09 nov. 2022.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AVAST. Disponível em: <https://press.avast.com/pt-br/covid-19-etiqueta-quando-se-trata-de-postar-fotos-de-criancas-nas-midias-sociais>. Acesso em: 12 maio 2022.

BARASSI, Veronica. BabyVeillance? ExpectingParents, Online Surveillanceandthe Cultural SpecificityofPregnancy Apps. **SAGE Journals**, v. 3, abr./jun. 2017. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2056305117707188>. Acesso em: 22 nov. 2022. Tradução nossa.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOVY, Phoebe Maltz. The ethicalimplicationsofparentswritingabouttheir kids. In: **The Atlantic**, 15 jan. 2013. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/sexes/archive/2013/01/the-ethical-implications-of-parentswriting-about-their-kids/267170/>. Acesso em: 11 abr. 2022. Tradução nossa.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASILEIRO, Luciana; HOLANDA, Maria Rita. A proteção de dados pessoais na infância e o dever parental de preservação da privacidade. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coords.). **Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 269-279.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **A crise do direito de família codificado no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2019.

CASSINO, João Francisco. O sul-global e os desafios pós-coloniais na era digital. *In*: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; SOUZA, Joyce; CASSINO, João Francisco. **Colonialismo de dados: como opera a trincheira algorítmica na guerra neoliberal**. São Paulo: Autonomia Literária, 2021.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CHILDREN'S COMMISSIONER. Governo do Reino Unido. **Who knows what about me?** Nov. 2018. Disponível em: <https://www.childrenscommissioner.gov.uk/wp-content/uploads/2018/11/cco-who-knows-what-about-me.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022. Tradução nossa.

Comitê Gestor da Internet no Brasil. **Apresentação dos principais resultados TIC Kids Online Brasil 2021**. São Paulo: CGI, 2022. Disponível em: [https://cetic.br/media/analises/tic\\_kids\\_online\\_brasil\\_2021\\_principais\\_resultados.pdf](https://cetic.br/media/analises/tic_kids_online_brasil_2021_principais_resultados.pdf). Acesso em: 19 ago. 2022.

DALLEMOLE, Deborah Soares; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. Classificação indicativa e produção de conteúdos digitais por crianças e adolescentes. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; JÚNIOR FALEIROS, José Luiz de Moura; DENSA, Roberta. **Infância, adolescência e tecnologia: o Estatuto da Criança e do Adolescente na sociedade da informação**. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2022. p. 267-286.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/215543393/v3/page/RB-1.1>. Acesso em: 19 jul. 2022.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. *In*: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017, p. 256-273. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/0>. Acesso em: 03 maio 2022.

EXTRA. 'Baby Elitube' já tem mais de 500 mil seguidores em perfil criado por Viih Tube, que está grávida de Eliezer. *In*: **Extra**, 21 set. 2022. Disponível em: <https://extra.globo.com/tv-e-lazer/baby-elitube-ja-tem-mais-de-500-mil-seguidores-em-perfil-criado-por-viih-tube-que-esta-gravida-de-eliezer-rv1-1-25575982.html>. Acesso em: 09 nov. 2022.

EXTRA. No dia seguinte ao anúncio de seu nome, filha de Viih Tube e Eliezer chega a 1 milhão de seguidores no Instagram. *In*: **Extra**, 21 set. 2022. Disponível em: <https://extra.globo.com/tv-e-lazer/bbb/no-dia-seguinte-ao-anuncio-de-seu-nome-filha-de-viih-tube-eliezer-chega-1-milhao-de-seguidores-no-instagram-25593625.html>. Acesso em: 09 nov. 2022.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p. 158-169.

G1. Viih Tube anuncia gravidez de Eliezer. In: **G1**, 20 set. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2022/09/20/viih-tube-eliezer-gravidez.ghtml>. Acesso em: 09 nov. 2022.

GABRIEL, Martha. **Você, eu e os robôs**: pequeno manual do mundo digital. São Paulo: Atlas, 2019.

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda; MIRANDA, Glícia Thais Salmeron de. A exposição infantil com fins comerciais nas redes sociais, mecanismos de proteção infantil e a responsabilidade civil dos pais. In: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (Org). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 149-165.

LEITE, Mariana Peres; CASTRO, Natalia Rodrigues Calixto de; THEOPHILO, Roberta. Proteção dos Dados da Criança e do Adolescente. In: PINHEIRO, Patricia Peck (Coord). **Direito digital aplicado 4.0**. 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249868524/v1/page/RB-14.1>. Acesso em: 18 jul. 2022.

LUA. [Sem título]. São Paulo, 20 set. 2022. Instagram: @pequenalu. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CivMgavp1cC/>. Acesso em: 08 nov. 2022.

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/77791989/v2/document/100079678/anchor/a-100079678>. Acesso em: 02 nov. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A família democrática**. S.d. Disponível em: [https://www.academia.edu/37832871/A\\_Fam%C3%ADlia\\_Democr%C3%A1tica](https://www.academia.edu/37832871/A_Fam%C3%ADlia_Democr%C3%A1tica). Acesso em: 09 nov. 2022.

MEDON, Filipe. (Over)sharenting: a superexposição da imagem e dos dados pessoais de crianças e adolescentes a partir de casos concretos. In: **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 31, n. 2, abr./jun. 2022. p. 265-298.

NEVES, Rodrigo Santos. O direito à imagem como direito da personalidade. In: **Revista dos Tribunais**, v. 936, p. 21-39, out/2013. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001847d904e8f60b1b3f5&docguid=Icae511701aa611e3a030010000000000&hitguid=Icae511701aa611e3a030010000000000&spos=2&epos=2&td=19&context=22&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 mar. 2022.

PARENTS' Social Media Habits: 2021. In: **Security.org**. Disponível em: <https://www.security.org/digital-safety/parenting-social-media-report/>. Acesso em: 12 maio 2022. Tradução nossa.

PARENTS 'oversharing' family photos online, but lack basic privacy know-how. In: **Nominet**, 05 set. 2016. Disponível em: <https://www.nominet.uk/parents-oversharing-family-photos-online-lack-basic-privacy-know/>. Acesso em: 29 maio 2022. Tradução nossa.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coords).

**Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 33-54.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRIOSTE, Cláudia. **O adolescente e a internet: laços e embaraços no mundo virtual.** 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020.

REDAÇÃO PAIS&FILHOS. Grande sucesso! Virginia revela e comemora quantidade de produtos vendidos em 24 horas. *In: UOL*, 26 out. 2022. Disponível em: <https://paisefilhos.uol.com.br/bebe/grande-sucesso-virginia-revela-e-comemora-quantidade-de-produtos-vendidos-em-24-horas/>. Acesso em: 09 nov. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

SANCHES, Patrícia Corrêa. A tecnologia no direito das famílias e no direito sucessório. *In: SANCHES, Patrícia Corrêa (Coord.); DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.). Direito das famílias e sucessões na era digital.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2021. p. 03-32.

SIBILIA, Paula. **La intimidad como espectáculo.** 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2017. Tradução nossa.

STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children's privacy in the age of social media. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/779/>. Acesso em: 07 maio 2022. Tradução nossa.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MEDON, Filipe. A hipersexualização infantojuvenil na internet e o papel dos pais: liberdade de expressão, autoridade parental e melhor interesse da criança. *In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; ANDRADE, Gustavo (Coords.). Liberdade de expressão e relações privadas.* Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 345-362.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MULTEDO, Renata Vilela Multedo. Autoridade parental: os deveres dos pais frente aos desafios do ambiente digital. *In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; JÚNIOR FALEIROS, José Luiz de Moura; DENSA, Roberta. Infância, adolescência e tecnologia: o Estatuto da Criança e do Adolescente na sociedade da informação.* Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2022. p. 27-46.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MULTEDO, Renata Vilela. O exercício da autoridade parental no ambiente digital. *In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). Direito civil e tecnologia.* Belo Horizonte: Fórum, 2021a.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MULTEDO, Renata Vilela. A responsabilidade dos pais pela exposição excessiva dos filhos menores nas redes sociais: o fenômeno do sharenting. *In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson; MULTEDO, Renata Vilela (Coords.). Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade.* Indaiatuba: Editora Foco, 2021b. Epub. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/514678599/Responsabilidade-civil-edireito-de-familia-O-Direito-de-Danos-na-Parentalidade-e-Conjugalidade>. Acesso em: 31 maio 2022.

TEPEDINO, Gustavo; MEDON, Filipe. A superexposição de crianças por seus pais na internet e o direito ao esquecimento. *In: SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MELGARÉ, Plínio (Coords.). Proteção de dados pessoais: temas controvertidos.* Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2021. p. 179-197.

UNICEF. **The State of the World's Children 2017: Children in a Digital World.** Summary. Disponível em: <https://www.unicef.org/media/48601/file#:~:text=Digital%20tech%20nology%20has%20alread%20changed%20the%20world%20%E2%80%93%20and%20as.cent%20of%20the%20total%20population>. Acesso em: 04 nov. 2022.

UOL. Pyong rebate seguidor que questionou Instagram para filho recém-nascido *In:UOL*, 02 abr. 2020. Disponível em: <https://natelinha.uol.com.br/bbb/2020/04/02/pyong-rebate-seguidor-que-questionou-instagram-para-filho-recem-nascido-143126.php>. Acesso em: 15 nov. 2022.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 nov. 2022.

VIEIRA, Nathan. Digital influencers: afinal, o que é ser um influenciador nas redes? *In:Canal Tech*, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/digital-influencers-afinal-o-que-e-ser-um-influenciador-nas-redes-162554/>. Acesso em: 08 nov. 2022.

WAGNER, Bianca Louise; VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Sharenting**: imperioso falar em direito ao esquecimento. Pernambuco: Editora, Ascens, 2022. Disponível em: <http://repositorio.ascens.edu.br/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

Artigo recebido em: 16/12/2022.

Aceito para publicação em: 20/02/2023.

# Aspectos contemporâneos da privacidade: há um direito à extimidade?

## *Contemporary aspects of privacy: is there a right to extimacy?*

*Iuri Bolesina*<sup>1</sup>

*Talita de Moura Faccin*<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo aborda a privacidade e extimidade, através de um contexto histórico, visando analisar as mudanças que ocorreram ao longo dos anos com a privacidade, e como ela se encontra hoje, e ainda se foi capaz de originar novos direitos, ou abrigou tudo dentro do grande gênero que é, e somente se atualizou. O objetivo é desconstruir algumas ideias advindas do senso comum, bem como, apresentar o tema, sempre o colocando em viés de contemporaneidade, para assim proporcionar maior conhecimento sobre tal temática, afastando eventuais dúvidas, mas deixando o leitor com curiosidade para que se aprofunde sobre o assunto. A metodologia aplicada se dá por meio do método de abordagem dedutivo, buscando-se a interpretação da realidade a partir dos aportes eleitos. Parte-se do vivenciado ao lado de conceitos, resgatando, questionando e reinterpretando os sentidos atribuídos, aplicando-se princípios gerais sobre o contexto específico. Como método de procedimento valer-se-á do monográfico. E, por fim, no que tange à técnica de pesquisa será adotada a documentação indireta. No primeiro capítulo se faz a diferenciação de privacidade e o direito à privacidade; no segundo há uma contextualização histórica do direito à privacidade; e no terceiro se fala sobre extimidade, e a partir desse conceito, a dicotomia entre público e privado, as sociedades disciplinar, de controle e de espetáculo, finalizando com o direito à extimidade. Ao fim, se chegou à conclusão de que à privacidade se modificou e que hoje é desafiada pelo conceito de extimidade, uma prerrogativa atual e presente ao mundo tecnológico, que é capaz de quebrar paradigmas, que vão da dicotomia público-privada até a moralidade (que está ligada a intimidade), estimulando um possível direito à extimidade.

**Palavras-chave:** Direito à Privacidade; Extimidade; Sociedade do controle; Transformações contemporâneas.

**Abstract:** Does present study talks about privacy and extimacy, through a historical context. In order to analyze the changes that have occurred over the years with privacy, and how it is now, and yet it was able to originate new rights, or sheltered everything within the great genre that it is, and only updated. The goal is to deconstruct some ideas arising from common

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional - IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogado. Coordenador e Professor do Curso de Direito na Faculdade Meridional - IMED/RS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5290-152X>

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED/RS. Atualmente é Estagiária do TRF4. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6279-4828>



sense, as well as to present the theme, always putting it in a bias of contemporaneity, to provide greater knowledge on this theme, removing possible doubts, but leaving the reader curious to deepen on the subject. The applied methodology is through the deductive approach method, seeking the interpretation of reality from the elected contributions. It starts from what is experienced alongside concepts, rescuing, questioning and reinterpreting the assigned meanings, applying general principles about the specific context. As a method of procedure it will use the monographic. And finally, regarding the research technique, indirect documentation will be adopted. In the first chapter, privacy and the right to privacy are differentiated; in the second there is a historical contextualization of the right to privacy; and in the third one talks about extimacy, and from this concept, dichotomy between public and private, disciplinary, control and spectacle societies, ending with the right to extimacy. In the end, it was concluded that privacy has changed and that today is challenged by the concept of extimacy, a current and present prerogative to the technological world, which is capable of breaking paradigms, ranging from public-private dichotomy to morality (which is linked to intimacy), stimulating a possible right to extimacy.

**Keywords:** Right to Privacy; Extinction; Control society; Contemporary Transformations.

## 1.Introdução

A privacidade é um assunto que está em foco há muito tempo e que vem ganhando ainda mais destaque diante da tecnologia. É justamente diante dessas inovações que as transformações, sobretudo no que concerne ao direito à privacidade advém. Nesse sentido, é de suma importância tal abordagem e todas as suas ramificações, como é o caso da própria extimidade (voluntariamente expor sua intimidade em ambiente de sociabilidade).

O problema apresentando, portanto, refere-se ao quanto a privacidade se modificou com o passar do tempo e se tal transformação originou outros novos direitos questionando-se quais seriam eles? Daí, objetiva-se desconstruir algumas ideias advindas do senso comum em torno da ideia de privacidade, bem como, apresentar diversos aspectos a respeito do tema, sempre o colocando em viés de contemporaneidade, para assim proporcionar maior conhecimento sobre tal temática, afastando eventuais dúvidas, mas deixando o leitor com curiosidade para que se aprofunde sobre o assunto.

A metodologia aplicada se dá por meio do método de abordagem dedutivo, buscando-se a interpretação da realidade a partir dos aportes

eleitos. Parte-se do vivenciado ao lado de conceitos, resgatando, questionando e reinterpretando os sentidos atribuídos, aplicando-se princípios gerais sobre o contexto específico. Como método de procedimento valer-se-á do monográfico e no que tange à técnica de pesquisa será adotada a documentação indireta.

No primeiro título será abordado o que é privacidade em termos contextuais e jurídicos, buscando diferenciar privacidade de direito à privacidade, bem como demonstrar suas transformações desde a sua origem. Ainda, pretende-se afastar conhecimentos a partir de exemplos práticos cotidianos. Em seguida, o segundo capítulo apresentará uma contextualização histórica do direito à privacidade, abordando as fases (ocidentais) que a privacidade teve no seu desenvolvimento (burguesa, da coleta de dados e da proteção de dados) para que se possa compreender a sua importância, como funciona atualmente a tutela dessa prerrogativa.

No terceiro título com subdivisões, dispor-se-á sobre o conceito de intimidade, o qual originou-se com as transformações da privacidade, partindo desta ideia a mudança de uma sociedade disciplinar (criada por Foucault) para a de controle (Deleuze), com aspectos da sociedade do espetáculo e de consumo (Debord). Em sequência, tratar-se-á sobre como o conceito de intimidade faz uma provocação capaz de possibilitar a extinção da dicotomia do público e privado, averiguando se são realmente independentes ou não mais. Por derradeiro, se busca levar a compreensão sobre a existência de um direito à intimidade que daria a proteção para o indivíduo usufruir da intimidade, a expondo voluntariamente, em ambiente de sociabilidade, a fim de emancipação pessoal.

## **2. Privacidade e direito à privacidade**

### *2.1. O que se pode entender por privacidade atualmente*

Na concepção do senso comum, privacidade é entendida como qualidade de privado, estado ou condição livre de atenção pública, vida íntima e

ambiente de recato e sossego, essa ideia não está de todo errada, embora seja um conceito muito simples, sobretudo no contexto tecnológico que o mundo vive atualmente. O entendimento do significado de privacidade não está pacificado, sendo relativo por conta da sociedade plural em que se vive, pois como destaca Iuri Bolesina (2017, p. 140) a “privacidade’ é algo mutável e adaptável à realidade sócio-histórica em que se insere, não obstante suas heranças de outros tempos possam seguir em alguns sentidos”, portanto, ainda se relaciona com a ideia de “estar-só”, mas vai além disso.

Sendo assim, mesmo que tenha linhas centrais, é uma noção que deve ser plural e democrática, respeitando a diversidade humana, pois cada um entende a privacidade de uma forma, com alguns aspectos em comum, presentes em coisas pequenas do cotidiano. Exemplos disso podem ser visualizados em pequenos como fechar a janela do quarto afim de não ser visto, ou ainda esconder o celular quando o utiliza em ambiente público para proteger o que está fazendo da visão alheia, ou seja, são ações corriqueiras feitas por boa parte da sociedade.

Além disso, as pessoas concedem diferentes níveis de importância a sua privacidade, se permitindo ser mais ou menos expostos, pois tal exposição tem impactos diferentes na personalidade de cada indivíduo. No entanto, a privacidade é indisponível, tão importante para a vivência humana quanto é a liberdade e demais direitos, uma vez que é um bem existencial (FORTES, 2016, p.102). Logo, não seria adequado afirmar que a privacidade não é relevante, ainda que se pense que não há nada para esconder, em algum momento, haverá situações íntimas, ainda que sutis. Tem-se assim situações como fechar a porta do banheiro enquanto se banha, a qual denota a vontade de ficar sozinho e não ser visto, demonstrando a privacidade.

Outra questão a ser refletida diante do entendimento comum é que a privacidade só existiria em lugares privados, como a casa dos indivíduos. A privacidade está ligada à pessoa - sendo por isso um direito personalíssimo - e não ao lugar, logo, não importa onde se esteja, a privacidade permanece eo

que deve se levar em conta é todo o contexto da situação (ETZIONI, 2015, p. 61). Exemplificando, se está em uma festa, ambiente público e ainda assim quer ficar só, em um canto, ou se houver tirado uma foto em algum evento, mas depois decidir que não deseja que a imagem seja mostrada a mais ninguém detém o indivíduo tal benefício. Nesse sentido, tem-se o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos comentou ao julgar o caso da princesa Caroline de Mônaco, quando vazaram fotos da referida em situações da vida pessoal “*there is therefore a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of ‘private life’*” (CEDH, 2004, p. 20), se pode exercer sua privacidade mesmo que em ambiente tido como social, e mesmo sendo uma figura pública.

## 2.2. Privacidade enquanto direito

O direito à privacidade é a tutela do bem existencial da privacidade. Sua tutela ocorre sem um rol taxativo, afinal nem a própria privacidade possui conceituação pacífica, então delimitar as possibilidades concretas cabíveis é ainda mais complicado. Inclusive, até pouco tempo, sequer havia menção a expressão “privacidade”, pois a Constituição Federal e o Código Civil utilizavam outras terminologias<sup>3</sup>. A expressão aparece de modo explícito somente mais recentemente, em especial no marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados. Assim, é ordinário o questionamento se vida privada e intimidade, que são as expressões constitucionalmente usadas, seriam o sinônimo de privacidade para o legislador?

---

<sup>3</sup> [...] 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; Constituição Federal de 1988.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Segundo Calheiros e Takada (2015, p.125) há “um rol exemplificativo que se ajusta ao tratamento dado ao direito de privacidade”, ou seja, lista algumas possibilidades, ao mesmo passo em que deixa em aberto para que mais casos possam se enquadrar, o que seria adequado diante da compreensão de que a noção de privacidade é variável e ampla de acordo com as situações e distintos contextos.

Ademais, de forma simplificada, o direito à privacidade também trata da possibilidade que os indivíduos têm de ficar só, de ter aspectos de sua vida particular não levadas ao público. A corrente americana, por exemplo, a partir da *privacy*, afirma que privacidade é um gênero com inúmeros subdireitos sob/dentro dela (MILLS, 2008). Assim, o cidadão poderia recorrer ao Estado para que este cuide e proteja seu direito de exercer estas prerrogativas.

Outrossim, a prerrogativa da privacidade une forças a outros direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à honra, à imagem, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados das comunicações telefônicas, e para alguns autores até mesmo o sigilo bancário. De forma mais atual, tem-se a proteção contra a invasão de computadores e celulares<sup>4</sup>, observando-se que esses direitos não podem ser confundidos, mas andam juntos: quando se viola um, provavelmente viola-se outro também.

Dessa forma, se percebe que do ponto de vista jurídico os efeitos da violação da privacidade são graves, como em casos comuns na atualidade de, por exemplo, fotos íntimas vazadas, como são os casos de “*revenge porn*”<sup>5</sup>. Nestas situações, a vítima busca a tutela do Estado através do processo judicial, sendo que na jurisprudência as indenizações pecuniárias são comuns,

---

<sup>4</sup> Lei 12.737/2012. Lei conhecida como “Carolina Dieckmann”, já que foi um vazamento de fotos ocorrido com a atriz que motivou com mais força a criação da lei. Além desta, pode se citar a Lei do Marco Civil da Internet, a lei 12.965/2014, que dá limites e garantias a quem usa a internet, e a lei do 13.718/2018, do revenge porn, que aumenta a pena daqueles que divulgam crimes sexuais.

<sup>5</sup> Fotos ou vídeos de sexo postadas ao público sem consentimento da vítima, como uma forma de vingança por término de relacionamentos, ou afins.

pois é a forma que se encontrou de tentar reparar o dano causado<sup>6</sup>, bem como, eventualmente comandos de não-fazer ou de esquecimento, além da pena de detenção ou reclusão que é dada (por vezes) na esfera penal ao ofensor. Não obstante, a jurisdição tem garantido maior concretude e efetividade ao bem que é a privacidade, de certa forma, auxiliado na compreensão do próprio conceito de privado e do que não se encaixaria nesse termo.

Embora vida privada, intimidade e a vontade de estar-só estejam englobados no grande gênero que é a privacidade, para uma melhor tutela de direitos, tais conceitos poderiam ser diferenciados no âmbito jurídico. Um bom parâmetro é a lógica do “quanto mais – tanto mais” (BARRETO, 2009, p. 21) que basicamente consiste na compreensão de que quanto mais se viola ou ameaça a exclusividade informacional pessoal, tanto maior – tanto mais – deve ser a tutela da ameaça ou dano efetivo. Então, como exemplifica Iuri Bolesina (2017, p.148) “a violação as informações de uma situação de compra e venda de um veículo entre particulares não pode ser valorada igualmente a violação de uma situação envolvendo a condição sexual de uma pessoa”. O contrato de compra e venda é algo da vida privada (nem sempre há discricionariedade em ocultar ou expor) dos indivíduos, mas a condição sexual trata da intimidade (existe discricionariedade de escolha entre mostrar ou não), uma esfera muito mais danosa quando atentada.

Todavia, não é porque se diferenciam em certos aspectos que são independentes entre si esses conceitos/direitos, bem pelo contrário, eles estão ligados quase sempre, como se viu no exemplo acima, além da intimidade violada, se violou a vida privada do indivíduo com a exposição de uma condição sexual sua, logo, as noções se mesclam, se não em totalidade, de forma parcial, e é comum que isso ocorra.

---

<sup>6</sup> “Entende-se que embora o instituto da responsabilidade civil – como instrumento remedial típico à tutela dos direitos da personalidade – deva ser utilizado, a nossa legislação mantém a crença de que o dano à privacidade se resolve com indenização.” (CANCELIER, 2017, p. 224).

### 3. Fases do direito à privacidade

#### 3.1. A raiz burguesa da privacidade

O direito à privacidade nem sempre foi acessível a todos, nos seus primórdios era privilégio de uma classe em específico. Tomando-se a burguesia europeia, por exemplo, ver-se-á que acostumada a valorizar o que é seu, especialmente no que concerne à propriedade, era a classe que tinha condições suficientes para impor suas vontades. As transformações de personalidade, junto à revolução industrial e uma posição econômica bastante favorável permitiram isso, o contrário do que ocorria aos mais pobres, que precisavam se amontoar em um único cômodo, sem privacidade alguma para dormir, ou copular, e nem mesmo para defecar.

Os burgueses queriam individualização, momentos próprios, uma intimidade que fosse além da esfera política ou econômica, afinal, para ter boa moral, certos assuntos deviam ficar resguardados (como as questões familiares e a sexualidade). Queriam se distanciar do contato e interferência da sociedade, e sobretudo da convivência com as massas mais pobres da sociedade, tal como, dos olhares julgadores de quem frequentava a alta classe. Não é à toa que as pessoas em público utilizavam de “máscaras”, isto é, bons modos, mostrando somente parte de quem realmente são, encobrindo seu íntimo, que era considerado feio<sup>7</sup>. Logo, o âmbito da privacidade, cujo o lar, a casa, era a representação deste reino, transformou-se no espaço da

---

<sup>7</sup> Nesta época o íntimo tinha uma conotação de moralidade (religiosa, patriarcal, elitista). Assim, para uma “boa moral”, coisas da intimidade deviam ficar no recôndito (a sexualidade, os afetos, as opiniões sobre as pessoas, os hábitos de higiene, entre outros). Se estas questões viessem para o público, a pessoa seria malvista. Então, fala-se em “máscaras da intimidade”: são comportamentos que cobriam estes hábitos nos ambientes em público (sentar de perna cruzada, não colocar os cotovelos sobre a mesa, não falar sobre sexo nas conversas, etc). E máscara remete aos clássicos termos: teatro, persona...personalidade. Logo, fala-se que todo mundo tinha uma persona (uma personalidade) que era, ao mesmo tempo, um fragmento da identidade, mas também uma capa que lhe encobria parcialmente: em público se via a persona; no privado a persona podia ser posta de lado e dar espaço para uma identidade mais visceral. De certo modo, isso segue hoje em dia. Vejam-se, por exemplo, as *personas* nas redes sociais.

autenticidade, como conta Paula Sibilía (2013, p. 74), “*elhogar se fue transformando en el territorio de la autenticidad y de la verdad: [...] donde estaba permitido ser uno mismo*”.

Com a ideia de que a casa é importante, e de certa forma um ambiente sagrado e de refúgio do trabalho e do público, surgiu a lógica da privacidade na vida das pessoas, a divisão dos cômodos nos lares de quem detinha poder (dinheiro) passa a ser importante, os ambientes privados eram confortáveis e silenciosos, propícios para a prática da escrita, que também colaborou para que um direito à privacidade fosse concretizado, pois quem escrevia o fazia para se conhecer – eram em maioria mulheres -, e não desejava que os diários fossem lidos sem a devida permissão, sendo que só era reconhecida a violação da privacidade quando se reconhecia a propriedade privada como violada.

Quando se positivou efetivamente o direito, por volta do século XIX, também foi nos moldes que atendiam as necessidades burguesas, foram Warren e Brandeis, porém nos Estados Unidos, que incentivaram e deram visibilidade a ideia de privacidade - após fatos íntimos e informados de forma exagerada a respeito do casamento da filha de Warren vazarem -. Os autores defenderam a tutela da privacidade no âmbito da personalidade humana, e em aspectos da vida privada, chamando-o de “*the right to be let alone*” (conceito dito anteriormente pelo juiz Thomas Cooley), ou seja, o direito de estar-só. Como explicam Warren e Brandeis (1890, p. 195):

*Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right “to be let alone” [...] The intense intellectual and emotional life, and the heightening of sensations which came with the advance of civilization, made it clear to men that only a part of the pain, pleasure, and profit of life lay in physical things. Thoughts, emotions, and sensations demanded legal recognition, and the beautiful capacity for growth which characterizes the common law enabled the judges to afford the requisite protection, without the interposition of the legislature.*

Assim, o direito à privacidade permaneceu na classe mais elitizada da sociedade, de forma egoísta, e só aparecendo quando houvesse violação, de



fato, além disso, não era um direito independente, pois estava sobre a tutela do direito fundamental da propriedade privada, até recentemente (período entendido como “privacidade clássica”). Em meados de 1960, o cenário começa a mudar, principalmente pela ascensão tecnológica que vinha ocorrendo, e se tornou uma possibilidade de tutela que abrangia todos os indivíduos.

Nota-se que a privacidade desde então mudou bastante, transformações ocorreram – e vão continuar acontecendo - todavia, os aspectos de individualismo, e a ideia de estar-só para se sentir bem, em que se vê a casa como um refúgio permanecem até hoje. Mais do que isso, se aprimorando, afinal os ambientes virtuais são usados como uma área de valorização à própria subjetividade, ademais, a vinculação de Warren e Brandeis da privacidade à personalidade humana em si, e não ao público ou privado, defendendo que o direito serviria para resguardo do que a pessoa não gostaria que fosse mostrado, é de suma relevância no contexto atual em que existe certa indeterminação do que seria esfera pública ou privada, e se essas diferenciações existem verdadeiramente. Ademais, a intimidade como algo que deve ficar escondido, e que é feia, devendo ser resguardada, se altera e agora é mostrada em ambiente de sociabilidade, ficando percebido um desejo de ser notado dessas pessoas, de exibir a intimidade, e falar de si mesmo, ao mesmo passo em que há curiosidade das pessoas em ver a intimidade dos outros.

### *3.2. Fase da coleta de dados e a privacidade como proteção de informações*

Ao longo do século XX se inicia a “segunda fase” da privacidade (nos países de lógica ocidental), em razão de as Constituições Democráticas começarem a ser recorrentes. Se preocupando tais legislações com a dignidade humana e outros bens existenciais, ou seja, reconhecendo mais direitos às pessoas, juntamentedo Estado que estava obrigado a proporcionar mais

garantias, não somente na lei, como na prática também, com políticas públicas, tutelas judiciais e afins.

À vista disso, o governo devendo prestar bons serviços e melhorar suas funções administrativas, se preocupando com o bem-estar social, começaram a coletar informações pessoais dos cidadãos, ou seja, informações relacionadas à pessoa, que permitam identificá-la, como apelido, nome, endereço de e-mail e residência, entre outros. Sendo assim, os dados incidiam no âmbito da privacidade, e se antes só a burguesia, em tese, sofria com a violação do seu direito à privacidade, a partir disso, os menos favorecidos economicamente também experimentaram a invasão, todos padeciam, isso porque para além do caráter benéfico que diziam ter a recolhida de informações, também ganhava o Estado certo controle social<sup>8</sup>, um malefício para o povo.

Como conta Danilo Doneda (2006, p. 91) na década de 1960, nos Estados Unidos o departamento de Censo coletou informações dos cidadãos norte-americanos sobre as habitações privadas e história pessoal dos ocupantes, e por volta de 1970 o governo foi além, invadindo ainda mais a vida privada e intimidade dos cidadãos ao exigir que os separados ou divorciados explicassem os motivos que levaram ao rompimento do casamento.

Após a metade do século XX, a privacidade – e os seus modelos jurídicos<sup>9</sup> – ficou mais voltada às questões informacionais, apesar de ainda não existirem tecnologias como as atuais, já haviam preocupações com essa problemática dos dados, sendo que quem impunha tal medo era o Estado, como antes exemplificado, e o futuro (pois, se imaginava alto desenvolvimento tecnológico), uma vez que, as tecnologias começavam a se expandir e era mais fácil armazenar, processar e utilizar as informações pessoais.

---

<sup>8</sup>Em governos totalitários há forte domínio de informações pessoais dos cidadãos.

<sup>9</sup> Tradicionalmente, nos países de lógica democrática, existem dois modelos: o inglês/americano e o germânico (WHITMAN, 2004). Hoje em dia existe uma tendência de unificá-los sobre a ideia de apenas “privacidade”.

Na Alemanha, por exemplo expressivo, instaurou-se a discussão jurídica (em 1983) em torno da Lei do Censo Populacional. Um dos principais pontos de celeuma ocorreu porque a legislação que visava a coleta de dados da população (como elementos sobre a profissão, a moradia e o local de trabalho) para fins estatísticos, também previa a possibilidade de comparar os dados coletados com outros registros públicos e transmiti-los a outras repartições públicas – eventualmente para fins de execução de dívidas. A questão foi levada à Corte Federal Constitucional Alemã, veiculada no BVerGE 65, 1, que julgou parcialmente inconstitucional a referida legislação, em resumo, por ofender o livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação informacional (SCHWABE, 2005, p. 233-244).

Como um suporte, novos subdireitos se criaram para tutela de informações, assim como foi com a privacidade clássica. Eles tinham o objetivo de tutelar as informações relacionadas à personalidade humana, sem se desligar de proteger o patrimônio também. Sobre isso, foi gerado inclusive a teoria (germânica) das esferas, na qual no mais interno círculo estaria a intimidade, na camada do meio se encontraria a vida privada, e na terceira e última seria o social/público, onde não subsistiria privacidade, contudo essa ideia já foi muito criticada, e por isso está ultrapassada, não sendo usual.

Dessa maneira, a proteção de dados começou a ganhar destaque de forma pioneira nos países desenvolvidos, e com o passar dos anos se ampliou, se tornando uma problemática quase que global, afinal como aduz Danilo Doneda (2006, p.) “[...] a importância da informação aumenta à medida que a tecnologia passa a fornecer meios para transformá-la em uma utilidade, a um custo razoável.” Nesse cenário, cresce o medo de que os dados vazem de forma não autorizada e desejada, se esperando do Estado não mais uma violação, mas sim, boa guarda dos direitos.

### 3.3.A (atual) fase da proteção de dados/autodeterminação informacional da privacidade

Essa fase, a atual, se inicia com a democratização da internet, em 1990, e se na fase anterior o medo estava posto na figura do Estado, agora além deste, os agentes privados também se tornaram um desafio, sendo exemplomuito presente enquanto em território brasileiro, os bancos de dados privados, que são capazes de coletar e transmitir tais informações de formas cada vez mais rápidas e eficazes. Ao lado disto, a partir de 2000, as redes e aplicativos sociais se multiplicaram etambém passaram a aproveitar os usuários coletando e utilizando milhões de informações pessoais dos mesmos.

Nesta fase da privacidade, a proteção gira em torno da gestão/controle de informações pessoais (e não efetivamente privadas), já que podem ser usadas para fins positivos, como o Estado em busca de criar políticas públicas, ou de forma discriminatória e excludente, como é o caso dos bancos antes citados, uma vez que eles indicam os bons e os maus pagadores e quem tem acesso são as empresas que decidem a partir disso se vendem/prestam o serviço ou não.

Ademais, explica Stefano Rodotá (2008, p. 92-93) que “este é o período que reconhece a peremptoriedade da confluência entre a personalidade humana, os dados pessoais, a vida em sociedade de consumo e de risco e as tecnologias contemporâneas, especialmente quando em rede”, e sendo assim, se questiona se a privacidade é capaz de tutelar de forma precisa essa nova ameaça. Alguns defendem que essa fase é independente da privacidade por suas peculiaridades, todavia, outros entendem que esse é somente mais um meio em que a privacidade pode aparecer, já que além de ter o poder de resguardar o sigilo de determinadas informações também pode justamente gerir as mesmas, fazendo o que for apropriado e permitido, seja retificando, acessando<sup>10</sup> ou ainda bloqueando os dados.

---

<sup>10</sup> Nesse viés, no Brasil existe o chamado remédio constitucional Habeas Data que serve justamente para acessar, retificar ou explicar informações pessoais constantes nos bancos de dados público ou governamentais, conforme art. 5º, inciso LXXII, CFRB; Lei 9507/97.

Contudo, ainda que a privacidade seja capaz de cuidar desse problema contemporâneo que é o direito à proteção de dados, teve que mais uma vez se remodelar para atender a nova demanda e todas as suas diferenças e especificações. Por conseguinte, do mesmo modo que a privacidade não era suficiente para proteger as informações da forma em que se encontrava, baseada no direito de ficar só e ter vida privada, do sigilo e intimidade, também não seria capaz de cuidar com eficácia dessas necessidades caso apenas se atualizasse e ficasse na problemática de gerir e proteger dados pessoais, essa soma de formas e mudanças que a privacidade é capaz de fazer Doneda (2006, p. 25-26) apropriadamente denominou de “força expansiva’ da privacidade diante das necessidades atuais e das emergentes”.

Por derradeiro, cabe pontuar que há perigo de manipulação desses dados, a partir de algoritmos, diante da possibilidade agir sobre personalidade humana, no mínimo de forma parcial, com o conhecimento de determinadas informações. Exemplos corriqueiros de mudança comportamental são as redes sociais que armazenam os dados de suas pesquisas para depois mostrar anúncios relacionados ou com base no que você gostaria de comprar - indiretamente, podendo influenciar o consumismo -, ou então demonstrando certos conteúdos, inclusive notícias falsas que influenciam seu pensamento.

Outra situação é o que acontece no site Youtube e no Spotify que observa os vídeos e músicas assistidos/ouvidos para então sugerir conteúdos. Há também eventuais preocupações e empecilhos cotidianos de que podem decorrer da inscrição do nome no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), já que ocasionalmente ocorrem cadastros indevidos, quando a pessoa nem contém dívida de fato, ou já pagou a dívida, em ambas as hipóteses pode o indivíduo desenvolver depressão <sup>11</sup>, modificando sua personalidade, mais

---

<sup>11</sup> O Instituto de Psiquiatria da Universidade de São Paulo (USP) já provou que 80% das pessoas que acumulam débitos sofrem de depressão e ansiedade. Um estudo da Universidade de Southampton, no Reino Unido, mostrou que as dívidas também podem estar relacionadas a

especificamente seu psicológico, que era sadio. Em nível macro, não se deve olvidar os escândalos envolvendo Estados e corporações, como o caso do Facebook e Cambridge Analytica.

Para evitar que a personalidade humana se desenvolva com esses mencionados problemas e para que se pratique de fato a democracia, é que se faz tão necessário o direito à proteção e gerência dos dados pessoais, bem como, para evitar usos indevidos e até mesmo ilegais das informações, sem a autorização efetiva dos donos de tais dados.

#### 4. Extimidade como ideia a uma privacidade transformada

Extimidade é um neologismo popularizado por Jacques Lacan e Serge Tisseron, embora, tenha sua origem muito anterior<sup>12</sup> e possa ser interpretado de variadas formas. Foi o psicanalista francês Tisseron quem deixou esse entendimento mais acessível para diversos temas, e é essa concepção predominantemente usada no presente trabalho. Para Tisseron, extimidade é o desejo e o ato de revelar partes da intimidade, em locais de sociabilidade e perante terceiros (se mostra para existir e ser aceito em sociedade), a fim de, a partir das respostas do outro (feedbacks), autoconhecer-se e transformar-se em autoestima, intimidade e por conseguinte a sua identidade, sendo assim uma via de mão dupla, que cria também laços consigo e com o outro, um fenômeno que sempre existiu em maiores ou menores níveis. Nas palavras do autor:

Nós propusemos em 2001 a palavra – extimidade –. Nós devemos isso à J. Lacan, que havia proposto para ilustrar o fato que nada é

---

desordens alimentares, ao uso de álcool e drogas, à psicose e até mesmo a suicídio. <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2015/04/endividamento-e-depressao-o-que-vemprimeiro739981.html>>

<sup>12</sup> No ano de 410, na autobiografia Confissões de Santo Agostinho, terceiro livro, capítulo VI, há menção de uma extimidade quando ele comenta sua concepção de Deus, que Pavón-Cuellar (2014, p.661) entende que “[...] não se trata nem de uma exterioridade, nem de uma intimidade, mas sim de uma extimidade.”

nem público nem privado, na lógica da figura matemática chamada “fita de Moebius”, para a qual não existe nem “dentro” nem “fora”. [...] Nós repetimos a palavra dando um significado diferente: é para nós o processo pelo qual os fragmentos do eu íntimo são oferecidos aos olhos dos outros a fim de serem válidos (TISSERON, 2001; 2011).

Se faz importante a ressalva de que extimidade não deve ser entendida como o contrário de intimidade, afinal, emana desta. Para Tisseron (2011, p.84-85) é em vista da possibilidade de ocultar, que é a intimidade (e de um direito a isso), que se tem o desejo de revelar questões sobre si, o que é justamente a ideia de extimidade. Isso porque é a partir da percepção dos outros com empatia que se torna possível a emancipação pessoal do indivíduo que vai se conhecer melhor e construir sua identidade pessoal. Além disso, para Tisseron, intimidade e íntimo não são sinônimos, por isso deve haver cuidado com esses termos, intimidade é o que se pode compartilhar na internet e é isso que se extimisa, enquanto íntimo seria aquilo que se ignora internamente e não se divide com - quase - ninguém.

E se no passado a intimidade estava ligada à privacidade, ao sigiloso, passa a mudar radicalmente de figura com a tecnologia, e com as redes sociais, que foram as maiores responsáveis por tal modificação, afinal, é justamente nestas que a intimidade é mais exibida, saindo a intimidade do interior do eu, normalmente por vontade própria de quem expôs. Como afirmou Sibilía (2013, p. 93): *“la vieja intimidad se transformó en otra cosa. Y ahora está a la vista de todos”*.

Os movimentos de extimidade moldam parte do cenário no qual ela própria se insere, mas também onde a ideia de privacidade se desenvolve. Rodotà (2008, p. 92-93) afirmou que a noção atual de privacidade passa por três movimentos: primeiro, a ampliação da ideia de privacidade com o acolhimento da tutela sobre a proteção de dados pessoais. Segundo, a redefinição (enriquecimento) substancial de privacidade com a revisão da dicotomia público e privado para algo mais complexo no qual transitam espaços sociais e informações pessoais. Terceiro, o deslocamento do núcleo

“privado” para o núcleo “pessoal”, de modo que as informações não são analisadas em primeiro momento como públicas ou privadas, mas sim como pessoais ou não pessoais. Diante disso, concluiu Rodotà (2008, p. 97-98) pela existência de quatro deslocamentos na interpretação do direito à privacidade: 1) do direito a ser deixado só ao direito de manter controle sobre as informações pessoais; 2) da privacidade ao direito à autodeterminação informativa; 3) do direito de estar-só à não-discriminação; e, 4) do sigilo ao controle.

#### *4.1. Extimidade como reflexo social que impacta a privacidade*

Socialmente, o impacto da extimidade perante a privacidade é um gradual deslocamento de uma sociedade disciplinar (FOUCAULT, 1999) para uma sociedade de controle (DELEUZE, 1992). Abrem-se inúmeros espaços de socialidade, muitos típicos da sociedade de consumo e do espetáculo (DEBORD, 1997), nos quais não apenas há constante vigilância e visibilidade, como também estas são toleradas e, não raro, desejadas. Convivem, como dimensões de um cubo lógicas de espetáculo, controle e visibilidade.

Por um lado, ver a sociedade como espetacularizada, significa interpretar as tramas sociais vividas reconhecendo-as como mediadas pelas imagens (em fotos, vídeos, textos e sons) que falam-mais-do-que-realmente-são. Aqui, vai desde a foto da intimidade extimizada sobre a festa “não-tão-legal” que, quando publicada, é espetacularizada fazendo parecer a “balada top” até a foto “estudando para a prova” que, na verdade, foi apenas um espetáculo para expiar a culpa da procrastinação. Chega-se também a níveis maiores, como exemplo, o relacionamento de um influencer digital com seus seguidores e o drama das *fake news* (ou desinformação em geral). Neste exemplo, o *influencer* relaciona-se por meio de fotos, vídeos e alguns comentários, com relatos do cotidiano – que muitas vezes é montado, ou divergente da realidade. À mesma lógica seguem as *fake news*, pois agem por meio do espetáculo visual-informacional para espalhar desinformação. Estas,



então, atuam como efetivos instrumentos de poder e controle social, já que rapidamente se espalham e podem inclusive mudar o pensamento das pessoas.

A sociedade do espetáculo tem conexão com o capitalismo, afinal, é a partir das imagens espetacularizadas que se vende e se compra (e lucra-se) produtos e ideais. Seguindo no exemplo do influencer, percebe-se que, uma das suas fontes de renda, é a vinculação de sua imagem e muitas vezes da sua intimidade cotidiana com a publicidade de produtos. Essa vinculação, por um lado, pode ser sinônimo de *status* (espetacularização de um notebook Apple ou de um tênis Nike), como igualmente pode representar um estímulo ao consumo pelos seguidores. O mesmo sobre as *fake news* que servem para “vender” desinformação a quem está suscetível de “comprá-las”.

Esse fenômeno de produção de espetáculos, se expandiu para toda a vida social e a internet junto das tecnologias, como é a dos smartphones, bem como a revolução comunicacional, contribuíram muito para esse acontecimento, que acaba por mudar a identidade e a construção pessoal dos indivíduos. As pessoas são praticamente moldadas desde quando têm pouca idade para que se preocupem com a imagem transmitida aos demais, pois são estimuladas a se mostrarem e a exporem, ao menos um pouco da sua vida cotidiana, enquanto alguns demonstram até mesmo as suas intimidades (COELHO, 2011).

Justamente aqui que se insere a lógica de visibilidade, uma vez que dois contextos se uniram: as chamadas tiranias da intimidade e da visibilidade. Antes falava-se apenas em uma “tirania da intimidade” (SENNETT, 2014, p. 483), isso é, um “dever de privacidade”: um conjunto regras, interpretações e boas práticas que afirmavam que a privacidade deve ser pudica e fruída no recôndito. Neste contexto, a personalidade individual desenvolvia-se com base em uma visão intimista das relações sociais. Hoje, entretanto, fala-se em uma “tirania da visibilidade” (SIBILIA, 2013, p. 105), a qual impõe um “dever de visibilidade”: para não correr o risco de não existir

é preciso estar sempre visível e, se possível, transparente, pois como a autora Sibilial aduz (2013, p. 100) “*Si no se muestra, si no aparece a la vista de todos y los otros no lo ven, entonces de poco sirve tener lo que sea*”. Vive-se ainda a tirania da intimidade, mas uma intimidade “espetacularizada” que é agora (deve ser) colocada em um local visível e social para fins espetaculares.

#### *4.2. Extimidade como reflexo de (r)existência política na sociedade do controle*

Politicamente, a extimidade reforça as explosões de tensões, conflitos e confrontos em torno de questões identitárias, que se valem de uma miríade de ferramentais tecnológicos e que agora têm como campo de batalha não apenas o “mundo físico”, como também o espaço virtual. Essas tensões transitam em duas vias paralelas (às vezes sobrepostas): uma pessoal e outra social. Trata-se daquilo que Foucault (2004, p. 266) já afirmou: “devemos não somente nos defender, mas também nos afirmar, e nos afirmar não somente enquanto identidades, mas enquanto força criativa”. Estas batalhas, então, marcam formas simbólicas e fáticas de dizer “eu estou aqui e assim sou” perante si mesmo, como forma de emancipação pessoal e perante terceiros, como modo de empoderamento social<sup>13</sup>. Há crescente consciência de que “não se tem identidade, mas se é identidade” (SCHREIBER, 2014, p. 220).

Esta batalha é mediada por instrumentos de visibilidade (dentre os quais a extimidade) e de controle/vigilância). Sobre a vigilância, esta congrega três tipos simultâneos de existir: o *panóptico* (BENTHAM, 1995), na qual o Grande Irmão vigia a todos; o *sinóptico*, onde muitos vigiam poucos – como

---

<sup>13</sup> “Respeitar a diferença não pode significar ‘deixar que o outro seja como eu sou’ ou ‘deixar que o outro seja diferente de mim tal como eu sou diferente (do outro)’, mas deixar que o outro seja como eu *não sou*, deixar que ele seja esse outro que *não pode* ser eu, que eu não posso ser, que não pode ser um (outro) eu; significa deixar que o outro seja diferente, deixar ser uma diferença que não seja, em absoluto, diferença entre duas identidades, mas diferença *da* identidade, deixar ser uma outridade que não é outro ‘relativamente a mim’ ou ‘relativamente ao mesmo’, mas que é absolutamente diferente, sem relação alguma com a identidade ou com a mesmidade” (PARDO, 1996, p. 154).

em um *Big Brother* (MATHIESEN, 1997, p. 215); e o *palinóptico*, ou seja, “um modelo reticular e distribuído onde muitos vigiam muitos ou onde muitos veem e são vistos de variadas formas” (BRUNO, 2013, p. 47). Portanto, o que se vive hoje não é apenas a vigia do Grande Irmão, pois também o fazem inúmeros *pequeninos irmãos travessos*, os quais todos em sociedade portam em seus corpos, bolsos e mochilas na era pós-PC: *smartphones*, *smartwatches*, *drones* e outros dispositivos assemelhados (KEEN, 2012, p. 56). A título de efeitos, em termos de vigilância, todos estão vigiando todos constantemente, sendo a maior prova disso a quantidade de vídeos amadores na internet, relatando diversas situações, bem como imagens, áudios e *prints* de conversas circulando por onde não deveriam.

A ideia de uma sociedade de vigilância e disciplinar foi introduzida inicialmente por Michel Foucault, na sua obra “Vigiar e Punir”. Lá, anotou-se que a vigilância normalmente é exercida por grupos privados ou governamentais, visando obter informações a respeito das pessoas, para que as possa controlar mais facilmente e de forma mais profunda, sem feri-las.

Segundo Barrichello e Moreira (2015, p. 66) “junto à sanção normalizadora e ao exame, o aspecto hierárquico forma a tríade basilar do exercício de um poder que busca produzir saber a respeito dos vigiados e adestrar os seus comportamentos”. Se faz isso colocando o vigiado em um constante alerta da sua vigia: o vigiado sabe que está sendo observado, ainda que o vigilante não esteja por perto. Tal vigília é geralmente operada em arquiteturas propícias para tanto, como a prisão, a escola, a igreja, etc.

Porém, hoje, a sociedade de vigilância/disciplinar migra para uma sociedade do controle, na qual o vigilante é diferido, invisível e constante, mesmo fora dos espaços disciplinares da modernidade. Tal ideia foi concebida por Gilles Deleuze, em razão de acreditar no declínio do conceito de sociedade disciplinar trazido por Foucault. A transição é didaticamente explicada por Ana Isabel Lopes e Sónia Santos (2012):

A chamada sociedade de controle é um passo à frente da sociedade disciplinar. Não que esta tenha deixado de existir, mas foi expandida para o campo social de produção. Segundo Foucault, a disciplina é interiorizada. Esta é exercida fundamentalmente por três meios globais absolutos: o medo, o julgamento e a destruição. [...] As instituições sociais modernas produzem indivíduos sociais muito mais moveis e flexíveis que antes. Essa transição para a sociedade de controle envolve uma subjectividade que não está fixada na individualidade. O indivíduo não pertence a nenhuma identidade e pertence a todas. Mesmo fora do seu local de trabalho, continua a ser intensamente governado pela lógica disciplinar. [...] Enquanto a sociedade disciplinar se constitui de poderes transversais que se dissimulam através das instituições modernas e de estratégias de disciplina e confinamento, a sociedade de controle é caracterizada pela invisibilidade e pelo nomadismo que se expande junto às redes de informação. Se nas sociedades disciplinares o modelo Panóptico é dominante, implica o observador estar de corpo presente e em tempo real a observar-nos e a vigiar-nos. Nas sociedades de controle esta vigilância torna-se rarefeita e virtual. As sociedades disciplinares são essencialmente arquiteturas: a casa da família, o prédio da escola, o edifício do quartel, o edifício da fábrica. Por sua vez, as sociedades de controle apontam uma espécie de anti-arquitetura. A ausência da casa, do prédio, do edifício é fruto de um processo em que se caminha para um mundo virtual.

Nas sociedades de controle, as formas de vigilância são variadas e mais amplas que nas sociedades disciplinares. Atualmente o controle digital é muito comum. Pode-se monitorar os sites que o indivíduo visita, para quem liga, para onde vai (acompanhando sua localização), o que está fazendo no trabalho (através de câmeras ou scripts nos servidores), e até mesmo se a pessoa tem doenças, por meio de prontuários médicos digitais, tudo isso sem precisar confina-lo. São todas formas de vigilância constantes que independem da presença física. Nestes casos os vigiados acabam deixando rastros digitais que são apropriados pelos vigilantes. Portanto, os vigilantes dependem do acesso dos vigiados e estes, por seu turno, assim o fazem por meio das prazerosas tecnologias de espetáculo do século presente.

Nota-se, então, como a extimidade nos meios de comunicação aparece como um instrumento de empoderamento, por um lado, mas de franqueamento de espaços de controle, por outro. Afinal, são justamente nestes recursos que aparecem as formas ditas como ideais de ser, viver, se vestir, comer, ler, enfim, o controle agora está mais velado e afeta sobretudo

o psicológico e a identidade das pessoas, umas vigiam as outras, verificando seus posts, suas opiniões, especialmente se forem mais famosos. O íntimo já não é mais tão sigiloso assim, e a privacidade também não, pois tais meios facilitam o aumento da visibilidade e do controle, até ao incitarem confissões certo sites controlam, como é o “no que você está pensando?” do Facebook, ou “O que está acontecendo?” no Twitter, afinal, quanto mais se sabe, mais fácil para quem for interessado controlar, e o usuário nem percebe isso.

Portanto, os ferramentais de visibilidade, ou melhor, as táticas de visibilidade são elementos destacados neste campo de tensões, isso é: vejo e sou visto, logo existo (TISSERON, 2011, p. 84). Visibilidade como forma de marcar, defender e lutar por um lugar identitário a ser considerado. Em primeiro momento algo mais crucial, como o “direito de ser visto” ou “direito de aparecer”<sup>14</sup> traçado por Butler; mas, na sequência, também algo menos peremptório como “a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público ou estigmatização social’, em um quadro caracterizado justamente pela ‘liberdade das escolhas existenciais” (RODOTÀ, 2008, p. 92-93). As táticas de visibilidade identitária aparecem desde atividades mais intimistas – atos de extimidade (um afeto a companheira(o) em espaço público, um bronzamento de topless na praia, uma foto no Instagram, um desabafo no Facebook ou Twitter) – até questões mais complexas e públicas (um protesto, uma exposição de arte chocante, adesão a movimentos sociais, tatuagens simbólicas).

#### *4.3. Extimidade como provocação a reinterpretação do público e do privado*

O campo de trânsito da extimidade – e, portanto, de batalha identitária diante de espaços de controle e visibilidade voluntária – é diferenciado de

---

<sup>14</sup> Se trata de uma proposta de visibilidade individual ou coletiva, em espaços físicos e/ou virtuais, de grupos vulneráveis em face da invisibilidade e opressões operacionalizadas contra si pelo modelo estabelecido e não raro defendido como a vontade da maioria.

outrora. Hoje, ele resta ampliado em dois sentidos: (a) agregado pelo contexto virtual; (b) agregado pelo social. Primeiro, tem-se o fato de que é uma falácia falar-se em “mundo real” e “mundo virtual”. Em verdade há “físico e virtual”, não sendo uma oposição (real x virtual – o virtual é real), mas sim uma complementação entre o físico e o virtual: o virtual como segmento do físico (LEVY, 2010, p.50)<sup>15</sup>.

Segundo, vê-se que a dicotomia público–privado é atualmente insuficiente diante do reconhecimento de espaços sociais (de socialidade). Estes ambientes surgem e são estimulados constantemente, sendo ambiente de interação que não são, necessariamente, públicos nem privados. O social, assim, reúne e mescla elementos do público e do privado. Na internet isso fica muito claro: não à toa Instagram, Facebook, Twitter e outros assemelhados chamam-se “redes sociais” e não “redes públicas” ou “redes privadas”.

Inicialmente, note-se que público e privado são criações socioculturais, e assim como a privacidade as noções sobre esses conceitos vão mudando, de acordo com a história, com as vivências e necessidades. Justamente por esse motivo a fixação do significado dos termos é bastante complicada para ser feita, mas não impossível.

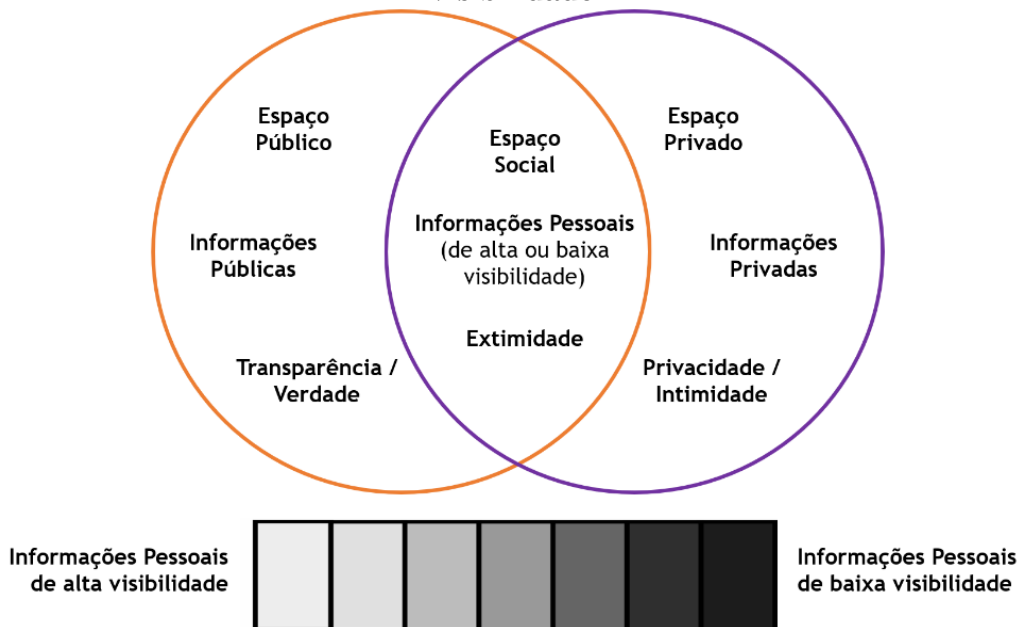
Logo, não se tem, necessariamente, o desaparecimento do público e do privado, mas apenas que nos ambientes sociais não se deve taxativamente tratar as informações como públicas. No campo social, o público e privado foram diluídos formando um “jogo de luz e sombras”, um degradê onde os extremos são a alta visibilidade e a baixa visibilidade e o meio é uma miríade de interações sociais. Essa perspectiva evoca a ideia de “continuidade”. Público e privado interpenetram-se para mais ou para menos; se completam e não se excluem (CARDON, 2012, p. 48-49).

---

<sup>15</sup> Com a “cotidianização” da tecnologia, esse estranhamento (essa falácia) irá desaparecer, pois o “estranho” é somente algo familiar visto de uma perspectiva diferente do habitual. O digital e o virtual tornam-se gradativamente usuais, e acabarão invisibilizando-se no dia-a-dia. Hoje, por exemplo, ninguém fala que um ebook, cyberbullying ou um webnamoro são coisas “irreais”.

É neste ponto que a privacidade ganha novas cores: a intimidade que é visível no social não é necessariamente pública nem privada: ela é êxtima – daí porque se falar em direito à extimidade. Uma fotografia pessoal postada no Facebook, por exemplo, a depender do contexto ela pode ser considerada uma imagem pública, uma imagem privada ou uma imagem êxtima, exigindo-se, assim, que a própria teoria dos direitos da personalidade atualize-se, a fim de considerar ambientes de socialidade.

**Figura 1 - Espaços de socialidade e informações pessoais de alta ou baixa visibilidade**



A nova configuração dos espaços, aparenta tratar melhor a complexidade do tempo presente. É, assim, um ajuste necessário diante de um direito à privacidade repaginado (gestão de dados pessoais); de um cenário palinóptico marcado por vigilância e visibilidade constantes; e de um contexto de tensões identitárias que exigem serem vistas para serem reconhecidas e respeitadas. Parece mais do que certo, neste caso, o adágio: “para vinhos novos, odres novos”.

#### 4.4 *Extimidade como provocação a noção jurídica de privacidade: há um “direito à extimidade”?*

Por direito à extimidade sugere-se a faculdade que se tem de usufruir propositivamente de informações da própria intimidade em ambientes de sociabilidade, por meio da sua exposição voluntária, sem a intenção consciente de tornar a informação veiculada pública, visando a emancipação e/ou empoderamento<sup>16</sup>. Em termos práticos é o poder de controlar estas informações perante terceiros que, sob as justificativas de espaço público ou autoexposição, pretendam utilizá-las ou efetivamente utilizem-nas. Agora, aquilo da intimidade que se mostra nas redes sociais não é mais íntimo, mas também não é público: é êxtimo.

O direito à extimidade visa tutelar, sobretudo no ambiente virtual, o direito de gozar ativamente da intimidade, existindo três premissas para seu reconhecimento jurídico<sup>17</sup>, deve ser através da (1) exposição voluntária (2) de informações da intimidade pessoal, sem a intenção consciente de torná-la pública, em face de terceiros ou/e de cenários tidos como públicos (embora sejam ambientes de sociabilidade), buscando efetivamente a transformação (com responsabilidade, autonomia e autoestima) e/ou realização pessoal, se autoconhecendo, se auto aceitando, e se empoderando, valendo-se do outro para isso (graças aos feedbacks dados), (3) para conseguir sua emancipação pessoal (BOLESINA, 2017, p. 237).

---

<sup>16</sup> Note-se as inúmeras situações em que pessoas criam *blogs/vlogs/postagens* para compartilhar sua intimidade e receber *feedbacks* (apoio, críticas, reflexões, comentários em geral), em razão de uma doença que enfrentam, de uma vivência que as ofendeu ou de uma situação presente que visa transformar. Em muitos desses casos aquele que manifesta está buscando (auto)aceitação, (auto)reconhecimento, empoderamento ou realização pessoal, a fim de transformar sua realidade. Aquele que enfrenta a depressão e intenta melhorar suas condições; aquele que foi ofendido por ser ateu e mira defender sua interpretação; aquele que busca afirmar-se/aceitar-se enquanto homossexual, e tantos outros exemplos. Em todos e em qualquer dos casos, vê-se alguém extimizando, ou seja, expondo sua intimidade, recebendo resposta e realimentando, enriquecendo, sua intimidade.

<sup>17</sup> Não sendo tutelados atos de narcisismo, exibicionismo ou jocosidade, pois não visam a emancipação social, podendo ter proteção judicial, mas por outros meios, que não o direito à extimidade.



No âmbito jurídico, o direito protege à intimidade, um bem existencial, com valor moral, simbólico e patrimonial, sendo assim, tutela também a personalidade humana, e ganhando por isso caráter de direito da personalidade, e por consequência direito fundamental. Acaba auxiliando na modificação da interpretação da intimidade, que é vista quase sempre sob a óptica do senso comum, da cultura machista, opressora e conservadora, de que se o indivíduo mostra sua intimidade, ele não tem mais direito a que ela seja protegida, sendo assim, se postar ou enviar uma foto nua ou seminua, não terá importância os direitos de personalidade daquela pessoa, afinal, “postou/enviou porque quis”, “ a culpa é dela mesma”, quase como ocorre corriqueiramente nos estupros, em que a culpa é sempre da vítima, até mesmo o Judiciário compreende que tais fatos seriam “autoviolação” ou “fato exclusivo da vítima”.

Então, serve também para demonstrar que não há jeito certo ou errado de usufruir da intimidade e o direito à ela, bem como, que não se deve deixar de tutelar aquele que se expõe voluntariamente, mas sim parar de tratar como normal/natural/adequado quem o usufrui para um fim prejudicial ou ilícito, como casos de compartilhamento de nudes a fim de atingir negativamente a imagem de alguém, a utilização da informação confidencial de uma doença que foi contada por confiança para fazer chacota de outrem, fotografar um terceiro em praia de nudismo e espalhar a imagem sem o consentimento deste.

Garantir o direito à intimidade é permitir não só o desenvolvimento pessoal, mas também a possibilidade de reflexão e questionamento sobre determinados tabus da sociedade, bem como, melhor fruição da existência identitária, talvez, por esse motivo, seja um direito flexível, que pode funcionar por práticas institucionais e jurídicas, como também por não-institucionais e não-jurídicas, sendo capaz de abrir e consolidar espaços de luta e reconhecimento da dignidade.

No Brasil, o direito à intimidade nasceu da interpretação conjunta entre os direitos fundamentais do direito à intimidade ao direito à liberdade de expressão (e de pensamento), e é com base neste último que o exercício ao direito à intimidade se constitui, protegendo distintas formas de comunicação, imagem, voz, escrita, gestos, e assim por diante, tendo um viés pré e pós-violatório. O direito à intimidade acaba incitando também o direito de redirecionamento, direito ao esquecimento e o direito à gestão de dados pessoais, enquanto se aproxima muito do direito à proteção de dados pessoais, já que este é justamente um instrumento de garantia de guarda do direito à intimidade.

Os instrumentos jurídicos para tutela desse direito, partem da ideia de que publicidade e controle não são controversos, contudo, assim como na privacidade, o contexto importa, e irá ser tutelado de acordo com a forma que ocorreu a expressão ou exercício da intimidade, se por imagem, valendo-se dos meios de tutela de imagem (BOLESINA, 2017, p. 239), mas sempre havendo uma ação complementar e conjunta, para a máxima proteção da dignidade humana, podendo então ser agregados na mesma demanda, direito à honra, ao esquecimento, à imagem, à ampla defesa e contraditório, dentre outros, dado que o caso concreto é analisado.

É necessário dizer, que assim como ocorre com outros direitos, o direito à intimidade não é absoluto e poderá sofrer limitações. Exemplo disso são as chamadas intimidades a partir de “intimidades plurais”<sup>18</sup>, isto é, intimidades compartilhadas por casais, amigos ou grupos íntimos. Nesses casos, o querer intimizar de um, eventualmente será limitado pela faculdade de privacidade do outro (BOLESINA; FELINI, 2022, p. 19).

## 5. Conclusão

---

<sup>18</sup> “[...] pode-se definir juridicamente “intimidade plural” como uma privacidade compartilhada entre indivíduos, ou seja, trata-se de uma intimidade social” (BOLESINA; FELINI, 2022, p. 19).

A privacidade e sua tutela jurídica enquanto um direito positivado, abriga dentro de si várias outras espécies de garantias e direitos (vida privada, intimidade, inviolabilidade do domicílio, dentre outras), tendo alcançado tal proporção ao longo dos anos junto a evoluções históricas, sociais e culturais, tornando primordial e constante em dias atuais.

Passou da simples prerrogativa de escolher ficar só, sendo um direito da classe burguesa, que preservava pequenas esferas, para o direito de resguardar informações sobre si mesmo, sem que nem o próprio Estado possa ameaçar isso, sendo a privacidade usada também para evitar o controle social.

Com o advento das novas tecnologias como internet e redes sociais, isso se intensificou levando à uma era de proteção de dados pessoais e o poder de gerir as informações pessoais. Para a utilização destes dados não seja desvirtuado (nem pelo Estado, nem por agentes privados) e afetem a identidade humana, chegou-se ao que se chama hoje de extimidade, ou seja, o poder de escolher o quê da própria intimidade quer-se voluntariamente expor e não sofrer julgamentos por esse motivo, mas sim, manter a tutela sobre seus direitos da personalidade.

Essa atualidade e o exercício da extimidade transformaram as ideias de espaço público e privado, associada a direitos transindividuais e constituições democráticas, fazendo com que em certos âmbitos não seja possível distinguir qual é cada um, sendo que público e privado se mesclam, construindo uma esfera social, não sendo mais independentes entre si, e sim complementares.

Além disso, foi possível avançar da sociedade disciplinar, mudando para a sociedade de controle, afinal, um vigia o outro, de diversas formas (in)oportunas, bem como, para uma sociedade de espetáculo, com aspectos da sociedade de consumo, porque as pessoas mostram sua vida, e a si mesmo desde sempre, os diálogos são mediados por imagens, e suas intimidades ficam explícitas, usando-se disso inclusive como estratégia de mercado.

Nesse sentido, as práticas de extimidade permitem o uso frutivo das informações que antes pertenciam apenas ao recôndito da privacidade. Guardar ou expor, se torna uma faculdade do titular dos dados, mantendo, em qualquer dos casos, o direito de ser tutelado juridicamente, nos limites das possibilidades. Sendo assim, as práticas de extimidade surgem como o trânsito dos dados da privacidade em ambientes social (e não necessariamente públicos), possibilitando a sociabilidade e emancipação identitária.

Deste modo, face ao problema de pesquisa ora enfrentando, tem-se a afirmativa de que a privacidade sofreu diversas transformações em inúmeros aspectos, dando também origem a novos direitos, sobretudo no campo da proteção e gestão de informações, trazendo a extimidade para a sociedade (pós)moderna. Assim, é correto dizer que a privacidade não somente se expandiu, como também originou novas garantias e direitos.

Portanto, o que se pode esperar é que a proteção da privacidade continue se expandindo e trazendo benefícios às pessoas, não apenas em termos jurídicos, mas também identitários e existenciais, para além da positivação do direito à extimidade, permitindo-lhe adequada fruição, bem como que proporcione modificações em posições conservadoras, evoluindo os pensamentos e afastando eventuais preconceitos e discriminações do senso comum diante de atos de liberalidade pessoal, como são a exposição de sua intimidade e vida privada como forma de emancipação social.

Em suma, se ainda não se pode brandar abertamente por um direito à extimidade, ao menos é possível afirmar que os atos de extimidade são inegáveis. As pessoas fazem isso diariamente e tais condutas não podem ser vistas como devassas da privacidade, sob pena de uma tutela jurídica anacrônica, senão de desguarda aos direitos da personalidade.

## Referências

BARRETO, Wanderlei de Paula. **Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea**. 2009. Disponível em: [www.advocaciabarreto.com.br](http://www.advocaciabarreto.com.br). Acesso em: 01 maio 2015.

BARRICHELLO, E. M. M. D. R; MOREIRA, Elizabeth Huber. A análise da vigilância de Foucault e sua aplicação na sociedade contemporânea: estudo de aspectos da vigilância e sua relação com as novas tecnologias de comunicação. **Intexto**: Porto Alegre, n. 33, p. 64-75, maio/2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/intexto/article/viewFile/50075/34203>. Acesso em: 17 out. 2019.

BENTHAM, Jeremy. **The Panopticon Writings**. London: Verson, 1995.

BOLESINA, Iuri. **O direito à extimidade**: As inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade. 1. ed. Florianópolis [SC]: Empório do Direito, 2017. p. 9-283.

BOLESINA, Iuri; FELINI, Carolina Favero. A responsabilidade civil na divulgação de “intimidades plurais”. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, v. 32, p. 1-22, 2022.

BRASIL. **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%20%20ed.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9507.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9507.htm). Acesso em: 21 set. 2019.

BRUNO, Fernanda. **Máquinas de ver, modos de ser**: vigilância, tecnologia e subjetividade. Porto Alegre: Sulina, 2013.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CALHEIROS, T. D. C; TAKADA, Thalles Alexandre. Reflexões sobre a privacidade na sociedade da informação. **Informação@Profissões**, Londrina, v. 4, n. 1, p. 120-134, jan./2015.

CANCELIER, M. V. D. L. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **SciELO**, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 213-240, ago./2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p213>.

CARDON, Dominique. **A democracia internet**: promessas e limites. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

CEDH. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Case of Von Hannover vs. Germany** (Application n. 59320/00). Judgment in 24/06/2004 by the Third Section. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/>. Acesso em: 16/04/2014.

COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. **São Paulo Perspec.**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 161-167, mar. 2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000100019>.

CULT. **Mídia e poder na sociedade do espetáculo**. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/midia-e-poder-na-sociedade-do-espetaculo/>. Acesso em: 14 out. 2019.

- DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- DELLEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Perbart. São Paulo: Ed. 34, 1992.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ETZIONI, Amitai. **Privacy in a cyber age**: policy and practice. New York: Palgrave Macmillan, 2015.
- FORTES, Vinícius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- FOUCAULT, Michel. Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e política da identidade. **Verve**, 5, p. 260-277, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GAÚCHA ZERO HORA. **Endividamento e depressão, o que vem primeiro?** Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2015/04/endividamento-e-depressao-o-que-vem-primeiro-4739981.html>. Acesso em: 11 out. 2019.
- IGLESIAS, Tania Conceição. Conceitos de público e privado: um olhar sob a luz de Habermas, Freyre e Holanda. **Contrapontos**, Paranaíba, v. 19, n. 1, p. 2-15, jan.2019.
- KEEN, Andrew. **Vertigem digital**: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Trad. Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- LEVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. ed. São Paulo: 34, 2010.
- LOPES, Ana Isabel; SANTOS, Sônia; POMBO, Olga. **Da Sociedade Disciplinar à Sociedade de Controle**. Disponível em: <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/sociedade%20disciplinar>. Acesso em: 13 out. 2019.
- MATHIESEN, Thomas. The viewer society: Michel Foucault's 'panopticon' revisited. **Theoretical Criminology**, v. 1, n. 2, p. 215-234, maio 1997.
- MILLS, Jon L., **Privacy**: the lost right. New York: Oxford University Press, 2008.
- PARDO, José Luis. El sujeto inevitable. In: CRUZ, Manuel (org.). **Tiempo de subjetividad**. Barcelona, Paidós, 1996.
- PAVÓN-CUÉLLAR, David. Extimacy: In: Thomas Teo (Ed.), **Encyclopedia of Critical Psychology**. New York: Springer, 2014.p. 661-664.
- RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stifung, 2005.
- SENNETT, Richard. **O declínio do homem público**: as tiranias da intimidade. Rio de Janeiro: Record, 2014.
- SIBILIA, Paula. **La intimidad como espetáculo**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

TISSERON, Serge. Intimité et extimité. **Communications**, 88 (Cultures du numérique [Número dirigido par Antonio A. Casilli]), p. 83-91, 2011.

TISSERON, Serge. **L'intimité surexposée**. Paris: Ramsay, 2001.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 15, 1980.

WHITMAN, James Q. The two western cultures of privacy: dignity versus liberty. **The Yale Law Journal**, v. 113, p. 1151-1221, 2004.

Artigo recebido em: 13/11/2019.

Aceito para publicação em: 16/01/2023.

# Introdução à história do direito privado alemão

## *Introduction to the history of German private law*

*Leonardo Estevam de Assis Zanini*<sup>1</sup>

**Resumo:** Através do presente texto realiza-se um estudo panorâmico da evolução histórica do direito privado alemão. Para tanto, utiliza-se de metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e legislativa. O trabalho parte da recepção do direito romano pelos estados germânicos, passando pelo período influenciado pelo Iluminismo, pelo surgimento da Escola Histórica e da Ciência das Pandectas, bem como pela Jurisprudência dos Interesses. O artigo analisa o movimento de codificação que culminou com a criação do BGB e os desenvolvimentos do direito privado ocorridos durante a República de Weimar, na ditadura nacional-socialista, bem como após a Segunda Guerra até os dias atuais. Examina-se brevemente a situação do direito privado na Alemanha Ocidental, na Alemanha Oriental e após a reunificação do país. Por fim, a pesquisa aborda a europeização do direito privado.

**Palavras-chave:** Direito privado. História do direito. Direito privado Alemão. Codificação. Europeização do direito privado.

**Abstract:** A panoramic study of the historical evolution of German private law is carried out through this article. To do so, we use a descriptive and deductive methodology, based primarily on bibliographic and legislative research. The text starts from the reception of Roman law by the Germanic states, going through the period influenced by the Enlightenment, the emergence of the Historical School and the Science of Pandects, as well as the Jurisprudence of Interests. It analyzes the codification movement, which culminated in the creation of the BGB, and the developments in private law that occurred during the Weimar Republic, in the National Socialist period, as well as after the Second World War until the present day. The situation of private law is briefly examined in West Germany, in East Germany, as well as after the country's reunification. Finally, the research addresses the Europeanization of private law.

**Keywords:** private law. legal history. German private law. Codification. Europeanization of private law. civilian tradition.

---

<sup>1</sup> Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo *Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Juiz Federal em auxílio à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região. Pesquisador do Centro de Estudos em Democracia Ambiental da UFSCar. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9057-4387> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8214409754548917>.



## 1. Introdução

A história do direito privado alemão é um campo de pesquisa muito importante, amplo e desenvolvido, que certamente não comporta um estudo exaustivo em apenas um artigo. O estudo aprofundado dessa temática demandaria inúmeros volumes e esse não é logicamente o objetivo desse texto.

De fato, o presente artigo objetiva realizar um estudo panorâmico da evolução histórica do direito privado alemão, o que guarda relação com a compreensão do próprio direito privado brasileiro, especialmente as codificações pátrias. É que ao contrário do que muitos podem pensar, o direito privado alemão foi e continua sendo fonte de inspiração para o direito privado brasileiro, o que decorre não somente da recepção do direito romano pelos estados germânicos, mas também pelos desenvolvimentos jurídicos ocorridos nos séculos XIX e XX, que levaram muitos juristas brasileiros a admirar e a difundir o modelo alemão.

Ao mesmo tempo em que informa, a análise da evolução histórica do direito privado alemão também busca colocar em evidência que muitas das soluções jurídicas brasileiras são, em realidade, adaptações de institutos jurídicos desenvolvidos pelo direito alemão. Igualmente, são feitos alguns apontamentos específicos sobre eventuais aproximações e diferenças existentes entre os dois sistemas jurídicos, que certamente permitirão uma melhor compreensão do direito privado brasileiro.

Ademais, vale notar que se trata de um estudo no qual a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e legislativa.

Por conseguinte, estuda-se a evolução histórica do direito privado alemão para que se compreenda melhor o direito privado brasileiro, que, diferentemente do que se passou em outros países da América Latina, teve sua formação fortemente influenciada pelos alemães. Aliás, mesmo em livros

alemães encontra-se facilmente menção a essa influência (SCHMIDT, 2009, passim).

## 2. Os quatro grandes períodos da história alemã.

A história jurídica alemã pode ser dividida de diferentes maneiras. Entre elas, é muito difundida a divisão em quatro grandes períodos. O primeiro desses períodos se inicia no ano de 962 e vai até 1648, dominado pelo Sacro Império Romano-Germânico e marcado pela recepção do direito romano. O período seguinte vai de 1648 até 1871, com o predomínio de vários grandes estados alemães e o aparecimento das primeiras codificações. O próximo período vai de 1871 até 1945, com destaque para a união da Alemanha em torno da Prússia e o surgimento da grande codificação do direito civil. Por fim, o último período vai de 1945 até a atualidade, e é representado pelo nascimento de uma nova Alemanha, democrática e equilibrada, que toma suas dimensões definitivas em 1990 (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 16).

## 3. A recepção do direito romano.

Como a maioria dos sistemas jurídicos da Europa continental, o direito alemão foi profundamente marcado pela recepção do direito romano, movimento que se iniciou no século XII, após a redescoberta das compilações de Justiniano. Nesse processo, denominado recepção do direito romano (*RezeptiondesrömischenRechts*), foi importante a influência do Sacro Império Romano-Germânico (*HeiligesRömisches Reich*), fundado no ano de 962, quando Otton I foi coroado imperador pelo papa João XII (EISENHARDT, 2008, p. 77).

A recepção do direito romano foi um fenômeno que ocorreu não somente na Alemanha, mas também em toda a Europa, de norte a sul e de leste a oeste, com exceção da Inglaterra e do País de Gales. Apesar da dimensão da

recepção, é certo que a influência do direito romano foi bastante variada, podendo-se dizer, em princípio, que ela foi mais forte nas regiões ao sul do que nas localidades ao norte da Europa (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 10).

Entre os povos germânicos, é importante notar que a recepção do direito romano foi bastante vigorosa, tomando dimensões de uma verdadeira “invasão”<sup>2</sup>. Realmente, isso se deve ao fato de que se decidiu, por volta de 1500, abandonar os costumes medievais e receber o direito romano como direito nacional. Assim sendo, a influência do direito romano entre os germânicos foi muito marcante (CAENEGEM, 1995, p. 3).

Os estudiosos apresentam múltiplas causas para explicar o fenômeno da recepção do direito romano pelo Sacro Império Romano-Germânico, valendo destacar, entre elas, as seguintes: a) a fraqueza do poder imperial; b) direitos locais não adaptados às novas necessidades econômicas e sociais do fim da Idade Média (WITZ, 2018, p. 9); c) a ausência de uma justiça imperial poderosa, que poderia ter elaborado um direito comum germânico, não obstante a existência de coleções de costumes<sup>3</sup>, entre as quais merece destaque o Espelho da Saxônia (*Sachsenspiegel* - 1215-1235)<sup>4</sup>.

Outrossim, existe um importante fator de ordem ideológica e política: é que o direito romano não era sentido como um direito estrangeiro, uma vez que o Sacro Império Romano-Germânico se entendia como continuador do Império Romano (*translatio imperii*) (MEDER, 2008, p. 223). Ora, se o imperador alemão era então considerado imperador romano,

---

<sup>2</sup> Recepção significa receber ou assumir ideias ou bens culturais estrangeiros. Ocorre que na Alemanha, é importante notar, não foi adotado diretamente o direito romano clássico ou o direito do período de Justiniano, mas sim o *ius commune* do final da Idade Média (MEDER, 2008, p. 223).

<sup>3</sup> A situação na Alemanha contrasta com a da França, onde o direito consuetudinário permaneceu preponderante, especialmente na metade norte do país, região em que a redação dos costumes foi imposta pelo decreto real de Montil-lès-Tous (1434) e foi realizada durante o Século XVI (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

<sup>4</sup> As coleções de costumes surgiram principalmente no Século XIII, dentre as quais o *Sachsenspiegel*, elaborado por Eike von Repgow, ganhou especial popularidade (LEIPOLD, 2010, p. 15).

consequentemente o direito romano era tido como direito imperial (ZIMMERMANN, 1996, p. 2). Além disso, o direito romano tinha condição de oferecer um rico leque de conceitos e modos de raciocínio, os quais podiam ser aplicados racionalmente aos problemas complexos (WITZ, 2018, p. 10).

Nesse contexto, dado o caráter bastante primitivo e a falta de unidade do direito consuetudinário, os jovens juristas alemães tomaram o caminho das universidades italianas, em particular a Universidade de Bolonha (fundada em 1100), onde estudaram o direito romano através das compilações de Justinian<sup>5</sup>. Esse interesse pelo direito romano foi encorajado pelo próprio imperador, que pretendia retomar a tradição romana, considerando que o direito romano tinha vocação para ser o direito do Sacro Império Romano-Germânico (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

Assim sendo, foram os juristas eruditos, formados nas universidades italianas, mas também, a partir do século XIV, nas universidades alemãs, que contribuíram para a propagação da aplicação do direito romano<sup>6</sup>. É o apogeu do direito dos juristas (*Juristenrecht*), que levou, progressivamente, à imposição do direito romano como *ius commune* (*gemeines Recht*) do império, fenômeno que ocorreu do século XV ao início do século XVI. A partir do século XVI se desenvolveu o “*usus modernus Pandectarum*”, que foi bem sucedido em fazer coexistir o direito romano com os direitos locais, tanto no plano teórico como no prático (WITZ, 2018, p. 10).

Dessa forma, a recepção do direito romano teve importância inegável no direito alemão moderno, que tem, paradoxalmente, um caráter mais romano e menos germânico (CAENEGEM, 1995, p. 3). Ela foi mais sentida no

---

<sup>5</sup> Os livros jurídicos de Justiniano (Institutas, Digesto ou Pandectas, Código e Novelas) tornaram-se objeto de pesquisa e ensino desde a alta Idade Média, primeiro na Itália, depois em Paris e, finalmente, também nas universidades alemãs (WOLF; NEUNER, 2016, p. 84). O Digesto contém uma coleção de fragmentos de escritos dos juristas romanos, particularmente do primeiro ao terceiro século d.C. (ROBBERS, 2017, p. 148).

<sup>6</sup> Em 1348 foi fundada a primeira universidade no território do Sacro Império Romano-Germânico, em Praga, que na época era a capital do imperial (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 17).

direito das obrigações e no direito das coisas, bem como em certos aspectos da teoria geral do direito (particularmente em relação à capacidade jurídica e no que toca às pessoas jurídicas e fundações). Em contrapartida, a recepção foi limitada no âmbito do direito de família e das sucessões (WITZ, 2018, p. 10). Ademais, vale notar que a recepção do direito romano conduziu os juristas alemães a seguir uma abordagem científica (*Verwissenschaftlichung*) na prática jurídica, o que perdura até a atualidade (MEDER, 2008, p. 226).

#### 4. O direito natural moderno e o Iluminismo.

Na Grécia Antiga já se conhecia um direito natural que se postava acima do direito positivado, cujo fundamento se encontrava na natureza ou na ordem divina (MEDER, 2008, p. 239). Nos séculos XVII e XVIII, entretanto, em função do Iluminismo, considerado o grande movimento intelectual e cultural da Europa daquele período, viu-se a eclosão e o apogeu de uma Escola Moderna do Direito Natural<sup>7</sup>.

Na Alemanha, este movimento do pensamento é denominado Escola do Direito da Razão (*Vernunftrecht*), que não passa de uma variante da Escola do Direito Natural. Samuel Pufendorf (1632-1694), nascido na Saxônia, está entre os expoentes dessa escola, sendo considerado como sucessor de Hugo Grotius (1583-1645), Christian Thomasius (1655- 1728) e Christian Wolff (1679-1754).

A Escola do Direito Natural seguia um raciocínio quase matemático, princípios gerais fundados na razão e na natureza humana, bem como um corpo de regras sempre mais preciso e formando um conjunto piramidal

---

<sup>7</sup> Vale notar que não se pode falar exatamente na existência de uma escola no sentido acadêmico, “visto que, paralelamente a algumas características comuns, cada um dos expoentes dessa orientação de pensamento formou-se por conta própria e exprime ideias e posições específicas, há de comum nesses autores o papel central atribuído à elaboração de uma doutrina e de um sistema: teorias que têm a ambição não apenas de justificar o fundamento teórico do direito natural, mas de delinear dentro de um quadro sistemático os conteúdos de suas regras tanto no campo do direito público como no campo do direito privado” (SCHIOPPA, 2014, p. 237).

coerente e racional (CAENEGEM, 1995, p. 9). Procurava estabelecer certezas objetivas e universais, que seriam válidas para toda a humanidade, bem como imutáveis (EISENHARDT, 2008, p. 183-184).

Nas universidades prevaleceu um método de pensamento racional e abstrato, falando-se na passagem do *Juristenrecht* para o *Professorenrecht*, isto é, o direito dos professores, que teve o efeito de liberar a ciência do direito privado de seus vínculos de princípio com as fontes romanas e com as velhas autoridades (WITZ, 2018, p. 11). Também serviu, no século XVIII, como poderoso instrumento na luta contra o Antigo Regime, uma vez que o direito natural era constantemente invocado para justificar as novas normas e os novos sistemas (CAENEGEM, 1995, p. 145).

Não obstante ter se verificado a incapacidade de realização da sua vocação universal, é certo que a Escola do Direito Natural deixou herança bastante importante no plano da sistemática e dos conceitos do direito privado, o que foi imprescindível para a elaboração da Parte Geral do BGB. De fato, essa escola forjou as noções fundamentais de declaração de vontade, de ato jurídico e de direito subjetivo. Outro importante legado é a crença nas virtudes da lei e da codificação (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 146).

## 5. Os códigos do Iluminismo.

Nos territórios de língua alemã, a modernização da legislação e a promulgação de códigos foi obra de déspotas esclarecidos, que tinham o objetivo de promover a unificação dos seus domínios.

O primeiro código importante do período, no âmbito do direito privado, foi o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, de 1756. O código bávaro refletiu “o direito da razão”, o que fica evidente pelas soluções dadas às questões controvertidas, bem como pelo emprego de uma língua alemã clara e compreensível (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 135). No entanto, a despeito da codificação de direito privado poder ser vista como o início de reformas iluministas, garantindo maior segurança jurídica e dando mais elevado grau

de previsibilidade à administração da justiça (EISENHARDT, 2008, p. 199), ainda seguiu a tradição de atribuir um papel suplementar ao direito comum (*ius commune*) (CAENEGEM, 1995, p. 125).

Na Prússia foi promulgado o Código Geral dos Estados prussianos (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten – ALR*), de 1794, que não se limitou ao direito civil, encampando toda a ordem jurídica, com exceção do processo civil. A codificação prussiana reproduz as tendências iluministas, mesmo porque seus autores, os juristas Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), Ernst Ferdinand Klein (1744-1810) e Johann Heinrich Casimir von Carmer (1720-1801), eram assíduos frequentadores dos círculos iluministas de Berlim (PALMA, 2019, p. 338). Aliás, é evidente a influência do pensamento de Pufendorf sobre o sistema dessa codificação, que parte da natureza dual do homem (*Doppelnaturdes Menschen*), isto é, como indivíduo e como membro de comunidades maiores (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 136).

O movimento de codificação no espaço germânico teve continuidade na Áustria, no território dos Habsburgos, com a adoção do Código Civil Geral austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie – ABGB*), de 1811, que também refletiu os ideais da Europa Iluminista. O Código austríaco, mais moderno do que o código prussiano, apresenta semelhanças com o *Code Napoléone* também ainda está em vigor (EISENHARDT, 2008, p. 200-201).

Outrossim, vale notar que a codificação civil de Napoleão (1804) também faz parte da história do direito privado alemão do século XIX, uma vez que foi adotada, por pressão de imperador francês, por alguns Estados da Confederação do Reno (*Rheinbund*). Esse é o caso do Grão-ducado de Baden, que, a partir de 1810, passou a utilizar uma versão traduzida e modificada do *Code Civil*, que vigorou até 1º de janeiro de 1900 (WITZ, 2018, p. 13). Contudo, a maioria dos Estados alemães acabou seguindo o exemplo da Prússia, que preferiu não elaborar uma codificação após 1815, a qual sofreria sem dúvida

influência do *Code Napoléon* (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 20). Em todo caso, não se pode negar que o direito privado francês impactou significativamente e de várias maneiras o direito privado alemão (EISENHARDT, 2008, p. 209).

## 6. A Escola Histórica e a Ciência das Pandectas.

Os ensinamentos de Kant (1724-1804) e Hegel (1770-1831) serviram de alicerce para a doutrina alemã da primeira metade do século XIX, que viu o triunfo da Escola Histórica (*Historische Rechtsschule*), associada, em linhas gerais, ao nome de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e do importante germanista Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854) (HÄHNCHEN, 2016, p. 306).

Para a Escola Histórica, que tem características diametralmente opostas às da Escola da Exegese<sup>8</sup>, o direito repousa fundamentalmente sobre a consciência popular (*Volksgeist*)<sup>9</sup>. A ciência jurídica é histórica e as tradições de uma nação constituem a fonte do direito por excelência. Assim sendo, o direito é elaborado de maneira orgânica pela consciência do povo e se exprime pelos usos e costumes, pela ciência jurídica e pela prática<sup>10</sup>.

Nessa linha, o legislador não cria o direito, apenas traduz em normas escritas o direito vivo, como resultado das aspirações e necessidades do povo, de maneira que uma intervenção legislativa somente deve ocorrer se for

---

<sup>8</sup> Os adeptos da Escola Exegética “acreditavam que o direito era idêntico aos códigos e que, como o estatuto era agora a única fonte do direito, a ciência devia confinar-se à interpretação exata (...) dos estatutos em geral, acima de tudo dos códigos. Essa abordagem excluía inevitavelmente qualquer sistema filosófico como o direito natural” (CAENEGEM, 1995, p. 144).

<sup>9</sup> É de tal período que data o abismo que separa a doutrina francesa da alemã, que tomou um novo desenvolvimento, fundando-se essencialmente sobre um direito romano “revisitado” (WITZ, 2018, p. 14).

<sup>10</sup> Os juristas brasileiros do século XIX, entre os quais merecem destaque Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912) e Clóvis Bevilacqua (1859-1944), tiveram acesso aos estudos dos autores alemães da Escola Histórica, contribuindo então para a recepção das fontes germânicas no direito nacional. Desse modo, é inegável a importância e a influência dessa escola alemã entre os estudiosos brasileiros envolvidos no processo de codificação do direito civil pátrio (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 79-155).



realmente necessária uma regulamentação específica. O direito não corresponde então a uma criação arbitrária do Estado, mas sim representa o produto da consciência popular<sup>11</sup>.

Aliás, como o direito era considerado uma manifestação característica da livre consciência do povo, entendia-se que não podia ser codificado em um determinado estágio de desenvolvimento (ROBBERS, 2017, p. 149). Os integrantes da Escola Histórica então se opunham à codificação do direito privado alemão. E a ideia fundamental da Escola Histórica se reflete claramente na famosa polêmica entre Savigny e Thibaut acerca da necessidade de codificação do direito privado (*Kodifikationsstreit*) (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 148).

Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), importante professor de direito romano na Universidade de Heidelberg, defendeu, em 1814, em seu famoso panfleto “Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha” (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Recht für Deutschland*), a elaboração de um Código Civil comum para toda a Alemanha (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 137). Tal codificação, segundo o estudioso, deveria se orientar pelos modelos do Código Geral dos Estados prussianos (ALR), do Código Civil Geral austríaco (ABGB) e, em particular, do Código de Napoleão (HÄHNCHEN, 2016, p. 309).

Savigny era contrário à própria ideia de codificação do direito. Também era hostil aos dois códigos que poderiam servir de modelo, o Código Civil francês e o Código Civil austríaco, os quais ele julgava serem tecnicamente imperfeitos e superficiais. O jurista alemão considerava que a codificação colocaria em risco o processo natural de desenvolvimento do direito, artificializando-o. É que a codificação leva à ilusão de que o direito que se aplica é o do código, pelo que os estudos se centralizam no direito codificado

---

<sup>11</sup> De acordo com a Escola Histórica, a intervenção legislativa era secundária e se dava para: “a) modificar o direito existente por exigência de fins políticos e sociais; e b) esclarecer os pontos obscuros ou demarcar os limites da validade do costume” (DINIZ, 2019, p. 114).

(DINIZ, 2019, p. 115). Assim sendo, o autor expressou a sua reprovação às ideias de codificação das leis civil em sua obra do ano de 1814: “Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência” (*Vom Berufunserer Zeit Für Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft*) (AICHELE, 2017, p. 112-113). Portanto, Savigny era a favor de uma ciência jurídica passível de se tornar comum a toda a nação alemã, mas essa unidade não surgiria a partir de uma peça legislativa, de uma codificação, mas pelo aprofundamento das fontes históricas do direito existente, por uma ciência jurídica organicamente progressiva (ZIMMERMANN, 1996, p. 4). Em todo caso, entendia o jurisconsulto que faltava à nação alemã, naquele momento, maturidade para realizar a obra codificadora (REALE, 2002, p. 410).

Deixando de lado referida polêmica, vale ressaltar que Savigny e Eichhorn criaram, em 1815, a conhecida “Revista de Ciência Histórica do Direito” (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*)<sup>12</sup>. Entretanto, a Escola Histórica, nesse ponto, acabou rapidamente se dividindo em dois ramos: o dos romanistas e o dos germanistas. Eichhorn fundou a Escola dos Germanistas, que pregava o fortalecimento do direito de origem alemã, enquanto Savigny se postou entre os romanistas (pandectistas), que se ocupavam do estudo do direito romano (HÄHNCHEN, 2016, p. 306).

Integrando a Escola dos Romanistas, Savigny se dedicou à análise do direito romano clássico, que deveria se livrar de todos os acréscimos e distorções acumulados ao longo dos séculos. O estudo científico do direito romano, a construção de um sistema do direito romano atual, deveria determinar aquilo que ainda era utilizável no presente (KROESCHELL, 1993, p. 130).

Em seu grande tratado, considerado um clássico da ciência jurídica, o “Sistema do direito romano atual” (*System des Heutigen Römischen Rechts*),

---

<sup>12</sup> É interessante observar que no segundo volume da referida revista, publicada em 1816, Jacob Grimm expressou sua convicção no sentido de que a lei, da mesma forma que a linguagem e a poesia, nasce do povo (KROESCHELL, 1993, p. 130).

publicado em oito volumes, de 1840 a 1849, o jurisconsulto preconizou o retorno às fontes, com o objetivo de substituir o “*usus modernus*” (WITZ, 2018, p. 15). Também merece destaque a sua doutrina acerca dos princípios da separação e da abstração (*Trennungs- und Abstraktion prinzip*), que teve efeito revolucionário (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 14).

Savigny e seus sucessores acreditavam ter à disposição no *Corpus Juris Civilis* um “tesouro de figuras jurídicas eternas” (*Schatzan Rechtsfiguren von Ewigkeitswert*). Diante disso, procuraram explorar o Digesto (Pandecta em grego) para construir um corpo de conceitos, regras e princípios que pudessem ser usados no direito positivo, desde que corretamente ordenados e sistematizados, lançando as bases do estudo germânico das Pandectas (*Pandektistik*) (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 139). Por sua tecnicidade e sua abstração, aproxima-se da escola moderna de direito natural. Todavia, o historicismo continuou sendo a base teórica e dogmática desse novo estilo científico (SCHLOSSER, 2012, p. 252).

A partir de meados do século XIX, a ciência das Pandectas assumiu um novo rumo<sup>13</sup>. Deixa de lado a pesquisa puramente histórica para se dedicar a uma dogmática jurídica que pudesse regular as questões práticas, no que deu lugar a um sistema de construção conceitual das normas jurídicas, que considera o direito como uma totalidade, o qual se manifesta no sistema de conceitos e proposições jurídicas<sup>14</sup>. E tal sistema já apresentava reflexos em textos legais em meados do século XIX<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> O estudo das Pandectas garantiu a liderança alemã no mundo dos estudos jurídicos do século XIX. Foi um movimento muito admirado pelos juristas de toda a Europa, exercendo influência significativa no desenvolvimento jurídico de muitos países (ZIMMERMANN, 1996, p. 5).

<sup>14</sup> Nessa linha, é muito claro o programa traçado por Rudolf von Jhering, em 1852, isto é: uma teoria jurídica produtiva deve substituir uma teoria puramente receptiva, graças a um arsenal de conceitos, que pode satisfazer a necessidade de plenitude do sistema jurídico e dar resposta aos novos problemas (WITZ, 2018, p. 15).

<sup>15</sup> O Código Civil da Saxônia (1863), um dos mais notórios exemplos dessa influência, continha uma parte inicial intitulada “*Allgemeine Bestimmungen*” (MORAES, 2018, p. 96).

Essa concepção de sistema veio a informar a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), fundada por Georg Friedrich Puchta (1798-1846)<sup>16</sup>, retomada e desenvolvida por Rudolf von Jhering (antes que ele se afastasse dela) e também defendida por Windscheid. A Jurisprudência dos Conceitos, de certo modo, iniciou o afastamento da dogmática jurídica da história do direito, pregando que cada conceito deve ser objeto de uma definição rigorosa, que, por sua vez, é integrada em um todo ou em um sistema. Segundo Jhering, a combinação dos vários elementos permite que a ciência crie novas noções e novas regras (WITZ, 2018, p. 16). Assim sendo, a ciência do direito se assemelha à matemática, de maneira que os problemas jurídicos poderiam ser resolvidos por cálculos lógicos, o que reduziria a função do juiz à de um autômato da subsunção (ROBBERS, 2017, p. 149), visto que o magistrado estava estritamente vinculado aos termos legais que se faziam presentes no direito positivo (SCHLOSSER, 2012, p. 253).

Por derradeiro, o segundo ramo da Escola Histórica, a Escola dos Germanistas, lida com as fontes puramente locais da vida jurídica alemã<sup>17</sup>. Eichhorn, o fundador da referida escola, parte do princípio de que o direito privado na Alemanha é composto de dois componentes iguais, as Pandectas e o direito de origem alemã. Reyscher, por outro lado, defende o retorno de todo o direito de origem local, correspondente às particularidades do povo, sendo o direito romano qualificado como um corpo estranho, um direito estrangeiro. E no fim do século XIX, a obra de Otto von Gierke, o mais famoso representante da Escola dos Germanistas, constitui uma soma das instituições germânicas do direito alemão (WITZ, 2018, p. 16).

---

<sup>16</sup> Conforme o entendimento de Puchta, não era mais o “*Volksgeist*”, mas sim somente os juristas que deveriam decidir acerca da criação do direito (HÄHNCHEN, 2016, p. 310).

<sup>17</sup> A Escola dos Germanistas gozou de menos prestígio se comparada à Escola dos Romanistas. Os germanistas se dedicaram à apresentação sistemática do direito alemão medieval do período anterior à recepção do direito romano. Consideravam que nesse direito estava incorporada a verdadeira consciência popular alemã (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 149).

## 7. A Jurisprudência dos Interesses.

Rudolf von Jhering (1818-1892) inicialmente se apresentou como um romanista tradicional, mas se tornou insatisfeito com o raciocínio lógico abstrato. Envolveu-se então com problemas sociais de seu tempo, voltando-se para uma ciência do direito pragmática, o que resultou dos estudos da obra do inglês Jeremy Bentham (1748-1832). Deu então os primeiros passos rumo ao desenvolvimento da jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*)<sup>18</sup>.

O seu trabalho “*Der Kampf ums Recht*” (A Luta pelo Direito), de 1872, abriu uma nova etapa nos estudos jurídicos, apresentando explicitamente o direito como objeto de uma luta pelos interesses coletivos e pelo poder, como resultado de forças políticas (CAENEGEM, 1995, p. 163).

Jhering considerava que a vida não deve se curvar aos princípios, mas sim os princípios que devem ser amoldados à vida. Parte da ideia de que a finalidade (*Zweck*), e não a lógica, que é a criadora de todo o Direito. A finalidade é considerada pelo autor como a força motriz do Direito. Aliás, a finalidade também faz parte do título de sua célebre obra “*Der Zweckim Recht*” (A finalidade do Direito), bem como seu lema: “A finalidade é a criadora do Direito”. E com base nisso que o autor desenvolveu seu conceito de direito subjetivo, que o conduziu a formular seu próprio conceito de Direito (WITZ, 2018, p. 17).

Nessa linha, a Jurisprudência dos Interesses considera que na base de toda regulamentação jurídica existem determinados interesses que o legislador quer promover ou equilibrar. Daí que a verdadeira compreensão da norma só pode ser obtida por meio do conhecimento desses interesses (WITZ, 2018, p. 17).

---

<sup>18</sup> A dogmática do direito civil moderno tem grande débito para com Jhering, pois ele elaborou vários institutos jurídicos hoje indispensáveis. Entre outros, pode-se citar a doutrina da responsabilidade pela “*culpa in contrahendo*” e a doutrina da natureza abstrata da procuração (SCHLOSSER, 2012, p. 255-257).

É inegável que a Jurisprudência dos Interesses deixou uma marca duradoura na doutrina e na jurisprudência alemãs. A despeito disso, os estudiosos alemães não perderam o gosto por conceitos precisos e pela visão matemática do direito, que o BGB ajudou a preservar até os dias atuais.

## 8. A lenta marcha em direção à unidade do direito.

Com o fim das Guerras Napoleônicas, a Prússia se tornou o maior estado alemão, alcançando também prosperidade econômica. A vitória sobre Napoleão fez crescer a esperança de unificação dos estados alemães em uma única nação, porém, isso acabou não acontecendo na primeira metade do século XIX (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 148).

Mais tarde, na segunda metade do século XIX, assumindo uma política hábil e belicosa, Otto von Bismarck (1815-1898) levou a Prússia a duas campanhas militares vitoriosas: uma contra a Áustria e a outra contra a França. Após a vitória na Batalha de Königgrätz (1866), a Prússia promoveu novas anexações (Schleswig-Holstein, Hannover, Kurhessen, Nassau e Frankfurt) e constituiu, em 1867, uma Federação de Estados da Alemanha do Norte (*Norddeutscher Bund*), o que foi aceito pela Áustria, que saiu derrotada da Guerra Austro-Prussiana (HÄHNCHEN, 2016, p. 323). Em seguida, com a vitória sobre a França, a Prússia obteve a adesão dos Estados da Alemanha do Sul à Confederação da Alemanha do Norte, surgindo o Império Alemão (*Deutsches Reich*). O título de imperador foi oferecido ao rei da Prússia (EISENHARDT, 2008, p. 366-368).

A partir da criação do Império Alemão, em 1871, entendeu-se que a Alemanha unificada deveria ter seus próprios códigos. A exigência de codificação do direito fazia parte do programa do liberalismo burguês do século XIX (SCHLOSSER, 2012, p. 251). Os primeiros passos dados foram no sentido de unificar e modernizar a organização judiciária, o processo civil e a legislação de falência. Houve então a aprovação e a promulgação da Lei de Organização Judiciária (*Gerichtsverfassungsgesetz – GVG*), do Código de

Processo Civil (*Zivilprozessordnung* – ZPO), da Lei sobre jurisdição voluntária (*Gesetz Über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* – FGG) e da Lei de Falência (*Konkursordnung* – KO) (ZIMMERMANN, 1996, p. 6).

As competências do *Reich*, que inicialmente eram bastante restritas, foram rapidamente ampliadas (WIEACKER, 2004, p. 536). E justamente nesse processo de alargamento das competências do Império que entrou o direito civil, visto que para a sua unificação foi necessária uma modificação constitucional, pois a competência legislativa do *Reich* apenas abrangia o direito das obrigações, o direito comercial, o direito penal e o direito do processo judicial<sup>19</sup>. Ao se promover referida modificação constitucional, estava então aberto o caminho para o processo de elaboração de um Código Civil alemão (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 140).

Os estudiosos do direito e os legisladores promoveram então um esforço comum com o objetivo de criar unidade jurídica na Alemanha, pelo menos no que toca à área do direito civil, que era bastante fragmentado, o que não era conveniente para uma nação moderna, visto que dificultava o desenvolvimento econômico (WOLF; NEUNER, 2016, p. 83-84). De fato, vigoravam legislações civis muito variadas, como o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* na Baviera, o *Allgemeines Landrecht* na Prússia, o Código Civil de 1863 na Saxônia (*Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*), o *Badisches Landrecht* (baseado em uma tradução do Código Civil francês) no Grão-ducado de Baden, bem como outras legislações locais (LEIPOLD, 2010, p. 16). Nesse processo, a influência da Escola Histórica foi decisiva, limitando as fontes da codificação aos sistemas jurídicos que já tinham vigorado na Alemanha. Contudo, em virtude de disputas políticas, não

---

<sup>19</sup> Referida modificação constitucional, datada de 20 de dezembro de 1873, que ampliou a competência legislativa do *Reich* para compreender todo o direito civil, é conhecida como “Lex Miquel-Lasker”, em homenagem aos deputados liberais nacionalistas Lasker e Miquel (WOLF; NEUNER, 2016, p. 83-84).

foi fácil a preparação do BGB, o que exigiu mais de vinte anos (EISENHARDT, 2008, p. 382).

## 9. O processo de criação do Código Civil alemão.

Em 28 de fevereiro de 1874 foi atribuída a uma comissão preparatória (*Vorkommission*)<sup>20</sup> de cinco juristas a elaboração de um parecer sobre o plano e a metodologia de um projeto de lei para a elaboração do BGB (SÄCKER, 1993, p. 7).

Em seguida, em 2 de julho de 1874, foi constituída uma comissão de onze membros (*erste Gesetzgebungs komission*), que trabalhou a portas fechadas durante treze anos. A comissão era composta por seis juízes, dois professores e três altos funcionários do ministério, sendo então bastante diversificada. Contava, entre seus membros, com o célebre pandectista Bernhard Windscheid (1817-1892), autor do famoso “*Lehrbuchdes Pandektenrechts*”, que teve papel decisivo nos trabalhos, influenciando no espírito e na forma do primeiro projeto (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 15).

Em 1887, a comissão tornou público seu projeto, acompanhado de cinco volumes de exposição de motivos (*Motive zum Ersten Entwurf*). Tal projeto, conhecido como “primeiro projeto” (*Erster Entwurf*), foi duramente criticado em relação à sua forma e conteúdo. Em razão da forte influência da ciência das pandectas, o projeto apresentava forma muito dogmática. Sua linguagem jurídica hermética, pesada e abstrata, estranha ao povo e em busca de precisão, não apresentava a clareza que se esperava. Ainda, sua técnica de reenvio também sofreu forte oposição em virtude de sua complexidade (BRAUNEDER, 2014, p. 144-145).

---

<sup>20</sup> A tradução literal do termo *Vorkommission* seria “pré-comissão”, como consta inclusive na tradução da obra de Franz Wieacker para o português (WIEACKER, 2004, p. 537). A despeito da possível tradução literal, preferimos traduzir *Vorkommission*, na linha do que foi adotado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, como comissão preparatória, termo que dá maior fluência ao texto e é autoexplicativo (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 79-155).



Otto Friedrich von Gierke (1841-1921), o mais importante germanista, censurou o projeto particularmente por ter adotado princípios do direito romano, abandonando as instituições de origem germânica, bem como por seguir as tendências capitalistas, sendo puramente individualista, formalista e antissocial, mais parecendo um *Pandekten kompendium* (EISENHARDT, 2008, p. 383-385).

Ainda mais acerbadadas foram as críticas de Anton Menger von Wolfensgrün (1841-1906), um jurista austro-húngaro que lecionou na Universidade de Viena. Em sua obra publicada em 1890 (*Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik Des Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*), o estudioso denunciou os efeitos nocivos do princípio da liberdade contratual, do direito de propriedade individual, bem como do direito das sucessões, cuja orientação se voltava para a proteção dos interesses das classes dominantes, em detrimento dos mais fracos, isto é, aquelas classes que não tinham posses. Todavia, tais críticas, que chamavam a atenção para o caráter conservador do projeto, tiveram efeitos relativamente limitados (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 140).

Considerando as críticas lançadas ao trabalho em torno do “primeiro projeto”, o Governo Imperial, em 4 de dezembro de 1890, instituiu uma segunda comissão, mais substancial, a qual também era formada por não-juristas. O relator geral dessa comissão foi Gottlieb Karl Georg Planck (1824-1910), juiz e professor honorário da Universidade de Gotinga (*Universität Göttingen*), que mais tarde publicou um dos primeiros comentários ao BGB, além de ser considerado por muitos juristas o pai intelectual do BGB (HÄHNCHEN, 2016, p. 336). Windscheid foi excluído, não fazendo mais parte da comissão. Também ficaram de fora da segunda comissão os célebres jurisconsultos da época: Gierke, Kohler e von Jhering (WITZ, 2018, p. 20).

O segundo projeto (*Zweiter Entwurf*) foi concluído em 1895 e encaminhado ao Conselho Federal (*Bundesrat*), isto é, a câmara alta do

Parlamento alemão. Foram feitas correções e complementações no primeiro projeto, de maneira a temperar seu individualismo gélido, o que Gierke chamou de “uma gota de óleo socialista” (*ein Tropfen sozialistischen Öls*)<sup>21</sup>.

Em 1896, após novas alterações promovidas pela Comissão Judiciária, o projeto foi submetido, juntamente com um memorando preparado pelo governo (*Denkschrift des Reichsjustizamtes*), ao *Reichstag* (a câmara baixa do Parlamento alemão), que o analisou com o nome de terceiro projeto (*Dritter Entwurf*), primeiro em comissão e posteriormente em plenário (SÄCKER, 1993, p. 8).

O Código Civil foi aprovado pelo *Reichstag* em 1º de julho de 1896, com 222 votos favoráveis e 48 contrários, e publicado em 18 de agosto de 1896, o que marcou o fim do longo período de fragmentação jurídica alemã no âmbito do direito civil (SCHLINKER; LUDYGA; BERGMANN, 2019, p. 16). Na mesma data foi promulgada a Lei de Introdução ao Código Civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch – EGBGB*), dedicada aos conflitos de leis no tempo e no espaço. A entrada em vigor do BGB foi marcada para 1º de janeiro de 1900, ao argumento de que o novo século deveria ser aberto com a nova legislação (LEIPOLD, 2010, p. 18).

O BGB é inegavelmente o resultado lógico do trabalho científico dos professores alemães. Esses professores dominaram intelectualmente as comissões de *experts* encarregadas da elaboração do código no período de 1874 a 1895. Os elementos materiais utilizados para a construção da codificação decorrem do estudo sistemático do direito romano do período de Justiniano, o

---

<sup>21</sup> A crítica de Gierke foi feita na obra “*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*”, publicada em 1889. Contudo, vale observar que o jurista não defendia um BGB socialista, mas sim que a codificação devia ter postura mais social (HÄHNCHEN, 2016, p. 336). Aliás, tal frase talvez constitua “uma réplica inconsciente do célebre dito de Ludwig Uhland na Igreja de S. Paulo em 22 de Janeiro de 1849 – não haveria de brilhar na Alemanha nenhuma cabeça que não estivesse temperada com uma gota de óleo democrático –, mas sem a força expressiva poética do jogo de palavras de Uhland, que aludia à unção do rei com os óleos sagrados” (WIEACKER, 2004, p. 538-539).

que representou, pode-se afirmar, uma segunda recepção do direito romano pelos alemães (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 23-24).

Como consequência disso, o Código alemão se caracteriza por um grande esforço de abstração e de generalização das regras, o que levou à criação da célebre “parte geral” (*Allgemeiner Teil*), que foi colocada no início da codificação e que posteriormente foi copiada pela legislação de muitos outros países (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 70). Trata-se de uma parte que reúne todas as regras comuns às diferentes áreas do direito civil, abrangendo as teorias da capacidade, da declaração de vontade, do ato jurídico, da execução de deveres jurídicos e da prescrição<sup>22</sup>. Os redatores ainda empreenderam um grande esforço para que a legislação alcançasse a excelência e o rigor terminológico. O resultado é que o texto é complexo, de difícil leitura para o leigo, mas muito sistemático e muito lógico (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 23-24).

Por fim, vale observar que o BGB marcou época, gozando de elevada reputação em outros países, de forma semelhante à do *Code Napoléon*<sup>23</sup>. De fato, o BGB serviu de modelo de codificação para várias nações e, no caso do Brasil, a codificação alemã tem ainda especial relevância, haja vista a tradicional influência germânica na legislação civil brasileira, o que se nota facilmente no Código Civil de 1916, obra concebida por Clóvis Beviláqua<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Além da parte geral, é evidente a influência dos pandectistas em toda a estrutura do BGB, que conta ainda com os livros referentes ao direito das obrigações (*Schuldrecht*), direito das coisas (*Sachenrecht*), direito de família (*Familienrecht*) e direito das sucessões (*Erbrecht*) (BRAUNEDER, 2014, p. 144-145). Aliás, tal forma de subdividir o direito privado remete à famosa classificação tripartite introduzida por Gaius em suas Institutas: *personae, res, actiones* (ZIMMERMANN, 1996, p. 9). E tal influência dos pandectistas também pode ser facilmente notada em relação ao Código Civil brasileiro de 1916, bastando, para tanto, uma comparação com o BGB no que toca à sua estruturação. O mesmo pode ser dito quanto à Consolidação das Leis Civis, obra de Teixeira de Freitas, que mais de quarenta anos antes do BGB já se organizava com uma parte geral (LÔBO, 2021, p. 44).

<sup>23</sup> É interessante observar que o principal seguidor do BGB foi o Japão, que adotou a codificação alemã em 1898, antes mesmo da sua entrada em vigor na Alemanha. O BGB também exerceu forte influência no código suíço de 1907 (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*) e no código chinês de 1929 (CAENEGEM, 1995, p. 246).

<sup>24</sup> Conforme leciona Lôbo, o Código Civil brasileiro de 1916 era “um misto das contribuições de Teixeira de Freitas, do Código Civil francês de 1804 e dos pandectistas alemães do final

## 10. Do início do século XX ao fim da República de Weimar.

A República de Weimar (1918-1933) foi uma democracia de feição social, a qual teve os sociais-democratas, pode-se dizer, como seus verdadeiros fundadores (KROESCHELL, 1993, p. 251). Foi um período breve e bastante conturbado, que, ao lado de convulsões institucionais, também foi marcado pela profunda crise econômica e monetária do pós-guerra. Todas essas dificuldades promoveram notáveis repercussões em todos os ramos do direito.

No âmbito do direito civil, a codificação já ocupava o papel central. A despeito disso, em função dos problemas econômicos e sociais decorrentes da Primeira Guerra Mundial, foi necessária a intervenção do legislador por meio de muitas leis nas áreas de locação, trabalho e propriedade (KÖHLER, 2013, p. 17). Entre referidas leis, merecem ser lembradas duas que, fora do BGB, e com acentuado caráter social, procuraram proteger os locatários de habitações: a lei de 1922 fixou os aluguéis de forma autoritária (*Reichsmietengesetz*), enquanto a lei de 1923 protegeu os inquilinos contra a rescisão unilateral da locação (*Mieterschutzgesetz*) (WOLF; NEUNER, 2016, p. 86). Ainda, objetivando combater a especulação dos preços dos imóveis, bem como para dar oportunidade à população mais carente de adquirir um imóvel, foi promulgada a Ordenança sobre o Direito de Superfície (*Verordnung über das Erbbaurecht - ErbbauVO*) (ZANINI, 2016, p. 74-75), de 15.1.1919, que regulou a matéria de forma detalhada, substituindo as disposições lacunosas e impraticáveis do BGB (§§ 1012 a 1017) (SÄCKER, 1993, p. 11).

E vale notar que o conteúdo social dessas leis pode ser melhor compreendido quando se considera que a Constituição de Weimar, que se caracterizou por seu espírito liberal e social, determinou que "a propriedade

---

do século XIX (assim denominados porque seus estudos tinham como referência as *Pandectas* do *Corpus Juris Civilis*, adaptadas às necessidades da Alemanha, que se industrializava, além do Código Civil alemão de 1900" (LÔBO, 2021, p. 40).

obriga", isto é, sua utilização deve ao mesmo tempo servir ao bem comum (art. 153, 3)<sup>25</sup>.

Outrossim, para lidar com o colapso econômico e monetário do pós-guerra, a solução encontrada pelo *Reichsgericht* foi a utilização das cláusulas gerais do BGB (§§ 242 e 138). É a chamada “fuga nas cláusulas gerais” (*Flucht in die Generalklauseln*), que contou com a orientação e o incentivo de escolas de pensamento, como a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre (KROESCHELL, 1993, p. 253). Tal movimento possibilitou a revisão judicial dos contratos cuja manutenção intangível se tornaria insuportável para uma das partes. E nesse contexto, a teoria do desaparecimento da base contratual (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) foi, de fato, como reação aos efeitos da hiperinflação, apenas uma aplicação particular do princípio da boa-fé (*Leistung nach Treu und Glauben*), estabelecido pelo § 242 BGB (KÖHLER, 2013, p. 17).

Realmente, as importantes criações jurisprudenciais desse período devem muito ao clima doutrinário, marcado pelo apogeu da Jurisprudência dos Interesses. Ademais, a turbulência intelectual também se manifestou com a criação da Escola do Direito Livre (*Freirechtsschule*), fundada por Ernst Fuchs e Hermann Kantorowicz. Para tal escola, o juiz deve tomar a decisão que, segundo sua convicção, seria a do legislador ou, na sua falta, segundo o direito livre<sup>26</sup>.

Por conseguinte, durante a República de Weimar, é notório que a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre forneceram os elementos que levaram a importantes mudanças estruturais no direito privado.

---

<sup>25</sup> Art. 153, 3 da Constituição de Weimar: “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll gleich Dienst sein für das Gemeine Beste*”.

<sup>26</sup> Contudo, vale notar que as graves derivações da interpretação jurisprudencial do período nacional-socialista mostraram, posteriormente, todos os perigos inerentes à livre interpretação da lei (WITZ, 2018, p. 22).

## 11. O período nacional-socialista.

A partir da ascensão do nacional-socialismo foram tomadas medidas para garantir a manutenção e a expansão do poder do regime, como a promulgação de leis e a criação de tribunais especiais. Nesse contexto, depara-se com a degeneração do direito<sup>27</sup> pela legislação nacional-socialista, que pode ser reduzida a três máximas principais: o princípio do líder (*das Führerprinzip*), o princípio da desigualdade racial (*das Prinzip der völkisch-rassistischen Ungleichheit*) e princípio da comunidade nacional (*Prinzip der Volksgemeinschaft*) (WOLF; NEUNER, 2016, p. 86).

A degeneração do direito atingiu seu ápice com a legislação racial, que teve início em 1935 com as infames “Leis de Nuremberg”: a) a Lei de Cidadania do *Reich*, que restringia os direitos políticos dos judeus; b) a Lei de Proteção ao Sangue e à Honra Alemã, que interessa particularmente ao direito de família, pois proibia casamentos entre judeus e súditos de sangue alemão ou assimilado, bem como relações extraconjugais, aplicando-se aos infratores pesadas penas de prisão (WITZ, 2018, p. 22-23). Outras expressões importantes da ideia de discriminação racial podem ser encontradas na Lei sobre Contratos de Locação com Judeus (*Gesetz Über Mietverhältnisse Mit Juden*), de 1939 e na Lei sobre Testamento (*Testamentsgesetz*), de 1938 (WOLF; NEUNER, 2016, p. 87).

No âmbito do direito civil, a ditadura Nacional-Socialista pretendia empreender profundas reformas, o que envolvia a revogação do BGB, que era desprezado pelo partido, pois era considerado como produto de uma era liberal, materialista e individualista (VLIET, 2000, p. 193). O caráter conceitual e a abstração do sistema do BGB ofereciam pontos adicionais para as críticas dos nacionais-socialistas, que eram a favor de uma legislação mais concreta (KÖHLER, 2013, p. 18).

---

<sup>27</sup> A doutrina alemã contemporânea também se refere ao fenômeno como a “perversão do direito” (*Rechtsperversion*) (RÜTHERS, 2016, *passim*).

No lugar do BGB, seria aprovado um “Código do Povo” (*Volksgesetzbuch*), que negaria a tradição do direito romano e retornaria à pureza do direito germânico (BRAUNEDER, 2014, p. 160). Esse código seria forjado segundo a nova ideologia, fazendo apelo à consciência popular, à alma de raça (*Rassenseele*), bem como aos interesses da comunidade, que devem prevalecer sobre os interesses dos indivíduos (“*Du bist nichts, dein Volk ist alles*”)<sup>28</sup>. Nessa linha, o § 1 do Livro I do Projeto de Código previa: “Cada companheiro do povo deve, por meio de sua pessoa e de seu patrimônio, dar à comunidade popular o que é necessário para sua existência e sua prosperidade”. Também se propunha a abolição da distinção entre direito público e direito privado (WITZ, 2018, p. 24).

Apesar das intenções do nacional-socialismo, o BGB provou ser um código muito estável (CAENEGEM, 1995, p. 162). Desse modo, como o novo código não foi promulgado, os nazistas tiveram que se contentar a forçar os juízes a interpretar e aplicar o BGB de acordo com a visão nacional-socialista do mundo (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 24). E nesse ponto não se pode olvidar da utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais (especialmente a boa-fé objetiva e os bons costumes), que foram bastante convenientes para impregnar o sistema jurídico com o espírito da nova ideologia jurídica nacional (*völkisch*) (ZIMMERMANN, 1996, p. 25).

Outrossim, a comunidade jurídica conheceu as mesmas divisões da população alemã. De fato, muitos juristas que se opuseram aos defensores do regime acabaram seguindo o caminho do exílio e tiveram que tentar se reorientar em um novo e estranho ambiente. Outros realizaram resistência (passiva ou ativa) ou tentaram sobreviver mantendo o mínimo possível de relação com o novo regime. E há ainda aqueles que tentaram provar ser

---

<sup>28</sup> Os trabalhos preparatórios para a elaboração do *Volksgesetzbuch*, realizados até meados de 1942 na Academia de Direito Alemão (*Akademie für Deutsches Recht*), sob a direção do professor de direito Justus Wilhelm Hedemann, fracassaram miseravelmente (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 150).

dignos da confiança neles depositada por terem sido agraciados com uma promoção acelerada nos cargos vagos (ZIMMERMANN, 1996, p. 23).

Ademais, vale ainda notar que nesse período as faculdades de direito perderam um terço dos seus quadros. Grandes mestres emigraram, como foi o caso de Ernst Rabel, Max Rheinstein, Stefan Riesenfeld, Rudolf B. Schlesinger. Parte desses estudiosos permaneceu no exterior, lá desempenhando um papel doutrinário de liderança (WITZ, 2018, p. 24). A maioria dos docentes que permaneceu na Alemanha continuou a carreira no país no pós-guerra. Vários deles se tornaram grandes mestres em sua disciplina. Entretanto, a posição de alguns professores durante o período sombrio continua a gerar acalorada polêmica (RÜTHERS, 2016, *passim*).

Tudo isso expõe o obscuro capítulo da atividade do Nacional-Socialismo no que toca ao direito privado, o que representa apenas uma das facetas da decadência da cultura jurídica no período do terceiro *Reich* (WOLF; NEUNER, 2016, p. 87).

## 12. O período de ocupação da Alemanha pelos Aliados.

Em 1945 o exército alemão se rendeu incondicionalmente e o território alemão foi ocupado pelas tropas aliadas. Até 1949 a Alemanha foi governada pelas forças de ocupação (*Besatzungszeit*), que revogaram expressamente uma grande quantidade de leis do período nacional-socialista que contrariavam a igualdade das pessoas perante a legislação<sup>29</sup>.

Em 1949 foi criada, nas três zonas de ocupação ocidental, a República Federal da Alemanha (*Bundesrepublik Deutschland*), que marcou a divisão do país, a qual durou mais de quarenta anos. Somente em 1990 ocorreu a reunificação da Alemanha, quando o território da antiga República Democrática da Alemanha foi incorporado à República Federal da Alemanha.

---

<sup>29</sup> A “descontaminação” do direito privado durante o período de ocupação se limitou basicamente ao disposto na *KontrollratsgesetzNr. 1*, relativa à revogação do direito nacional-socialista (WOLF; NEUNER, 2016, p. 88).



### 13. O direito da Alemanha Ocidental.

O término da Segunda Guerra Mundial marcou o início do processo de desnazificação (*Entnazisierung*) (EISENHARDT, 2008, p. 469). Nesse contexto, o direito da Alemanha Ocidental do pós-guerra se caracterizou pelo retorno ao federalismo, pelo restabelecimento da democracia, pela adoção de um regime parlamentar bastante clássico e pela primazia dos direitos fundamentais, tendo como primeiro garante o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*) (WITZ, 2018, p. 26).

Viu-se, nesse período, a constitucionalização de vários ramos do direito, valendo aqui notar que o direito brasileiro foi fortemente influenciado pela dogmática alemã em matéria de direitos fundamentais, com particular destaque para a relação dos direitos fundamentais com o direito privado, isto é, a chamada *Drittwirkung* (WOLFGANG SARLET, 2017, p. 65-66)<sup>30</sup>.

O estabelecimento de um Estado de Direito pela Lei Fundamental<sup>31</sup> assume todo o seu significado à luz da barbárie do Terceiro *Reich*. Contudo, a maior parte dos funcionários dos tribunais, dos funcionários públicos, bem como dos professores universitários permaneceu em suas funções, o que alguns consideram ser uma mancha indelével da República de Bonn (RÜTHERS, 2016, *passim*).

No direito privado, certas características da República de Weimar são encontradas na República Federal da Alemanha (RFA). O desenvolvimento do direito privado foi moldado pelos valores da Lei Fundamental, que garantiu a liberdade contratual, o direito à propriedade, o direito à sucessão

---

<sup>30</sup> Vale observar, entretanto, que na Alemanha a eficácia dos direitos fundamentais em relação ao direito privado é indireta (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) (KÖHLER, 2013, p. 19).

<sup>31</sup> A denominação Lei Fundamental foi utilizada no lugar de Constituição, pois ela deveria ser um texto provisório, destinado a organizar a nova República. Isso se explica pelo fato de que a Lei Fundamental deveria ser substituída por uma verdadeira Constituição a partir do momento em que ocorresse a reunificação das duas partes da Alemanha (FERRAND, 1997, p. 11).

hereditária, bem como enfatizou a vinculação social (*soziale Pflichtbindung*) (KÖHLER, 2013, p. 19). Ainda, o recurso às cláusulas gerais do BGB para moralizar a vida contratual (§ 138 do BGB) e para reforçar o princípio da boa fé (§ 242 do BGB) foi tanto mais alargado quanto estas cláusulas gerais se tornaram pontos de violação de direitos fundamentais no direito privado (WITZ, 2018, p. 27).

A atividade legislativa se intensificou e no âmbito do direito privado patrimonial foi necessária a sua adaptação às mudanças econômicas e aos avanços tecnológicos. Entre as leis mais importantes, vale destacar aquela que positivou as condições gerais de contratação (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB-Gesetz*), de 9 de dezembro de 1976<sup>32</sup>.

Outrossim, é necessário destacar que uma parte significativa da atividade legislativa é representada pela necessária transposição das diretivas europeias (*Richtlinie*), que objetivam harmonizar os direitos nacionais dos estados membros. Isso levou ao surgimento de um direito do consumidor e de um regime específico de responsabilidade para produtos defeituosos (*Gesetz Über die Haftung für fehlerhafte Produkte – Produkthaftungsgesetz*) (SCHLOSSER, 2012, p. 308), de 15 de dezembro de 1989.

No que toca ao direito de família, houve vigorosa renovação, não obstante tenha permanecido quase inalterado durante a primeira metade do século XX. Realmente, foi necessária a adaptação do direito da família às novas condições sociais e econômicas existentes após a Segunda Guerra Mundial, o que recebeu um impulso especial da Lei Fundamental, a qual estipulou que homens e mulheres têm direitos iguais (*“Männer und Frauen*

---

<sup>32</sup> Atualmente referida lei não está mais em vigor, visto que a reforma do direito das obrigações no ano de 2002, que foi feita pela “Lei de modernização do direito das obrigações” (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), incluiu as condições gerais de contratação no BGB (§§ 305 a 310) (BROX; WALKER, 2019, p. 39-40).

*sind gleichberechtigt*”), bem como que as leis que contrariassem tal princípio deveriam deixar de vigorar (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 150).

Nessa linha, vale citar aqui, entre as alterações do direito de família: a) a lei sobre a igualdade entre homens e mulheres (*Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts*), de 18 de junho de 1957; b) a lei sobre a condição jurídica do filho ilegítimo (*Gesetz Über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder*), de 19 de agosto de 1969, a qual determinou que a simples pensão de alimentos ao filho natural dá lugar a uma paternidade dotada de verdadeiro estatuto jurídico; c) a lei sobre a reforma do casamento e da família (*Erstes Gesetz zur Reform des Ehe – und Familienrechts*), de 14 de junho de 1976, que substituiu o divórcio por culpa por aquele baseado na ruptura do casamento, reforma esta que muitas vezes foi considerada demasiado radical; d) a lei sobre a adoção (*Adoptions gesetz*), de 2 de julho de 1976; e) a lei relativa à autoridade parental (*Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge*), de 18 de julho de 1979. E mais uma vez é a influência direta dos direitos fundamentais que está na origem de grande parte da reforma do direito de família, ainda que aí se encontrem as principais tendências dos países ocidentais.

Ademais, a Alemanha dos chanceleres Schmidt e Kohl também se caracterizou pelo estabelecimento de duas comissões de reforma do direito privado, uma para o direito de falências, em 1978, e a outra para o direito dos contratos, em 1985. Contudo, tais reformas somente tiveram sucesso mais tarde (WITZ, 2018, p. 28).

#### 14. O Direito da Alemanha Oriental.

Pouco após a fundação da República Federal da Alemanha, os soviéticos promoveram, em sua zona de ocupação, a criação da República Democrática Alemã (RDA). Tratava-se de um estado totalitário que existiu de 1949 até 1990 (BRAUNEDER, 2014, p. 160). Baseava-se teórica e ideologicamente no modelo jurídico russo-soviético, fazendo parte dos países que adotavam um

modelo jurídico socialista, mas desenvolveu sua própria maneira de moldar o direito privado socialista no território alemão oriental (SCHLOSSER, 2012, p. 335).

O direito privado da República Democrática Alemã foi moldado pela teoria jurídica comunista, que apresenta um posicionamento bastante peculiar no que toca à propriedade privada e à autonomia privada, haja vista os postulados voltados para o interesse coletivo (EISENHARDT, 2008, p. 536-537).

Assim sendo, foi necessária a promoção de muitas alterações na legislação civil, incluindo a adoção de diversos códigos, entre os quais vale mencionar o Código de Família (*Familiengesetzbuch – FGB*), de 20 de dezembro de 1965, o Código Trabalhista (*Arbeitsgesetzbuch – AGB*), de 16 de junho de 1977, e o Código Civil (*Zivilgesetzbuch – ZGB*), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1976, data até quando o BGB, em grande parte desmantelado, permaneceu em vigor (WOLF; NEUNER, 2016, p. 88).

Entre os traços característicos do ZGB, é possível dar ênfase no seguinte: a) não continha uma Parte Geral (WOLF; NEUNER, 2016, p. 89); b) previa a distinção fundamental entre a propriedade socialista (*sozialistisches Eigentum*), relativa aos meios de produção, e a propriedade individual (*persönliches Eigentum*); c) abandonou o princípio da separação e da abstração em matéria de transmissão da propriedade, bem como deixou de distinguir entre o ato de constituição da obrigação e o ato translativo da propriedade, sem que seja consagrada a transmissão *solo consensu*, uma vez que a transmissão se operava quando do ato da entrega, ou, em caso de venda a prazo, no momento do pagamento do preço (LÜKE, 2018, p. 2); d) proibiu a cláusula de reserva de domínio, que se tornou, é certo, totalmente inútil; e) proibiu a dívida fundiária e as alienações ou cessões fiduciárias a título de garantia, remanescendo apenas a hipoteca e o penhor, com ou sem posse (WITZ, 2018, p. 29).

Em todo caso, vale observar que o ZGB teve uma existência muito breve, isto é, apenas quinze anos. É que com a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA), a unidade jurídica alemã foi restabelecida no âmbito do direito privado (KÖHLER, 2013, p. 19).

### 15. A reunificação.

Após a queda da União Soviética e a revolução pacífica na República Democrática Alemã, houve a abertura da fronteira entre a Alemanha Ocidental e Oriental. Não havia dúvida de que os sistemas jurídicos dos dois estados iriam se aproximar, mas se imagina que seria um processo que levaria muitos anos. Entretanto, a velocidade em que ocorreu a reunificação alemã, após a queda do muro de Berlim, tanto no plano político como jurídico, foi uma de suas características mais marcantes. Após a assinatura de uma série de tratados, em 3 de outubro de 1990 a divisão da Alemanha teve fim (ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 152-153).

O caminho percorrido para alcançar a reunificação não foi a fusão de dois estados em um novo estado, nem a simples anexação de um estado pelo outro, mas sim a adesão (*Beitritt*) dos Estados (*Länder*) da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Isso foi realizado com base no art. 23 Lei Fundamental, que contempla a sua aplicação em “outras partes da Alemanha” após sua adesão. Assim, os territórios da ex-RDA (Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt e Thüringen) tornaram-se, em 3 de outubro de 1990, *Länder* da RFA (EISENHARDT, 2008, p. 559-560).

Nesse contexto, a unificação do direito foi realizada, não pela elaboração de um direito novo, nem pela introdução progressiva da legislação da RFA, que seria difícil de concretizar, haja vista a criação da união monetária, econômica e social, mas pela recepção, quase total, pelos novos *Länder* da ordem jurídica da RFA (*Überleitung von Bundesrecht*) (WITZ,

2018, p. 30). Desse modo, o BGB e sua Lei de Introdução entraram em vigor nos cinco novos *Länder* em 3 de outubro de 1990, ressalvadas algumas disposições transitórias, específicas de cada livro do BGB e do direito internacional privado (WOLF; NEUNER, 2016, p. 89).

## 16. O direito da Alemanha reunificada.

Após a reunificação alemã, as reformas no direito de família continuaram a florescer, valendo destacar: a) a Lei sobre a nova regulamentação do sobrenome (*Gesetz zur Neuordnung des Familiennamens rechts*), de 16 de dezembro de 1993, que promoveu a total igualdade dos sexos, reforma esta que resultou em uma complexidade nunca vista; b) a Lei que reformou o estatuto jurídico da criança, de 16 de dezembro de 1997, criando um direito da criança totalmente uniforme e eliminando as últimas fontes de desigualdade entre filhos legítimos e naturais em matéria de filiação, de autoridade parental, de obrigação alimentícia e de sucessão; c) a Lei sobre a igualdade de herança, de 16 de dezembro de 1997; d) a Lei sobre a parceria de vida, de 16 de fevereiro de 2001, reservada a pessoas do mesmo sexo; e) a Lei sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, de 20 de julho de 2017 (WITZ, 2018, p. 31).

No direito privado patrimonial, por seu turno, a reforma mais importante foi a da modernização do direito das obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), realizada pela lei de 26 de novembro de 2001, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002. O BGB saiu vigorosamente rejuvenescido pela reforma, o que também ocorreu no campo da prescrição (*Verjährungsrecht*), bem como foi reforçado pela incorporação de inúmeras leis especiais, em particular a legislação de defesa do consumidor (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 73).

De qualquer forma, a despeito das inúmeras alterações promovidas em seu texto e das leis especiais que foram promulgadas, é certo que o BGB

continua sendo, mesmo passados mais de cem anos de sua entrada em vigor, a base essencial do direito civil alemão (KÖHLER, 2013, p. 9).

## 17. Europeização do direito privado.

O ingresso da Alemanha na União Europeia foi bastante significativo no campo jurídico. A influência que o direito europeu exerceu nas últimas décadas gerou muitas alterações no direito privado alemão (HÄHNCHEN, 2016, p. 439).

Entre os objetivos da União Europeia temos o afastamento das barreiras comerciais, o incentivo à criação de empregos e a garantia de um elevado nível de proteção ao consumidor. As diretivas certamente assumiram uma posição de destaque entre as ferramentas legislativas à disposição da União Europeia no âmbito do direito privado, particularmente nas áreas do direito contratual, empresarial e autoral, conduzindo à uniformização da regulamentação, bem como promovendo a alteração do direito interno dos países membros (WOLF; NEUNER, 2016, p. 90).

Aliás, a política da União Europeia de harmonização jurídica da legislação dos Estados Membros pela transposição das diretivas fica muito evidente, no âmbito do direito privado, com a implementação de diretivas sobre comércio eletrônico, sobre cláusulas abusivas em contratos com consumidores, sobre crédito ao consumidor, sobre a proteção dos consumidores em relação aos contratos à distância e sobre a responsabilidade por produtos defeituosos (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 152). E esse processo gradual de aproximação jurídica também pode ser sentido quando se considera que a interpretação das leis alemãs de origem europeia se liga às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 66).

Ao lado disso, a europeização do direito privado também é objeto de estudo de vários grupos de pesquisa, valendo destacar o grupo *Commission on European Contract Law*, que elaborou os *Principles of European Contract*

*Law (Lando-Prinzipien)*, um marco no longo caminho para a aproximação jurídica dos Estados Membros (WOLF; NEUNER, 2016, p. 91).

Também se oferece aos integrantes da União Europeia uma legislação modelo, partindo da ideia de um chamado quadro de referência comum, sem efeito vinculante, mas que funciona como instrumento para a elaboração de novas leis e auxilia nas decisões judiciais. Esse é o caso, por exemplo, do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

Ademais, existe a ideia de um futuro Código Civil europeu. O Parlamento Europeu, já em 1989 e em 1994, solicitou às instituições europeias que se preparassem para a criação de um Código Civil europeu (KÖHLER, 2013, p. 23). Entretanto, essa questão é bem mais complicada do que a promoção de aproximação das legislações internas dos países, como tem sido feito atualmente. Aliás, em virtude das mais recentes crises europeias, no meio político e entre os juristas tem crescido o ceticismo em torno de uma codificação europeia. E existem ainda aqueles que simplesmente consideram não ser desejável tal unificação (SCHUSTER-OPPENHEIM, 2017, p. 152).

Em todo caso, superadas as barreiras políticas e o nacionalismo no que toca à tradição dos códigos nacionais, como o BGB e o *Code Civil*, quem sabe num futuro não muito distante, com a progressiva unificação da legislação dos países europeus, não seja factível a criação de um Código Civil europeu.

## 18. Conclusão

A análise da evolução histórica do direito privado alemão, objeto do presente texto, é inegavelmente de grande interesse e importância para a compreensão do direito privado nacional, uma vez que é tradicional a influência germânica na doutrina e na legislação civil brasileira.

Diferentemente do que ocorreu em boa parte da América Latina, o direito privado brasileiro se inspirou não somente no modelo Napoleônico (francês), mas também na sistematização germânica do direito privado. No ápice desse processo de recepção e de influência da cultura jurídica germânica



no Brasil está o BGB, mas não se pode olvidar todo o processo evolutivo que permitiu à Alemanha a criação de tal monumento jurídico.

De fato, como foi visto nesta exposição, não foi nem o legislador e nem o juiz que assumiu o papel fundamental na elaboração e no desenvolvimento do direito privado alemão, mas sim o professor de direito. Aliás, até hoje o professor de direito tem papel muito importante na Alemanha, dando maior cientificidade ao direito alemão, o que representa um grande contraste quando se compara com outros países que seguem o modelo de direito continental. E ao se embebedar nas fontes germânicas, o direito civil brasileiro também recepcionou um pouco dessa cientificidade jurídica, o que fica evidenciado pela tecnicidade, pela clareza e pelo excesso de abstração na redação do Código Civil de 1916, obra concebida por Clóvis Beviláqua (1859-1944) e nitidamente influenciada pela pandectística.

Ao lado de Clóvis Beviláqua, no século XIX vale ainda destacar a forte inclinação germânica de renomados juristas brasileiros, como foi o caso de Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) e Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912), que se dedicaram ao estudo dos autores alemães da Escola Histórica. E mais recentemente, é inegável o intercâmbio jurídico entre Brasil e Alemanha, visto que tem sido cada vez mais frequente a presença de alunos e professores brasileiros no ambiente acadêmico alemão, fato que renova o vigor das fontes germânicas na doutrina pátria, tanto que é quase impossível encontrar um tratado, um curso ou mesmo um manual de direito civil brasileiro que não faça alusão a dispositivos do BGB.

Por conseguinte, o que se procurou nesse breve estudo foi certamente destacar a relevância do estudo da história do direito privado alemão, temática que não pode ser esquecida por aqueles que se dedicam ao direito civil brasileiro. Mais ainda, destaca-se a fundamental importância da história do direito para a formação do espírito de juristas de elevado nível, disciplina que conta com prestígio nas faculdades alemãs, mas infelizmente tem sido negligenciada por muitas escolas de direito do Brasil.

## Referências

- AICHELE, Alexander. **Rechtsgeschichte**. München: C.H. Beck, 2017.
- BRAUNEDER, Wilhelm. **Europäische Privatrechtsgeschichte**. Wien: Böhlau, 2014.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeines Schuldrecht**. 49. ed. München: C.H. Beck, 2019.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeiner Teil des BGB**. 31. ed. München: Carl HeymannsVerlag, 2007.
- CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. de Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- EISENHARDT, Ulrich. **Deutsche Rechtsgeschichte**. 5. ed. München: C.H. Beck, 2008.
- FERRAND, Frédérique. **Droit Privé Allemande**. Paris: Dalloz, 1997.
- FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. **Droit Prive Allemand**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.
- HÄHNCHEN, Susanne. **Rechtsgeschichte**. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit. 5. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2016.
- KÖHLER, Helmut. **BGB Allgemeiner Teil**. 37. ed. München: C. H. Beck, 2013.
- KROESCHELL, Karl. **Deutsche Rechtsgeschichte**. 2. ed. Wiesbaden: Springer, 1993, v. 3.
- KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. **Einführung in die Rechtswissenschaft**. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019.
- LEIPOLD, Dieter. **BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil**. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: partegeral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 1.
- LÜKE, Wolfgang. **Sachenrecht**. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018.
- MEDER, Stephan. **Rechtsgeschichte**. 3. ed. Köln: Böhlau, 2008.
- MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Parte geral: código civil: gênese, difusão e convencimento de uma ideia**. São Paulo: YK, 2018.
- PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROBBERS, Gerhard. **An Introduction to German Law**. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.
- RÜTHERS, Bernd. Verfälschte Geschichtsbilder deutscher Juristen? Zu den "Erinnerungskulturen" in Jurisprudenz und Justiz. **Neue Juristische Wochenschrift**, Frankfurt, n. 15, p. 1068-1068, 2016.
- SÄCKER, Franz Jürgen. Einleitung. In: SÄCKER, Franz Jürgen. **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. 3. ed. München: Verlag C.H. Beck, 1993, v. 1.
- SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea**. Trad. de Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- SCHLINKER, Steffen; LUDYGA, Hannes; BERGMANN, Andreas. **Privatrechtsgeschichte**. München: C.H. Beck, 2019.

- SCHLOSSER, Hans. **Neuere Europäische Rechtsgeschichte**. München: C.H. Beck, 2012.
- SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
- SCHUSTER-OPPENHEIM, Stephan. **Privatrechtsgeschichte**. In: KRÜPER, Julian (Org.). *Grundlagen des Rechts*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 135-155.
- SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. **Einführung in das Zivilrecht**. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016.
- VLIET, Lars Peter Wunibald van. **Transfer of movables in German, French, English and Dutch law**. Nijmegen: ArsAequiLibri, 2000.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- WITZ, Claude. **Le droit allemand**. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018.
- WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.
- WOLFGANG SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e Direito Privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 12, ano 4, p. 63-88, jul.-set. 2017.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, n. 1, p. 71-91, jan./mar. 2016.
- ZIMMERMANN, Reinhard. AnIntroductionto German Legal Culture. In: EBKE, Werner F.; FINKIN, Matthew W. (Org.). **Introductionto German Law**. Haia: KluwerLaw International, 1996, p. 1-41.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung: aufdemGebietedesPrivatrechts**. 3. ed. Tübingen: MohrSiebeck, 1996.

Artigo recebido em: 13/09/2021.

Aceito para publicação em: 05/01/2023.

# O impacto da política fiscal sobre os direitos humanos

## *The impact of tax policy on human rights*

*Joedson de Souza Delgado*<sup>1</sup>

*Fernanda de Holanda Paiva Nunes*<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo reflete um estudo normativo da política fiscal à luz dos direitos humanos, pois a tributação é uma instituição social importante na distribuição de renda e riqueza e outros bens. Esta situação deve-se à justiça fiscal – disciplina essencialmente multidisciplinar que se situa entre a ciência fiscal tradicional –, o direito fiscal, as finanças públicas e a microeconomia, e está ligada à filosofia e a algumas abordagens das ciências sociais. A pesquisa relacionada ao direito tributário é de natureza exploratória e é realizada por meio de uma revisão da literatura com abordagem qualitativa de conceitos-chave: (i) estado, (ii) cidadania, (iii) propriedade e (iv) justiça social. Os resultados mostram que a justiça fiscal é o valor social máximo do objetivo constitucional necessário para garantir a dignidade humana do indivíduo.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Justiça Fiscal. Orçamento público. Tributação.

**Abstract:** This article reflects a normative study of tax policy in the light of human rights, as taxation is an important social institution in the distribution of income and wealth and other goods. This situation is due to tax justice – an essentially multidisciplinary discipline that lies between traditional tax science – tax law, public finance, and microeconomics, and is linked to philosophy and some approaches from the social sciences. The research related to tax law is exploratory in nature and is carried out through a literature review with a qualitative approach of key concepts: (i) state, (ii) citizenship, (iii) property and (iv) social justice. The results show that tax justice is the maximum social value of the constitutional objective necessary to guarantee the human dignity of the individual.

**Keywords:** Human Rights. Tax Justice. Public budget. Taxation.

## 1. Introdução

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0968-2058>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3574246621121538>

<sup>2</sup> Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7218-349X>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7908053888312941>

Normalmente, o debate sobre mudanças tributárias no Brasil ocorre em situações que revelam desigualdade social e injustiça fiscal. Em 2020, as medidas do governo para conter a propagação do vírus no contexto da pandemia da Covid-19 colocaram muitas pessoas em maior risco para sua saúde física e mental. Esses riscos ocorreram devido ao aumento da exposição ao vírus e às dificuldades econômicas e sociais durante o bloqueio.

Em 2022, com a eleição de um novo governo, o Congresso pode continuar a colocar as questões tributárias à frente da matemática orçamentária. Então, a necessidade de equalizar o acesso dos cidadãos a bens essenciais como a saúde pública surge imediatamente após os países do G7 e o Brasil introduzirem novas medidas fiscais para combater as consequências do novo coronavírus (DELGADO; KÖLLING, 2022).

Nessa situação, investigamos como os incentivos fiscais e a destinação seletiva da receita tributária podem ser decisivos para a justiça social. O objetivo geral é analisar a importância da tributação para o funcionamento social, econômico e político de qualquer sociedade. Os objetivos específicos do estudo, discutidos em cada subseção subsequente, são: explicar o desenvolvimento da justiça tributária sob a ótica dos direitos fundamentais; identificar a trajetória solucionável relacionada ao mínimo existencial e à justiça distributiva; relacionar a vinculação do Estado aos direitos fundamentais decorre da obrigação de atuação conforme com os respectivos ditames constitucionais, de modo que a adequada incidência destes promove o desenvolvimento social, objetivo fundamental da República.

Metodologicamente, o estudo caracteriza-se como exploratória, feita por meio de revisão integrativa da literatura do instituto da capacidade contributiva, com abordagem de ferramenta quantitativa para diminuição das desigualdades sociais. Para explorar o conteúdo dentro desse recorte proposto, o estudo percorre quatro pontos sucessivos.

Primeiro, buscamos explicar as mudanças estruturais que devem ser feitas para alcançar a justiça tributária sob o aspecto dos direitos fundamentais. Em seguida, demonstramos que é possível construir alteração da legislação tributária para que a tributação recaia predominantemente sobre a renda e sobre o patrimônio e em menor escala sobre o consumo e os serviços, como ocorre na norma atual. Por fim, destacamos que o lugar da tributação deve ser visto como forma de redistribuir a riqueza e eliminar a desigualdade social, o que garante a dignidade humana.

## 2. Justiça tributária sob a ótica dos direitos fundamentais

Ao longo da história, é comum o fato de os Estados exigirem de seu povo, por meio da tributação, os recursos financeiros necessários, a fim de aplicar tais recursos em serviços e políticas públicas, para buscar as melhorias sociais. No entanto, pouco se tem falado sobre a função social do tributo e a promoção da justiça por meio da tributação, sendo esta área ainda conceitualmente pouco desenvolvida e amplamente abstrata.

Para reduzir essa abstração, o conceito de direito tributário é analisado à luz da doutrina Rawls e, em seguida, da Constituição Federal. A própria Constituição estabelece as regras de que a justiça também se realiza por meio da tributação. É neste sentido que Piketty (2014, p. 466) explica que a justiça social é o princípio básico das sociedades modernas, logo a política pública deve partir do pressuposto de que tal princípio estrutural seja seguido.

Reafirmando a função social, Tipke (2002, p. 16) determina que o tributo não pode ser entendido somente como um sacrifício exigido do contribuinte, tão pouco como uma simples oneração para angariar riqueza, “mas também como uma contribuição imprescindível para que o ente tributante tenha recursos em nível suficiente para realizar suas tarefas em proveito de toda a sociedade”.

Uma ampla discussão sobre o conceito de direito tributário requer uma análise da arrecadação e aplicação dos recursos arrecadados em políticas

públicas. Assim, o conceito de direito tributário é analisado a partir da incumbência do Estado de arrecadar tributos, não é uma preocupação acadêmica que seja o foco de uma disciplina ou tradição acadêmica, mas transcende uma infinidade de ramos científicos, como o das finanças públicas, direito, filosofia, ciência política, sociologia tributária etc.

É uma dimensão constitucional para promover a justiça, definida mais precisamente no art. 3º, I da CF, conforme explicitado no tópico anterior. Assim, o Estado tem o dever de onerar os cidadãos da forma mais justa, para que o tributo cumpra sua função de redistribuir riquezas e, conseqüentemente, reduzir a desigualdade social (CF, 3, III).

Se a máquina pública tem a obrigação de efetivamente produzir serviços públicos, os contribuintes têm a obrigação de pagar ao Estado seus rendimentos e bens de forma correspondente. Neste último, o ente tributante tem um papel importante para não criar discriminação ou privilégio e para compartilhar a carga tributária de forma justa, proporcional e justa.

Uma perspectiva sociológica tributária sobre o estado também pode ser instrutiva na teorização do direito tributário. A consciência das lacunas socioeconômicas e da assimetria de poder completa o entendimento do Estado como uma política de valores comuns voltada para o bem comum.

O Estado é um instrumento para realizar as considerações de justiça tributária, mas nunca é um terreno neutro para a competição das melhores ideias tributárias. Estado e tributação estão estreitamente interligados, assim como a tributação, redução da pobreza e justiça social. Apresenta-se, portanto, como um objetivo concreto a ser alcançado pelas normas tributárias.

Dessa forma, verifica-se que os impostos são e sempre foram uma clara expressão de poder e instrumentos de justiça ou injustiça social. Para determinar qual conceito de justiça se aproxima do disposto na Constituição Federal no campo tributário, remete-se à definição aristotélica de justiça distributiva, a qual é exteriorizada na distribuição de bens materiais ou de qualquer coisa passível de divisão entre os integrantes do sistema político.

Essa ideia de justiça não promove igualdade para todos, mas apenas para aqueles que são iguais entre si. Seguindo o mesmo raciocínio, a desigualdade também é justa, não para todos, mas para os desiguais entre si (BERTI, 1998, p. 56). A crise econômica em curso e a consequente desordem social, econômica e política em todo o mundo, o aprofundamento da desigualdade social e a necessidade de encontrar meios para superar a crise sem prejudicar os mais vulneráveis, a maioria das questões de tributação, principalmente no que diz respeito à justiça tributária, quem deve contribuir e quanto se tornou crucial e amplamente debatida.

Em se tratando da aplicação da justiça distributiva aristotélica no sistema tributário nacional, deve-se analisar que, ao tributar, o Estado deve partir da premissa distributiva. Em outras palavras, tributar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Em particular, o aumento das desigualdades de renda e riqueza atraiu interesse e críticas, e possíveis medidas para lidar com essas desigualdades incluem mudar o sistema tributário e aumentar a carga tributária sobre os ricos. Argumentos para reduzir essa desigualdade também podem ser encontrados em seu impacto negativo na saúde e no bem-estar de toda a população (WILKINSON; PICKETT, 2010, p. 68).

Em Aristóteles, a justiça distributiva obriga a polis, isto é, a cidade; um dever estrito de exigir uma participação financeira justa dos cidadãos para o bem comum (WILKINSON; PICKETT, 2010, p. 68). Torres (1995, p. 99) define justiça distributiva como aquela que “intervém na distribuição das honras, ou das riquezas, ou de outras vantagens que se repartem entre os membros da comunidade política, na medida da capacidade de cada contribuinte”.

Na análise de Torres (1995, p. 99), a justiça distributiva aristotélica é a que funda toda concepção de uma tributação justa e orienta a matriz tributária nacional. Aristóteles também afirma que o critério de justiça não é absoluto, pois varia de acordo com o sistema de governo de cada época (BERTI, 1998, p. 57).



Nesse sentido, voltamos à discussão sobre o modelo de estado social, cuja essência é permitir o acesso igualitário a benefícios importantes como educação, saúde (PIKETTY, 2014, p. 468). Assim, os gastos do setor público com educação e saúde fazem parte das tarefas inerentes ao estado de bem-estar e caracterizam-se por serem transferidos aos cidadãos como serviços.

Ora, se o escopo do Estado social é cumprir objetivos constitucionalmente determinados, deve-se retomar, também, a discussão da desigualdade, pois esse fenômeno social está diretamente relacionado ao conceito de direito tributário. Para confirmar essa relação, explica “é necessário então estender os direitos fundamentais e as vantagens materiais ao máximo de pessoas possível, sobretudo se for do interesse daqueles que têm menos direitos e que enfrentam oportunidades de vida mais restritas”.

Da mesma forma, Rawls explica que estamos em uma sociedade heterogênea, ou seja, uma sociedade formada por indivíduos econômica, cultural e socialmente desiguais (LOVETT, 2013, p. 42). Portanto, este autor cria o conceito do princípio da diferença para adequar a justiça a uma realidade diferente.

A justiça distributiva moderna é, nas palavras de Fleischacker (2006, p. 64), um conceito atraente para o Estado, que “garantidor de que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com certo nível mínimo de recursos materiais”. Assim, o Estado deve intervir nos casos em que não há distribuição justa para corrigir as deficiências inerentes ao mercado (FLEISCHACKER, 2006, p. 64).

Justamente nesse sentido, na definição moderna de justiça distributiva, deve-se atentar para o fato de que toda pessoa tem direito a um mínimo existencial, o que foi confirmado em 1948 na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU. Esse mínimo existencial também advém da ordem econômica, o que significa que o Estado deve intervir por meio da tributação justa para reduzir a atual

desigualdade social, pois a tributação, conforme demonstrado, é a principal ferramenta de redistribuição da riqueza (FLEISCHACKER, 2006, p. 64).

Para entender melhor a aplicação da justiça distributiva à tributação, recorreremos a Rawls. Este autor desenvolveu uma teoria da justiça como equidade (*justice as fairness*), publicada junto à *Theory of Justice*, que buscava questionar a possibilidade de tornar uma sociedade democrática mais justa. Segundo Rawls (1997, p. 301), mesmo o segmento social mais marginalizado deve ter meios para alcançar suas liberdades.

Concordando com o postulado de Rawls, Lovett (2013, p. 43) entende que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais. Uma teoria, seja elegante ou econômica, deve ser testada se não for verdadeira. Da mesma forma, leis e instituições, bem-organizadas ou não, devem ser reformadas se forem injustas.

A equidade mencionada por Rawls (1997, p. 3) vai além da clássica definição aristotélica de justiça distributiva, pois exige que o Estado não apenas siga o princípio da distribuição de acordo com o princípio do tratamento igual e desigual, mas também atue para reduzir desigualdade. É pela análise do cenário da desigualdade social e da tributação que, como indica Torres (1995, p. 90), “a obra de Rawls, a par da inspiração para a renovação dos estudos sobre a justiça, projetou enorme influência no campo da justiça fiscal”.

De fato, o arranjo defendido por Rawls (1997) requer necessariamente a intervenção do Estado para garantir um padrão de vida mínimo aceitável para os pobres e desafortunados com direitos constitucionais básicos. Isso porque é essa parcela da população que mais sofre com as violações de direitos humanos, pois sofre duplamente ao arcar com a carga tributária direta e indireta sem receber o dinheiro dos impostos por serviços públicos de qualidade.

Conforme assegura Lovett (2013, p. 44), Rawls define a sociedade como um sistema cooperativo que visa coordenar as ações de muitas pessoas para

benefício mútuo. Portanto, um conjunto de princípios é necessário para governar a coordenação da maioria das pessoas. Entre esses princípios, segundo Rawls (2013, p. 44), citado por Lovett, está “o principal é o da justiça social, que, em uma vertente aristotélica, busca a igualdade entre iguais e a desigualdade entre os desiguais”.

Rawls (1997) aponta que o propósito das instituições jurídicas é implementar a justiça distributiva. Se tais instituições não estiverem organizadas e não aderirem a princípios como a justiça, o resultado do processo de distribuição não será justo por falta de justiça. Nesse sentido, o autor defende a justiça como a maior e principal virtude das instituições sociais.

Tentando formar uma instituição justa, Rawls (1997, p. 303) define que um Estado democrático organizado deve consistir, entre outras coisas, de uma “constituição justa”. Uma sociedade justa seria, portanto, uma sociedade igualitária construída sobre medidas sociais básicas, igualdade de oportunidades e tributação progressiva dos mais ricos no setor tributário, remetendo à ideia aristotélica de justiça distributiva.

Influenciado por Rawls, Dworkin afirma tal dever estatal, perguntando: “Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade” (RAWLS, 1997, p. 303).

Segundo Rawls (1997, p. 303), para atingir a dimensão da justiça distributiva, o governo deve intervir na economia para corrigir possíveis desvios para garantir a eficiência econômica, o que o autor chama de setor da “alocação”. Da mesma forma, segundo o referido autor, o governo também deve cuidar do setor da “estabilização”, que inclui o nível de emprego e demanda, para que a economia de mercado se torne eficiente.

Analisando a teoria defendida pelo autor acima, parece que tal tese se caracteriza pelo alcance da tributação progressiva. Assim, o princípio da

justiça seria cumprido desde que os “desfavorecidos maximizassem suas expectativas” (RAWLS, 1997, p. 303). O setor de distribuição busca corrigir as desigualdades na distribuição da riqueza para descentralizar a riqueza e o poder, reduzindo assim a desigualdade social.

Assim, Rawls (1997, p. 303) menciona o imposto sobre a herança e doação desde que aplicada a progressividade na tributação dos destinatários da doação, o que confirma a dimensão progressiva protegida pelo estado de bem-estar. O autor menciona o aumento do imposto sucessório justamente pela desigualdade econômica e social preservada no direito sucessório.

Nesse sistema, Rawls aponta a tributação da propriedade como meio de redistribuir essa riqueza concentrada. Ainda no setor da distribuição, o autor assegura que a implementação da justiça tributária ocorre na medida em que a finalidade do imposto é “arrecadar a receita que é exigida por tal justiça” (RAWLS, 1997, p. 303).

Dessa forma, Rawls (1997) define que para a tributação ser justa, o sistema tributário deve ser baseado no imposto de renda, de forma que quem desiste paga mais impostos do que quem ganha. Dessa forma, a tributação progressiva deveria ser usada para corrigir a forte concentração da riqueza e impedir o aumento contínuo da herança dos ricos e da miséria dos pobres.

Em outras palavras, Rawls (1997, p. 306) defende a adoção da tributação progressiva quando há acumulação excessiva de riqueza e de poder, em uma sociedade desigual, tal qual é a brasileira<sup>3</sup>. Rawls (1997, p. 307) defende o combate à desigualdade social porque especifica que em sociedades muito desiguais a concentração da riqueza deve ser harmonizada através da tributação progressiva das heranças e doações e o uso da progressividade na tributação de renda de pessoas físicas.

---

<sup>3</sup> Conforme dados oficiais publicados pelo Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas, a desigualdade no Brasil aumentou pelo 17º trimestre consecutivo e alcançou seu maior nível em maio de 2019. O índice de Gini, que mede a renda do trabalho per capita, alcançou 0,627, o maior patamar da série histórica iniciada em 2012. Quanto mais perto de 1, maior é a desigualdade.

Os impostos sobre herança são muito impopulares entre o público, todavia esta oposição pública é intrigante, pois esses impostos geralmente se aplicam a uma minoria de propriedades. Maior apoio público aos impostos sobre herança é importante para garantir a conformidade pública com esses impostos e melhorar as oportunidades de reforma política.

Por outro lado, a dívida do governo está aumentando devido à crise financeira e é um grande desafio para a justiça intergeracional. Alguns críticos argumentam que os "ricos" deveriam simplesmente pagar pela crise na forma de impostos muito mais altos, enquanto outros são mais modestos a esse respeito e alertam para as possíveis consequências negativas de rendas excessivas e impostos sobre a riqueza (PARIJS, 2000; HEMMING; KOCHHAR, 1990).

Tipke (2002, p. 54) respalda a discussão do problema da justiça fiscal, a qual “resume-se ao problema de distribuição de encargos fiscais, em uma sociedade de recursos escassos e interesses diversos e mesmo antagônicos”. Nesse sentido, o Estado é instrumento na implementação da justiça tributária, mas nunca é terreno neutro na competição das melhores ideias tributárias.

O estado e a tributação estão intimamente, assim como a tributação, o alívio da pobreza e a justiça social. No entanto, muitas questões importantes do ponto de vista do direito tributário são encontradas em nível internacional, transnacional e global, como paraísos fiscais, dificuldades de tributação adequada de empresas e capitais internacionais, problemas de concorrência tributária internacional e 'fatores de localização', da falta de transparência nos fluxos financeiros globais (legais e ilícitos).

As ideias de Rawls vão além de uma mera função fiscal ou lucrativa para incluir uma função não fiscal, ie. aquele que dissipa renda para redistribuí-la. Segundo Caliendo (2009, p. 405), para uma análise clara do conceito de direito tributário, as conclusões filosóficas aqui apresentadas, como as de Aristóteles e Rawls, devem ser examinadas à luz da Constituição

Federal, que se baseia nos princípios constitucionais que regem o sistema tributário do país.

De acordo com a definição aristotélica de justiça distributiva, que se relaciona com a ideia de justiça de Rawls, conclui-se que o tributo se tornaria um meio de redistribuição de riquezas, e para contribuir, é necessário analisar a dimensão constitucional de cada nação. contra a desigualdade social. Em outras palavras, a escolha de uma determinada base tributária não é apenas instrumental, mas também possui um valor moral intrínseco. Leonetti (2015, p. 235) defende que uma forma de garantir os direitos humanos por meio da tributação deveria permitir que as despesas médicas fossem deduzidas integralmente da base de cálculo do imposto de renda.

No caso do Brasil, Tipke (2002, p. 15) explica claramente: “justiça fiscal em sentido jurídico é a execução sistematicamente consequente da igualdade tributária e dos princípios, que concretizam o princípio da igualdade”. Ainda, a Constituição Federal de 1988 reflete e promove a economia social de mercado e, desta forma seu ponto de partida é o entendimento de que a pessoa deve ser o objetivo maior da ordem econômica e social, aqui considerado o poder/dever de tributar (CALIENDO, 2009, p. 406).

Se a promoção da justiça e a redução de desigualdade social, objetivos estampados na Constituição, embora positivados, não são assegurados à população, é necessário analisar se os instrumentos dispostos na Constituição para alcançar tais promessas constitucionais estão sendo garantidos na elaboração das normas tributárias. Caliendo (2009) afirma que os problemas tributários observados no Brasil estão muito mais relacionados a problemas éticos quanto à equidade da tributação e à justa distribuição da carga tributária. O autor conclui que o sistema tributário só serve para aumentar a carga tributária, o que contribui para a injustiça fiscal.

### **3. Capacidade contributiva, mínimo existencial e justiça fiscal**

A justiça fiscal ganha maior relevo a partir da formação do Estado Social no segundo pós-guerra. Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, pilares dos direitos fundamentais, foram por sua vez fortalecidos pela Revolução Francesa. As dimensões dos direitos podem ser extraídas de cada ideal da seguinte forma: os direitos de 1ª dimensão são os civis e políticos; os de 2ª são os econômicos, sociais e culturais e os de 3ª dimensão referem-se à proteção da humanidade, a exemplo do direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente (CONEGLIAN; ULIANA JÚNIOR, 2018, p. 32).

A princípio, apenas a primeira geração era considerada direito fundamental. De certo modo exigiam determinada abstenção do Estado, que figuravam a linha de raciocínio burguesa, cenário que passou a ser alterado com a industrialização, já que se mostrou insuficiente na promoção da defesa da dignidade humana. O consagrado *laissez faire, laissez passertornava* ainda mais a exploração das pessoas e impossibilitava uma resolução pelo estado liberal (SARMENTO, 2010. p. 15).

Assim, a igualdade garantida pela lei não conseguia equilibrar as diferenças entre as pessoas, pois assegurava a igualdade enquanto cada indivíduo ganhava a vida com seus próprios meios, o que levou a um maior empobrecimento das massas proletárias em meados do século XIX (COMPARATO, 2019. p. 53). Os problemas associados à industrialização levaram ao desenvolvimento de doutrinas socialistas, seguidas de movimentos sociais para proteger as ações do Estado para alcançar a justiça social, pois a formalização legal da igualdade não garante sua efetividade (SARLET, 2007. p. 56).

O direito tributário é um instrumento de justiça social. No Brasil, com o nascimento do direito tributário, a distribuição da justiça fiscal tomou destaque na governabilidade e ocasionou o surgimento de uma consciência de um novo direito fiscal: a capacidade contributiva. Capacidade contributiva

significa aquela parte do patrimônio que determina o valor que cada pessoa pode suportar em face da tributação, ou seja, em sentido subjetivo, é parâmetro para determinar a possibilidade de tributação, “a idoneidade para suportar o ônus do tributo”, e a possibilidade de opção dos signos presuntivos de riqueza, no aspecto objetivo (NOBRE JÚNIOR, 2001, p. 32).

Esse princípio significa a capacidade do contribuinte de pagar impostos, ou seja, usar o poder econômico para entregar dinheiro do Estado aos cofres, por meio do qual o conceito de princípio da capacidade contributiva aparece em viés positivo, por ser meio de eficiência jurídica fiscal que tende a exigir mais crédito de quem pode sustentá-lo. Além disso, a capacidade contributiva é buscada como uma verdadeira ordem constitucional para o poder executivo e legislativo, que deve atuar afirmativamente em matéria fiscal, beneficiando a dignidade humana, a igualdade e a justiça social e distributiva.

Dessa forma, especialmente devido à situação de quem contribui para os pagamentos do governo com o que não possui, a importância desse princípio permeia o exercício moral e ético e a observância do poder fiscal. O dever dos responsáveis pela formulação da política fiscal de colocar a responsabilidade pela manutenção do país sobre quem tem essa assunção de riqueza, não sobre quem não tem quase nada (BECKER, 2004. p. 16).

O sistema tributário possui uma função ética, não devendo, portanto, cumprir apenas uma função fiscal de arrecadação estatal. Injusta é a tributação que obsta ou dificulta a consecução do bem comum. Por outro lado, a tributação considerada justa é a que respeita os ditames constitucionais inerentes à sociedade.

Quanto aos dispositivos da Constituição, elencam-se a promoção da justiça e a redução das desigualdades sociais (CF, art. 3º, I e III). Para cumprir essas obrigações, a constituição enumera os princípios constitucionais da política fiscal.



Assim, os princípios constitucionais da tributação existem para compreender o valor jurídico da promoção da justiça constitucional. Dentre os diversos princípios tributários existentes, este trabalho trata daqueles que norteiam a justiça tributária. Portanto, o princípio da isonomia está fixado no art. 150, inc. II, e o da capacidade contributiva, estampado no art. 145, § 1º, ambos da Constituição Federal.

Santos (2012) assegura que a isonomia, ou igualdade de todos na e perante a lei, é um princípio de justiça universal. O autor também afirma que “um estudo profundo do assunto nos levará certamente à conclusão de que o isonômico é o justo” (SANTOS, 2012, p. 5).

Valadão e Filgueira (2020, p. 7942) definem que o princípio da capacidade de pagamento preconiza que aqueles com maior capacidade de pagar impostos – medida por renda e riqueza – paguem mais, o que é consistente com o princípio da isonomia constitucional. Para tornar clara a definição do conceito de justiça fiscal adotado pela Constituição, deve-se analisar o princípio da capacidade contributiva.

Para isso, vejamos o que ensina Caliendo (2009, p. 207): “o princípio da capacidade contributiva é o princípio de tributação mais importante na determinação da justiça fiscal e na repartição de encargos fiscais”. Portanto, a tributação da justiça fiscal na medida em que as aplicações dos tributos são fiéis aos princípios tributários, especialmente ao princípio da capacidade contributiva, pois esse é responsável pela máxima concretização do valor jurídico de justiça.

Quanto ao mínimo existencial, trata-se de um princípio intimamente ligado aos direitos humanos e, segundo Torres (2005, p. 186) está incluído como forma de “imunidade tributária” conferida àqueles que não atendem a determinada capacidade contributiva. À construção de um Estado democrático – com harmonia entre a distribuição de renda e a dignidade da pessoa humana – impõe uma função essencial ao princípio da capacidade contributiva para que a justiça social e distributiva se consolide, por meioda

efetiva implementação de políticas públicas e ações afirmativas, dever constitucional fundado nos fundamentos e objetivos da Constituição da República e no próprio princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF).

Na versão atual do princípio, o que ocorre é que as pessoas com maior capacidade contributiva pagam relativamente menos impostos. Além disso, o valor arrecadado não é convertido em benefícios sociais para pessoas economicamente desfavorecidas. É essencial ver as questões redistributivas, o financiamento de bens públicos e outros aspectos do bem-estar e da pobreza, incluindo a justiça fiscal, como manifestações de cidadania exclusiva.

O desenvolvimento do país deve estar baseado não apenas na economia, na acumulação da riqueza nacional, mas principalmente no desenvolvimento social para reduzir a desigualdade e promover o bem-estar (BARCELLOS, 2010, p. 133). Nesse sentido, adotar medidas fiscais positivas contribui para a distribuição de renda do setor público por meio da justiça fiscal, o que leva à formação de uma sociedade com igualdade de oportunidades e, conseqüentemente, melhor desenvolvimento humano.

#### 4. Conclusão

Restou perceptível que o tributo deveria ser concebido como um meio de redistribuir a riqueza, de combater a desigualdade social, e não como um meio para enriquecer uma nação. Sua distribuição deve ser justa e, para que isso aconteça, qualquer tentativa de conceituar a justiça tributária requer especificar quais regras de justiça devem ser aplicadas e para quais benefícios da justiça são buscados

No Brasil, o tributo – juntamente com a lei tributária – deve concretizar o princípio básico da atual Constituição Federal, o princípio da igualdade. A matriz tributária da Constituição Federal visava tornar mais justa a distribuição de renda e riqueza, mas até que ponto? A Constituição Federal

foi concebida tanto para respeitar os resultados do mercado quanto para transferir os economicamente afortunados para os menos afortunados. Em qualquer caso, a tributação também pode ser um meio para alcançar outros objetivos de justiça, como a igualdade de oportunidades ou as liberdades fundamentais.

Quando se trata do uso de incentivos fiscais e receitas fiscais direcionadas para a justiça social, é necessário um debate político em que os próprios contribuintes sejam os principais atores da política tributária e lhe deem uma legitimidade mais ampla do que as opiniões de especialistas. Assim, o funcionamento do sistema tributário depende, em certa medida, da cooperação dos contribuintes e de sua moral tributária, não podendo se basear apenas no controle e no poder.

É necessário, então, que o Estado cuide da função social do tributo, o que assegura o disposto na Carta Magna e, portanto, a justiça tributária. Se a renda e o patrimônio podem simplesmente mudar de estado para estado e escapar da justiça, o direito tributário deve encontrar respostas que assegurem a correta implementação da função social no mundo concreto, o fato gerador, por meio dos princípios tributários definidos na Constituição.

Além de limitar o direito de tributar, tais princípios determinam quais valores sociais devem ser priorizados para que o Estado seja efetivo. Portanto, a justiça fiscal está alicerçada na justiça distributiva e sua concretização está no princípio da capacidade contributiva. Assim, conclui-se que a justiça fiscal é o maior valor social, meta constitucional, e para realizá-la, a constituição contém princípios constitucionais da tributação.

Devido à grande desigualdade, o financiamento aparece proporcional, o que implica uma enorme injustiça social que só poderia ser remediada por um sistema tributário verdadeiramente progressivo que negasse a distribuição desigual da renda. Igualmente necessária é a reforma tributária, sensível à correta organização da seguridade social em função da economia, do bem-estar e do sistema tributário de distribuição.

Uma resposta inteligente às demandas de um sistema tributário mais progressivo e favorável à realização da justiça social enfrenta complexos desafios práticos e políticos. Esses bons pontos de partida da política tributária existem se houver vontade política para apoiar sua introdução e implementação.

## Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 133.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2004.
- BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução de Dion David Macedo. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998.
- CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e análise econômica do Direito**. 5. ed. São Paulo: Campus Jurídico, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CONEGLIAN, Fabíola Roberti; ULIANA JÚNIOR, Laércio Cruz. **Direitos Fundamentais à Luz da Constituição Federal**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.
- DELGADO, Joedson de Souza; KÖLLING, Gabrielle Jacobi. Políticas fiscais em tempos de pandemia da covid-19: o caso dos países do G-7 e do Brasil, p. 116-136. **Direito Tributário e suas repercussões socioeconômicas** / Ana Paula Basso e André Luna (org). Andradina: Meraki, 2022.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HEMMING, Richard; KOCHHAR, Kalpana. Políticas fiscais com vistas ao crescimento. **Finanças & Desenvolvimento**, v. 10, n. 4, p. 37-39, 1990. Disponível: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/fdesenvolvimento/article/download/64882/62778> Acessado em: 11 nov. 2022.
- LEONETTI, Carlos Araújo. **Os Direitos Humanos da Tributação – um Caso Concreto: o direito à dedução integral dos gastos com medicamentos da base de cálculo do imposto sobre a renda**. **Sequência**, Florianópolis, n. 70, p. 235-252, jun., 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p235> Acessado em: 10 nov. 2022.
- LOVETT, Frank. **Uma teoria da justiça de John Rawls**. 2. ed. São Paulo: Penso, 2013.
- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Princípio constitucional da capacidade contributiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.
- PARIJS, Philippe Van. Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI? **Estudos Avançados**, v. 14, p. 179-210, 2000. Disponível: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142000000300017> Acessado em: 11 nov. 2022.
- PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Vamireh Chacon. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

SANTOS, Dartagnan Ferrer dos. A Configuração da Igualdade pela Proteção ao Empregado: Reconhecendo Diferenças em Busca da Justiça. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS**, v. 7, n. 1, 2012. Disponível: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.34644> Acessado em: 10 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TIPKE, Klaus. **Justiça Fiscal e o Princípio da Capacidade Contributiva**. 3. ed. São Paulo. Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobos. **O orçamento na Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; FILGUEIRA, Edson Franklin Barbosa. O princípio do não confisco e seus critérios delimitadores. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 24, n. 53, p. 7942, 2020. Disponível: <https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/7942> Acessado em: 10 nov. 2022.

WILKINSON, Richard; PICKETT, Kate. **The spirit level: Why equality is better for everyone**. Penguin UK, 2010. Disponível: <https://cutt.ly/PMsqXIE> Acessado em: 1 nov. 2022.

Artigo recebido em: 11/11/2022.

Aceito para publicação em: 07/06/2023.

# O benefício de prestação continuada e as alterações trazidas pela Lei nº 14.176/21 no critério econômico para sua concessão

*The continued benefit and the changes brought by Law 14,176/21 in the economic criteria for its granting*

*Francieli Puntel Raminelli<sup>1</sup>  
Gislaine Aguiar da Silva<sup>2</sup>*

**Resumo:** O benefício de prestação continuada (BPC) é o direito do cidadão portador de deficiência ou idoso, que não pode se manter ou ter ajuda da sua família, receber um salário mínimo. Para ter direito ao benefício, o requerente deve preencher requisitos legais, entre eles o de renda máxima per capita mensal. Este critério, no entanto, há anos gera divergência e, após diversas mudanças legislativas e decisões judiciais, foi novamente alterado em 2021. Neste sentido, busca-se responder: quais foram as mudanças trazidas pela Lei nº 14.176/21 para a concessão do benefício de prestação continuada (BPC) previsto na Lei Orgânica da Assistência Social e quais são os impactos práticos acarretados por elas? Objetiva-se conceituar o BPC/LOAS, apresentar os pontos divergentes acerca do critério econômico para concessão do benefício e analisar as alterações trazidas pela legislação. Utilizou-se do método de abordagem dedutivo, de procedimento monográfico e das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica. Conclui-se que as definições trazidas pela Lei nº 14.176/21 são benéficas aos cidadãos e possibilitam uma maleabilidade necessária na análise casuística da necessidade de cada requerente.

**Palavras-chave:** Assistência social. Benefício de prestação continuada. Critério de renda. Lei nº 14.176/21. LOAS.

**Abstract:** The continued benefit (BPC) is the right of a disabled or elderly citizen, who cannot support himself or have help from his family, to receive a minimum wage. To be entitled to the benefit, the applicant must meet legal requirements, among them the maximum monthly per capita income. This criterion, however, has generated divergence for years and, after several legislative changes and court decisions, it was changed again in 2021. In this sense, the objective is to answer the question: what are the changes brought about by Law 14176/21 for the concession of the BPC

---

<sup>1</sup>Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e pela Universidade de Sevilla (Espanha). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Graduada em Direito pela UFSM, tendo recebido Láurea Acadêmica. Pesquisadora externo do CEPEDI/UFSM. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6301-1490>

<sup>2</sup>Possui graduação em Pedagogia pela Universidade Norte do Paraná (2020). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3189-7223>.

benefit previously foreseen in the Organic Law on Social Assistance and what are the practical impacts caused by them? The objective is to conceptualize BPC/LOAS, present the divergent points about the economic criteria for the concession of the benefit and analyze the alterations brought about by the legislation. The deductive approach, monographic procedure, and the techniques of documental and bibliographical research were used. It is concluded that the definitions brought by Law nº 14.176/21 are beneficial to the citizens and make possible a necessary malleability in the case-by-case analysis of each applicant's needs.

**Keywords:** Social Assistance. Continued benefit. Economic criteria. Law 14.176/21. LOAS.

## 1. Introdução

O benefício de prestação continuada (BPC) faz parte do sistema de seguridade brasileiro, mais especificamente da parte de assistência social, uma vez que se volta para pessoas portadoras de deficiência ou idosos que não tenham condições de se sustentar por conta e nem receber apoio familiar. Este é um benefício que independe de contribuições anteriores do indivíduo para ser concedido; no entanto, sua concessão requer o preenchimento de muitos requisitos previstos na Lei de Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Entre estes requisitos está o critério econômico que deve ser atendido pelos requerentes e que sempre gerou muita discussão em razão de ser bastante rigoroso. A priori, a legislação sempre previu que para a concessão do BPC/LOAS o valor máximo *per capita* recebido mensalmente pelo requerente e seu círculo familiar era de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo.

Inúmeras foram as modificações legislativas a esse respeito, bem como diferentes decisões foram tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, gerando, por anos, insegurança jurídica em razão de divergências ocasionadas pela controversa questão.

Em 2021, no entanto, uma nova lei, a Lei nº 14.176, trouxe importantes modificações neste critério, uma vez que inseriu novos aspectos para a análise da condição de miserabilidade e da situação de vulnerabilidade tratadas pela LOAS. Este é um tema de extrema relevância social, uma vez que no Brasil, em 2023, o número de beneficiários do BPC é de mais de 4,7 (quatro vírgula

sete) milhões e cada detalhe alterado na lei pode incluir ou excluir o direito destas pessoas receberem o benefício (BRASIL, 2023).

Sendo assim, busca-se responder: quais foram as mudanças trazidas pela Lei nº 14.176/21 para a concessão do benefício de prestação continuada (BPC) previsto na Lei Orgânica da Assistência Social e quais são os impactos práticos acarretados por elas?

Objetiva-se conceituar o BPC/LOAS, bem como apresentar as principais alterações legislativas realizadas a seu respeito nos últimos anos. Ademais, pretende-se apresentar o histórico de alterações em relação, especificamente, ao critério de renda aplicado e as divergências legais e jurisprudenciais a respeito do tema no Brasil. Por fim, apresentam-se as mudanças realizadas pela Lei nº 14.176/21 e os seus impactos na concessão deste benefício.

Para alcançar estes objetivos, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, partindo do geral para o específico - significa dizer, estudou-se inicialmente o conceito geral da assistência social no Brasil e do Benefício de Prestação Continuada, seu histórico de alterações e, por fim, as últimas modificações trazidas pela Lei nº 14.176/21, do método de procedimento monográfico (análise profunda de um tema específico) e histórico e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O presente trabalho está dividido em duas partes, além da introdução e da conclusão: a primeira, na qual se realiza a apresentação do benefício de prestação continuada de acordo com a evolução legal de sua previsão e concessão; e a segunda, na qual se aborda a discussão levantada nos últimos anos acerca do critério de renda para a concessão do BPC assim como se analisa as alterações trazidas pela Lei nº 14.176/21.

Sendo assim, no item a seguir será apresentado o Benefício de Prestação Continuada previsto na Lei nº 8.742/93, também conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).



## 2. Direito fundamental à assistência social e o Benefício de Prestação Continuada (BPC) no Brasil

Uma vez que a principal função do Estado é assegurar o bem comum da sociedade e tem por finalidade assegurar a todos uma vida com dignidade, não pode se manter inerte diante dos problemas resultantes das desigualdades sociais existentes. Isso porque os direitos sociais, entendidos como direitos fundamentais, efetivam-se também em função da construção de um mínimo de condições existenciais do ser humano (CASTRO; LAZZARI, 2021, p. 15-16).

Foi por meio da “Constituição Cidadã, como ficou conhecida a CF/88, que se deu a primeira experiência brasileira de reconhecimento universal de direitos sociais inerentes a cidadania” (RANGEL et al., 2009). Especificamente, foi a partir da Constituição de 1988 que foi expressamente previsto o sistema da seguridade social.

A seguridade social é um sistema de proteção social que se dispõe a assegurar uma vida digna aos indivíduos, proporcionando um mínimo essencial, para que possam ter uma vida boa e não uma boa vida, ou, melhor dizendo, para que tenham uma vida digna. Neste sentido, Gouveia (2018, p. 21) aponta que a seguridade social possui estreita relação com a dignidade da pessoa humana, fundamento previsto no art. 1º da Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988).

A seguridade social pode ser conceituada como “um sistema de extensa proteção social que visa proteger as principais necessidades da sociedade como um todo” (GOUVEIA, 2018, p. 21), no intuito de assegurar todos os elementos mínimos para a preservação da vida. Assim, “sendo o direito à seguridade social um dos direitos fundamentais do homem, este não pode ser relegado a um segundo plano” (GOUVEIA, 2018, p. 22).

De acordo com o art. 203 da Constituição Federal Brasileira, a seguridade social divide-se em três: assistência social, saúde e previdência social (BRASIL, 1988).

A assistência social “é uma política pública não contributiva, é dever do Estado e um direito humano social de todo cidadão que dela necessitar” (FERNANDES; SILVA, 2016, p. 393). Neste sentido, a assistência social é um direito de todo cidadão brasileiro, sendo que a partir do artigo 203 da Constituição Federal Brasileira extrai-se o entendimento de que a assistência social é assegurada através de benefícios e serviços sociais (BRASIL, 1988).

Entre estes benefícios e serviços encontra-se aquele denominado “Benefício de Prestação Continuada” (BPC), especificamente no inciso V do art. 203 da Constituição Federal. Ele expressamente prevê “[...] a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (BRASIL, 1988).

Este benefício, previsto constitucionalmente, é regulamentado pela Lei nº 8.742 de 1993 (BRASIL, 1993), chamada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que também regulamenta outros tipos de benefícios e serviços assegurados pelo Poder Público, além de determinar como ocorrerá o seu financiamento. Isso justifica o fato de que o BPC é popularmente conhecido como “BPC-LOAS” ou mesmo apenas “LOAS”.

O BPC-LOAS serve de mecanismo na preservação da dignidade da pessoa humana. Segundo Couto et al. (2017), os direitos sociais dependem da situação e da condição dos que necessitam, adotando-se o princípio da subsidiariedade, fazendo com que o Estado só atue quando a família não puder suprir as necessidades dos indivíduos. Por esse motivo o BPC não é direito de todo o cidadão brasileiro, mas apenas daqueles que comprovem a impossibilidade de manutenção por si ou pela sua família.

É importante frisar que o BPC-LOAS se amolda para atender a necessidade da sociedade, tratando-se de benefício de cunho alimentar. Sua

ausência acaba por violar a dignidade da pessoa humana e ameaçar, inclusive, o direito à vida. Neste sentido, este benefício baseia-se na em um dos objetivos fundamentais previstos no art. 3º, III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a “erradicação da pobreza, tendo em vista que o BPC é um exemplo de crescimento econômico gerado pela distribuição de renda aos mais pobres” (FERNANDES; SILVA, 2016, p. 393).

É por ser de cunho alimentar que o Benefício da Prestação Continuada (BPC), de acordo com o art. 23 do Dec. nº. 6.214/2007, “é intransferível, não gerando direito à pensão por morte aos herdeiros ou sucessores” (BRASIL, 2007). Ressalva-se, que, “no entanto, o valor do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos seus herdeiros e sucessores, na forma da lei civil” (CASTRO; LAZZARI, 2021, p. 803). Sendo assim, esse é um benefício de caráter personalíssimo.

Além disso, faz-se oportuno mencionar que nos termos do artigo 20, § 4º, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) está previsto que o benefício assistencial de Prestação Continuada não pode ser acumulado com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego.

Estão excluídos desta restrição aqueles da assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória, e também a remuneração advinda de contrato de aprendizagem no caso de pessoa com deficiência, sendo que esta remuneração decorrente de contrato de aprendizagem está limitada ao prazo máximo de dois anos (BRASIL, 1993). Um exemplo de possibilidade de cumulação é a pensão especial devida aos dependentes das vítimas da hemodiálise de Caruaru/PE, prevista na Lei 9.422, de 24 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996).

Em caso de possibilidade de concessão de dois benefícios, pode ser feita a opção pelo mais vantajoso, uma vez que, o enunciado n. 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social determina o dever do servidor em orientar o

assistido no sentido de lhe proporcionar o melhor benefício (art. 532, Instrução Normativa n. 77/2015) (BRASIL, 2015).

Ademais, debateu-se na Turma Nacional de Uniformização o Tema 253 sobre a possibilidade ou não de cumulação entre auxílio-acidente e benefício assistencial de prestação continuada. Diante disso, firmou-se a seguinte tese: “É inacumulável o benefício de prestação continuada - BPC/LOAS com o auxílio-acidente, na forma do art. 20, §4º, da Lei nº 8.742/1993, sendo facultado ao beneficiário, quando preenchidos os requisitos legais de ambos os benefícios, a opção pelo mais vantajoso” (BRASIL, 2021b).

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) diz respeito a um benefício assistencial e, por essa razão, não exige que o cidadão tenha contribuído com seguridade social para fazer jus ao mesmo. Neste âmbito, questão interessante foi levantada com a promulgação do Decreto nº 6.214/2007, que expressamente previu, em seu art. 7º, que os benefícios assistenciais pecuniários eram devidos somente aos brasileiros natos e aos estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil (BRASIL, 2007).

Bittencourt (2021, p. 396), asseverou a inconstitucionalidade do Decreto supramencionado, uma vez que “direcionar o benefício somente aos brasileiros natos ou naturalizados traduz [...] afronta ao texto da Carta Maior, pois marginaliza os não nascidos no Brasil ou os que não nascidos não tenham efetivado sua naturalização”. No mesmo sentido, a própria Constituição, em seu art. 203, determina que o benefício será prestado a quem dele necessitar, não havendo qualquer exceção expressa (BRASIL, 1988).

Diante disso, após muitas alterações na Lei, em 2017 o Supremo Tribunal Federal decidiu que a condição de estrangeiro residente no Brasil sem naturalização não impede o recebimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC), pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social às pessoas com deficiência e aos idosos. O recurso extraordinário que tratou do assunto (RE 587970/SP) teve repercussão geral reconhecida sobre o tema, sendo que a tese de repercussão geral aprovada foi que “Os estrangeiros residentes no

país são beneficiários da assistência social prevista no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais” (BRASIL, 2017).

No ano de 2011, importantes mudanças ocorreram na regulamentação do BPC, após alterações promovidas pela Lei nº 12.435, de 6 de julho (BRASIL, 2011a), e pela Lei nº 12.470, de 31 de agosto (BRASIL, 2011b), com destaque para esta última que introduziu significativas e positivas mudanças em relação às pessoas com deficiência.

A Lei nº 12.435/2011 (BRASIL, 2011a) alterou o § 2º do art. 20 da LOAS, que determinava, primordialmente, que pessoa com deficiência era aquela incapacitada para vida independente e para o trabalho (BRASIL, 1993). Com a nova redação, implementou-se uma importante redefinição no conceito em questão, estabelecendo que a pessoa portadora de deficiência, “é aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2011a).

Ademais, é importante ressaltar que a Lei nº 12.435/11 determinou, como impedimentos de longo prazo, “aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência *para a vida independente e para o trabalho* pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos” (BRASIL, 2011a, art. 20, § 2º, II, grifou-se).

Na concepção de Pereira (2012, p. 23), a deficiência deveria ser entendida como um impedimento de longo prazo, não necessariamente definitivo ou permanente, sendo que a principal diferença introduzida pela alteração legislativa está no fato de que se deixa de exigir a incapacidade permanente para a vida independente e para o trabalho. Sendo assim, a deficiência deve ser entendida como um fenômeno biológico e social que impede o indivíduo de prover a sua própria subsistência, não necessariamente de forma permanente, desde que tal impedimento ocorra por um longo prazo.

Neste sentido, a Lei nº 12.435/2011, promulgada pouco mais de um mês depois (BRASIL, 2011b), alterou novamente o conceito de pessoa com deficiência e suprimiu o conceito de impedimento por longo prazo. *In verbis*, determinou que “§ [...] considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2011b).

Note-se que, com as alterações da referida Lei, tanto o deficiente físico quanto o mental podem receber o benefício assistencial, desde o nascimento. Anteriormente não era suficiente, para a caracterização da deficiência, a incapacidade para o trabalho, sendo ainda necessário a incapacidade para a vida independente.

Desta forma, a nova redação do §2º do art. 20 da Lei 8.742/1993, promovida pela Lei 12.470/2011, reparou esta incongruência, ao retirar a exigência da incapacidade para a vida independente para que o segurado seja considerado pessoa com deficiência (BRASIL, 2011b). Logo, a nova redação só exigiu, para a concessão do benefício, impedimentos de longo prazo que impossibilitem a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (KERTZMAN, 2021, p. 600).

Posterior modificação ocorreu com a Medida Provisória n. 871/2019, convertida na Lei nº 13.846/2019, que trouxe novas exigências para a concessão do Benefício de Prestação Continuada. De acordo com o §12 do art. 20 da Loas, incluído pela Lei 13.846/2019, foram inseridos como requisitos para concessão a manutenção e a revisão do benefício as inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF e no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – Cadastro único (BRASIL, 2019). É de fundamental importância a inscrição do idoso e do deficiente no Cadastro Único, uma vez que por meio deste instrumento serão identificadas e caracterizadas as famílias de baixa renda.

A exigência se justifica para melhor fiscalização, a fim de possibilitar o cruzamento de dados, com a intenção de precaução de fraudes, sendo que o benefício somente será concedido ou mantido caso as inscrições tenham sido realizadas ou atualizadas nos últimos dois anos (AMADO, 2021, p. 41).

A fim de evitar qualquer irregularidade, o benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos, para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem. O desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência, de acordo com art. 21, § 3º, da Lei 8.742/1993 (BRASIL, 1993).

Somando-se a isso, o beneficiário que não realizar a inscrição ou a atualização no CadÚnico, no prazo estabelecido, terá o seu benefício suspenso (CASTRO; LAZZARI, 2021, p. 803). Por fim, cabe aludir que “a cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício em momento posterior” (KERTZMAN, 2021, p. 603).

Para a concessão do benefício quanto à pessoa com deficiência, o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) adota critérios específicos. Diante disso o cidadão ficará sujeito a uma avaliação acerca da sua deficiência e do grau de impedimento à participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do INSS, de acordo com o art. 20, §6º da LOAS (BRASIL, 1993), alterado pela Lei nº 12.470/2011 (BRASIL, 2011b).

Verifica-se que o BPC é uma importante política pública social que concretiza o direito humano social à prestação do mínimo existencial. A assistência social, e mais especificamente o BPC, faz parte da concretização dos objetivos fundamentais da Constituição Federal, pois atua no enfrentamento da pobreza e das desigualdades sociais de forma integrada às

políticas públicas, garantindo mínimos de sobrevivência aos que necessitam, e desenvolve a universalização dos direitos humanos sociais.

No entanto, a concessão do BPC, ao longo dos anos, foi marcada por discussões doutrinárias e judiciais acerca, principalmente, do critério econômico que deve ser aplicado. No próximo item analisar-se-ão os principais pontos de controvérsias, bem com as principais alterações realizadas neste quesito.

### **3. O histórico da discussão acerca do critério econômico para a concessão do BPC/LOAS**

Um dos temas mais controversos acerca da concessão do Benefício de Prestação Continuada versa sobre o critério econômico. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (BRASIL, 1993).

A regulamentação foi promovida pelos artigos 20, 21 e 21-A da Lei 8.742/93 (LOAS), que definiram alguns parâmetros para a concessão e manutenção do BPC: o critério objetivo de renda (§ 3º do art. 20) que somente considerava incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa, a família cuja renda mensal *per capita* fosse inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário-mínimo; a impossibilidade de acumulação com qualquer outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime; a sujeição a exame médico pericial e laudo realizado pelos serviços de perícia médica do INSS, entre outros (BRASIL, 1993).

Verifica-se que a legislação instituiu um critério objetivo para aferição do estado de carência do idoso ou do deficiente: renda *per capita* familiar inferior  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo.



No entanto, desde o início esse critério foi questionado sob a ponderação de sua inconstitucionalidade. Fernandes e Silva (2016, p. 398) dispõem que isso acontece uma vez que este critério é excessivamente rigoroso, uma vez que “ainda que alguns não se enquadrem no critério de renda inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, tais cidadãos também não possuem os meios necessários à sua manutenção e nem de tê-la provida por sua família, tendo, portanto, o direito ao referido BPC”.

De acordo com Gouveia (2018, p. 226), o critério de renda familiar de um quarto do salário-mínimo não deveria ser mantido, uma vez que, “se a concepção da lei foi conceder o benefício a quem dela necessite, o que dever-se-ia observar seria o grau de miserabilidade e não o quanto grafado em lei”.

A grande discussão que persistiu por anos foi justamente sobre esse critério da renda. O Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1232-1 (BRASIL, 1998), determinou que a *renda per capita* deveria ser a determinada na Lei nº 8.742/93, ou seja, um quarto do salário-mínimo. “Tal decisão restou reafirmada pela doutra Ministra Ellen Gracie ao conceder a liminar a favor do INSS na Reclamação 2281” (GOUVEIA, 2018, p. 226).

Segundo o entendimento de Maciel e Pitta (2016, p. 60) “O requisito de miserabilidade da forma como posto viola o princípio da dignidade humana, daí a plausível tese de inconstitucionalidade apregoada pela ADI nº 1232-1 junto ao Supremo Tribunal Federal (STF)”. No entanto, “embora com resistências, o STF concluiu que a lei era soberana na definição de critérios”. Sendo assim, “a decisão tomada pelo Supremo, no julgamento da ADI 1232-1/DF, foi no sentido de julgar constitucional o disposto do §3º, do art. 20, da Lei 8.742/93” (PIEROTTI, 2011, p. 111).

No entanto, como relata Kertzman (2021, p. 601), apesar desta decisão, em outros julgados o “Supremo Tribunal começou a alterar o entendimento anteriormente consolidado, julgando ser possível a

flexibilização do critério estabelecido pela Lei, se restar provado no processo a falta de condição de sustento”.

Diante disso, a questão foi novamente discutida na Reclamação 4374 e, em 18 de abril de 2013, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou a inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social, que estabelecia como critério para concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo, por considerar que esse requisito estava defasado para determinar a situação de miserabilidade (BRASIL, 2013a). Verificou-se, portanto, a inconstitucionalidade do critério legal da renda *per capita* inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo (BRASIL, 2013a).

Desta forma, após este julgado, as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) passaram a permitir que os postulantes sejam amparados com benefícios assistências da LOAS mesmo possuindo uma renda familiar *per capita* superior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) de salário mínimo, desde que comprovem a situação de miserabilidade.

A primeira previsão legal neste sentido veio com a Lei nº 13.146 de julho de 2015 (BRASIL, 2015), que aprovou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em vigor desde o dia 03 de janeiro de 2016. Com ela, a LOAS passou a prever expressamente que para a concessão do BPC poderiam ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade - §11 do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 (BRASIL, 1993).

Assim, de acordo com a nova previsão legal, para que os requerentes do BPC/LOAS possam ser contemplados com o benefício, precisam comprovar, além de sua própria hipossuficiência, também a de sua família. Referida lei também inseriu o §9º do art. 20 na Lei da LOAS, definindo que “os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere o §3º deste artigo” (BRASIL, 1993).

Ainda neste importante quesito, a Lei nº 13.982/2020 previu que “o benefício de prestação continuada ou o benefício previdenciário no valor de até um salário-mínimo concedido a idoso acima de 65 anos de idade ou pessoas com deficiência não será computado, para fins de concessão do benefício de prestação continuada a outro idoso ou pessoa com deficiência da mesma família” (BRASIL, 2020).

Nota-se a preocupação do legislador em amparar os direitos sociais do idoso como também das pessoas com deficiência. Ou seja, o benefício poderá ser pago a mais de um membro da família, desde que comprovadas todas as condições exigidas.

Além do mais, de acordo com §2º do art. 21-A, da Lei nº 8.742/1993, inserido anteriormente pela Lei nº 12.460/11 (BRASIL, 2011b), “a contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício” (BRASIL, 2011). Assim, desde 2011 as pessoas portadoras de deficiência aprendizes poderiam cumular essa função com o benefício concedido.

Da mesma forma, a Lei nº 12.470/11 (BRASIL, 2011b) também atualizou os textos dos artigos 21 e 21-A da Lei nº 8.742/1993. Neste sentido, prevê o art. 20, em seu parágrafo quarto, que “A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício em momento posterior” (BRASIL, 1993).

Segundo o disposto no artigo 21-A, “o benefício de prestação continuada será suspenso quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual” (BRASIL, 1993). Contudo, de acordo com o art. 21-A, §1º da Lei nº 8.742/1993 (BRASIL, 1993), este benefício pode ser requerido novamente e sem a necessidade de nova perícia médica ou nova avaliação do grau de deficiência ou incapacidade se for “extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora, e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego, e não tendo

o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário”, respeitando o período de revisão de 02 (dois) anos.

Após esta evolução legislativa que aconteceu ao decorrer dos anos, é possível verificar a evolução da lei, “por estimular a inclusão social na medida em que a pessoa com deficiência pode buscar uma relação empregatícia sem ser punida por tentar algo mais do que o benefício” (MACIEL; PITTA, 2016, p. 58).

A composição familiar para fins de análise de renda também sofreu algumas mudanças, mantendo-se sempre a definição de que são as pessoas que vivem sob o mesmo teto. A Lei nº 12.435/11 alterou e especificou o conceito de família ao inserir nova redação do Art. 20, §1º, da LOAS. Isso porque determinou que, para a concessão do BPC, a família é composta pelo “requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto” (BRASIL, 2011a).

Com o novo formato do núcleo familiar introduzido pela referida lei, a falta dos pais poderá ser suprida com a existência da madrasta ou padrasto. Quanto aos filhos e irmãos, que antes deveriam ser menores de 21 anos ou inválidos, basta agora que sejam solteiros e residam sob o mesmo teto do requerente do benefício. A lei inseriu também ao rol os enteados solteiros e os menores tutelados que vivam sob o mesmo teto do postulante (PEREIRA, 2021, p.18).

Neste quesito, Gouveia (2018, p. 224-225) aponta que “qualquer indivíduo que não possua esse grau de parentesco com o postulante do benefício da LOAS, deverá ser desconsiderado, tanto para cálculo do número de indivíduos quanto a renda *per capita* do grupo familiar”.

Embora o BPC não possa ser cumulado com outros benefícios, ressalta-se que eventual valor recebido do Programa Bolsa Família não deve ser computado junto à renda mensal familiar, pois o Decreto nº 6.214/2007, que

regulamenta o benefício de prestação continuada, em seu artigo 4º, § 2º, II, veda tal cômputo (BRASIL, 2007).

Bittencourt (2021, p. 472-474) faz uma crítica a esta possibilidade, pois o valor médio do Bolsa Família mensal pode chegar muito próximo ao valor de outros benefícios, como, por exemplo, o do auxílio-acidente e questiona se “o nome do benefício é fator preponderante para que se restrinja sua cumulação”. Isso porque, se o valor é aproximado, mas o nome é diferente, deveria, na sua opinião, haver alteração de interpretação. Por conseguinte, observa-se que o valor do auxílio-acidente é muito similar ao concebido aos familiares a título de Bolsa Família, que permite cumulação com BPC também este benefício deveria ser permitido, tendo em vista o Princípio da Vedação da Proteção Insuficiente.

Cumpre ainda destacar que segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 580.963/PR em 2013, o valor de um salário mínimo recebido à título de benefício por algum membro do grupo familiar, deve ser excluído do cômputo da renda *per capita* (BRASIL, 2013b).

Sendo assim, percebe-se que a discussão acerca do critério de renda para a concessão do benefício de prestação continuada não havia chegado ao fim, apesar de tantas alterações e decisões judiciais contrárias a ele. Esse cenário se alterou, no entanto, com a Lei nº 14.176/21, que trouxe expressamente à lei a previsão de uma maleabilidade no critério econômico de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo se preenchidos determinados critérios legais. As modificações trazidas por esta lei e suas consequências serão abordadas a seguir.

### *3.1. A Lei nº 14.176/21 e os novos critérios para concessão do BPC*

A assistência social é vista como um sistema de proteção das classes vulneráveis, isto é, pessoas idosas e portadoras de deficiência, que, por idade

avançada ou por serem portadoras de necessidades especiais, acabam vivendo em condição social inferior e encontram-se à margem da sociedade.

A Lei nº 14.176, de 22 de junho de 2021 (BRASIL, 2021) trouxe diversas e importantes alterações na Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93) e o fez com intento de colocar fim à polêmica sobre a determinação da renda *per capita* ao benefício de prestação continuada (LOAS).

Inicialmente, é importante destacar que também foram introduzidos, no art. 26 da Lei nº 14.176/21, novos parâmetros de definição da situação de vulnerabilidade social, estabelecendo ainda o intitulado auxílio-inclusão para pessoas com deficiência (BRASIL, 2021). Diante disso, o valor será pago aos beneficiários que já recebem o benefício, comecem a trabalhar com remuneração de até dois salários mínimos e que tenham inscrição atualizada no Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico) (BRASIL, 2021).

O art. 20 da LOAS passa a dispor em seu parágrafo terceiro, após a alteração trazida pela lei, que uma vez *observados os demais critérios de elegibilidade definidos na própria LOAS*, terão direito ao benefício a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal *per capita* igual ou inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo (BRASIL, 2021, grifou-se). Antes desta alteração não estava expressamente prevista a obrigatoriedade observação dos critérios de elegibilidade para a concessão do BPC.

Além disso, outra novidade relevante aparece no parágrafo onze do art. 20, que estabeleceu que o regulamento poderá ampliar o limite de renda mensal familiar *per capita* para até  $\frac{1}{2}$  (meio) salário-mínimo, a depender dos critérios previstos no art. 20-B - ambas alterações inseridas pela Lei nº 14.176/21 (BRASIL, 2021).

De acordo com o art. 20-B (BRASIL, 2021), serão observados os seguintes pontos para a ampliação do critério de renda familiar mensal *per capita* para a concessão do BPC, *in verbis*:

Art. 20-B. Na avaliação de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade e da situação de vulnerabilidade de que trata o §

11 do art. 20 desta Lei, serão considerados os seguintes aspectos para ampliação do critério de aferição da renda familiar mensal per capita de que trata o § 11-A do referido artigo:

I – o grau da deficiência;

II – a dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária; e

III – o comprometimento do orçamento do núcleo familiar de que trata o § 3º do art. 20 desta Lei exclusivamente com gastos médicos, com tratamentos de saúde, com fraldas, com alimentos especiais e com medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência não disponibilizados gratuitamente pelo SUS, ou com serviços não prestados pelo Sus, desde que comprovadamente necessários à preservação da saúde e da vida.

Sendo assim, o grau de deficiência, a dependência de terceiros e o comprometimento do orçamento com gastos necessários para a manutenção da saúde e da vida passam a ser obrigatoriamente observados para a análise do critério de renda. Observa-se que a lei traz amplo avanços nesse sentido, pois passa a considerar outros elementos para possibilitar o critério da renda auferida, uma vez que com frequência apenas o critério objetivo de  $\frac{1}{4}$  do salário não corresponde à realidade dos que necessitam do benefício. Com a análise destes critérios, a avaliação para a concessão do BPC/LOAS permite o aumento da renda *per capita* para até  $\frac{1}{2}$  (meio) salário mínimo, o dobro do que era possível pela redação anterior da lei.

De acordo com a previsão legal, os valores referentes ao comprometimento do orçamento familiar com despesas serão definidos em ato conjunto do Ministério da Cidadania, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS, a partir de valores médios dos gastos realizados pelas famílias exclusivamente com essas finalidades, facultada ao interessado a possibilidade de comprovação, conforme critérios definidos em regulamento, de que os gastos efetivos ultrapassam os valores médios (BRASIL, 2021).

Percebe-se que muitos são os pontos que devem ser analisados no caso concreto, a depender de cada contexto e situação. Assim, a alteração trazida pela Lei nº 14.176/21 (BRASIL, 2021) não afastará o debate judicial sobre a renda e a eventualidade de vulnerabilidade no caso concreto.

Isso já havia sido elucidado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário 580963/PR (BRASIL, 2013b), quando se decidiu que o critério de renda para a concessão do BPC/LOAS não pode ser apenas objetivo; deve o juiz analisar no caso concreto se há necessidade do benefício, mesmo naqueles casos em que a renda é superior ao parâmetro legal, se, por óbvio, ficar comprovada a necessidade (BITTENCOURT, 2021, p. 484-485).

Sendo assim, a Lei nº 14.176/21 traz expressamente o entendimento já defendido pelos Tribunais há anos, com a diferença de que agora, com a previsão legal, os idosos e portadores de deficiência que precisam deste benefício terão direito à uma análise casuística, ou seja, terão analisadas as suas condições para além do simples critério de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo *per capita* mensal na família. Esta lei representa um avanço na garantia dos direitos sociais de cidadãos que precisam deste apoio estatal para sobreviver e garantir uma mínima qualidade de vida, assim como previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988.

#### 4. Conclusão

O benefício de prestação continuada está previsto na Constituição Federal Brasileira e na Lei nº 8.742/93, também denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Ele existe como uma maneira de garantir um mínimo existencial para brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil que sejam portadores de deficiência ou idosos e que não tenham condições, próprias ou familiares, de se manter. Por este motivo, o benefício consiste na concessão de um salário mínimo para aqueles que preenchem os critérios previstos em lei.

O BPC/LOAS possui caráter assistencial e, portanto, se destina àqueles que dependem dele para sobreviver. Inúmeros são os requisitos legais que devem ser preenchidos para a sua concessão e, entre eles, está o critério econômico ou de renda, em que, desde início, previu o máximo de  $\frac{1}{4}$  (um



quarto) de salário mínimo mensal *per capita* para que o requerente pudesse obter este auxílio. Significa dizer que, dentro dos parâmetros legais do que deve ser considerado “família”, cada integrante não pode receber mais do que esta parcela para o benefício ser concedido.

Este fator, em diversas situações, no entanto, não consegue abranger reais situações de miserabilidade e condições de vulnerabilidade, uma vez que outros são os elementos que devem ser considerados para a concessão do benefício. A título de exemplo, alguns beneficiados, em razão de maior deficiência ou enfermidades, possuem gastos elevados para sua manutenção, o que, pelo critério objetivo da lei não seria considerado – e que acarretaria na exclusão de alguém que efetivamente necessita do benefício.

Ao longo dos anos, diversas foram as discussões e alterações legais no sentido de aprimorar os conceitos e os critérios para a concessão do BPC/LOAS. Da mesma forma, nas últimas décadas, desde a promulgação da LOAS, em 1993, muitas foram as decisões judiciais acerca do tema, algumas, inclusive, divergentes entre si.

Foi neste contexto de insegurança jurídica que, em 22 de junho de 2021, foi promulgada a Lei nº 14.176, que alterou significativamente o critério de renda para a concessão do BPC. Isso porque, embora tenha mantido o critério de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo *per capita*, dita lei trouxe critérios que tornam possível a concessão do benefício a quem tem o dobro de renda, ou seja, até  $\frac{1}{2}$  (meio) salário mínimo mensal *per capita*, desde que analisados critérios expressamente previstos pela nova lei. Esses três critérios buscam aferir de forma mais acurada a condição de miserabilidade e situação de vulnerabilidade e incluem a análise do grau de deficiência, a dependência de terceiros e os gastos mensais que se referem a despesas com saúde e manutenção da vida.

A inserção destes novos aspectos, que devem ser observados em conjunto com o critério objetivo de renda *per capita*, certamente tornam a análise para a concessão subjetiva e, portanto, permitem que o caso concreto

seja considerado para que uma decisão em consonância com a realidade dos requerentes seja tomada. Ao serem expressamente previstos em lei estes critérios acabam por tornar obrigatória uma consideração casuística na hora da concessão, ou seja, determina que o caso de cada cidadão seja analisado de forma individual, seja pelo INSS ou pelo juiz em sede judicial.

Portanto, analisada a construção história do BPC/LOAS e todas as alterações e construções legislativas e jurisprudenciais a esse respeito, conclui-se que a Lei nº 14.176/21 trouxe um importante avanço na garantia dos direitos sociais de pessoas que dependem deste benefício para poderem sobreviver com um mínimo de dignidade, como determina a Constituição Federal Brasileira de 1988.

## Referências

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 14º ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência**. 4º ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2021.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Portal da Transparência. **Portal da Transparência divulga gastos com Benefício de Prestação Continuada (BPC)**. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/comunicados/603478-portal-da-transparencia-divulga-gastos-com-beneficio-de-prestacao-continuada-bpc#:~:text=Agora%2C%20C3%A9%20poss%C3%ADvel%20detalhar%20a.filtros%20por%20estado%20e%20munic%C3%ADpio>. Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm). Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm). Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.422, de 24 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre a concessão de pensão especial aos dependentes que especifica e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9422.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9422.htm). Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm). Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm). Acesso em: 23 abr. 2022 - a.

BRASIL. **Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011**. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.470%2C%20DE%2031%20DE%20AGOSTO%20DE%202011.&text=20%20e%2021%20e%20acrescenta.4%C2%BA%20e%205%C2%BA%20ao%20art](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.470%2C%20DE%2031%20DE%20AGOSTO%20DE%202011.&text=20%20e%2021%20e%20acrescenta.4%C2%BA%20e%205%C2%BA%20ao%20art). Acesso em: 23 abr. 2022 - b.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019**. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/lei/L13846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13846.htm). Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.176, de 22 de junho de 2021**. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para estabelecer o critério de renda familiar per capita para acesso ao benefício de prestação continuada, estipular parâmetros adicionais de caracterização da situação de miserabilidade e de vulnerabilidade social e dispor sobre o auxílio-inclusão de que trata a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); autoriza, em caráter excepcional, a realização de avaliação social mediada por meio de videoconferência; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2021/Lei/L14176.htm#art6p](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/Lei/L14176.htm#art6p). Acesso em: 17 maio 2022 – a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4374**. Pernambuco, Relator Ministro Gilmar Mendes. 18 abr. 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 25 fev. 2022 – a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580963**. Paraná, Relator Ministro Gilmar Mendes. 14 nov. 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/porta/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=225&dataPublicacaoDj=14/11/2013&incidente=2602629&codCapitulo=5&numMateria=174&codMateria=1>. Acesso em: 13 maio 2022 – b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 587.970**. São Paulo, Relator Ministro Marco Aurélio. 20 abr. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Tema 253**. 27 maio 2021. Disponível em: <http://www.justicafederal.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-253>. Acesso em: 25 maio 2022 – b.

COUTO, Berenice Rojas; YAZBEK, Maria Carmelita; SILVA, Maria Ozanira Silva e; RAICHELIS, Raquel [Orgs.]. **O Sistema Único de Assistência Social no Brasil: uma realidade em movimento**. 5º ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 24º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. Análise Crítica do Benefício de Prestação Continuada e a sua efetivação pelo Judiciário. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 56, p. 15-27, jan. /abr. 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29923.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2022.

RANGEL, Leonardo Alves; PASINATO, Maria Teresa de Marsillac; SILVEIRA, Fernando Gaiger.; LOPEZ, Felix Garcia; MENDONÇA, João Luis de Oliveira. Conquistas, desafios e perspectivas da previdência social no Brasil vinte anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise**, v.1, p. 39-94, 2009.

FERNANDES, Kellen Cristine de Oliveira Costa; SILVA, Juvêncio Borges. A judicialização do benefício de prestação continuada – BPC: fenômeno que concretiza o direito humano social à prestação do mínimo existencial. XXV Encontro Nacional do CONPEDI. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/8sgj7g7s/e9s50R5pSBVX8XY1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

MACIEL, Alvaro dos Santos; PITTA, Rafael Gomiero. Aspectos críticos do benefício de prestação continuada às pessoas com deficiência no Brasil: o preenchimento de hiatos nos direitos sociais. XXV Encontro Nacional do CONPEDI. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/75j9e43q/69M82EH1IS814Y44.pdf>. Acesso em: 23 de abr. 2022.

PIEROTTI, Wagner de Oliveira. **O benefício assistencial a idosos e portadores de deficiência**. 1º ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2011.

Artigo recebido em: 07/06/2022.

Aceito para publicação em: 30/01/2023.

# A aceitação de doação sem ônus pela Administração Pública

## *Acceptance of no-strings, or no-terms donations, by Public Administration*

*Maurício da Cunha Savino Filó<sup>1</sup>*

*Fernanda Zeferino Casagrande<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente estudo possui como objetivo analisar a problemática da aceitação de doação sem ônus pela administração pública, a fim de responder à seguinte pergunta: o ato administrativo do recebimento de doação sem ônus pela administração pública se configura em ato vinculado ou ato discricionário? Foi analisado o regime jurídico administrativista, em seus princípios e seus requisitos. Posteriormente, pesquisou-se o ato de doação, suas características e conceitos. Ao final, analisou-se a base legal que regulamenta a doação sem ônus à administração pública. Conclui-se, em linhas gerais, que deve haver uma análise prévia à doação, sendo que a justificativa motivada para a atuação do agente administrativo deve ocorrer dentro dos parâmetros jurídicos do interesse público. Utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal.

**Palavras-chave:** Ato Vinculado. Ato Discricionário. Direitos Fundamentais. Interesse Público. Republicanismo.

**Abstract:** This study aims to analyze the issue of accepting no-strings, or no-terms donations, by public administration, in order to answer the following question: Is the administrative act by the public administration, of receiving a no-terms donation, free of charge, configured as a binding act or discretionary act? The administrative system was analyzed, in its principles and its requirements. Next, researched the act of donation, their characteristics and concepts. In the end, it was analyzed how the Legal Order regulates the donation without burden, or no-terms to the public administration. It is concluded, in general, that there must be an analysis prior to the donation, and the justification motivated for the performance of the administrative agent must occur within the legal parameters of the public interest. The deductive research method was used, in theoretical and qualitative research using bibliographic and legal documentary material.

**Keywords:** Bound Act. Discretionary Act. Fundamental rights. Political Institutions. Republicanism.

---

<sup>1</sup>Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (2018). Possui Mestrado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos - PPGD - UNIPAC (2010), possui Graduação (2004) e Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC, 2004). Lecionou na Universidade Presidente Antônio Carlos de 2009 até 2011/1. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7436-1664>

<sup>2</sup>Bacharela em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2159-535X>

## 1. Introdução

A Ordem Jurídica regulamenta o âmbito de atuação da Administração Pública, de forma a prever como o agente político deverá atuar nas situações que lhe caibam gerir o patrimônio público. Entretanto, quando se tratade doações sem ônus, pode-se pensar aprioristicamente que não há dúvidas sobre a conveniência e a oportunidade de se incrementar o patrimônio público.

O presente estudo possui como objetivo adentrar a essa problemática da aceitação de doação sem ônus pela administração pública, a fim de responder à seguinte pergunta: o ato administrativo do recebimento de doação sem ônus pela Administração Pública se configura em ato vinculado ou ato discricionário?

Para isto, na primeira seção, explicar-se-ão aspectos relevantes do regime jurídico administrativista. Na segunda seção de desenvolvimento, verificar-se-á o instituto da doação enquanto forma de transmissão da propriedade. Finalmente, na terceira seção, analisar-se-á a doação à administração pública, associando os conceitos estudados anteriormente acima mencionados.

A relevância acadêmica e social deste trabalho está na constatação de que a doação à Administração Pública não é normatizada expressamente, não havendo parâmetros específicos para a aceitação ou não aceitação de doação de bens particulares.

Utilizar-se-á, neste trabalho, o método de pesquisa dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal, analisando legislação vigente, bem como doutrina pertinente ao tema.

## 2. Aspectos Jurídicos da Administração Pública

Considerando o que é o Direito, objetivamente, enquanto “[...] o conjunto de regras de conduta coativamente impostas pelo Estado”

(MEIRELLES, 2013, p. 37), tem-se que o Estado, encarnando os interesses públicos, necessita do direito administrativo para concretizá-los e se desenvolver (MELLO, 2013), por meio da articulação interna de seus órgãos e agentes públicos (MEIRELLES, 2013, pg. 27 e 41). Entretanto, como o direito administrativo – que disciplina os serviços públicos e regulamenta a forma de agir do agente político – encontra-se em legislações esparsas e, muitas vezes lacônicas, a prática administrativa preenche lacunas e atua “[...] como elemento informativo da doutrina” (MEIRELLES, 2013, p. 41-48).

A função administrativa é a mais difícil de ser conceituada, em razão de inúmeras atividades díspares que são desenvolvidas (MELLO, 2013). O conceito de Administração Pública, ao não ser bem delimitado, proporciona vários sentidos<sup>3</sup>. Em amplo sentido, administrar quer dizer o ato de manejar os interesses, utilizando a legislação, a moral e a finalidade do que for consentido ao amparo e conservação de outrem. A administração particular é realizada quando os interesses e os bens a serem guardados e conservados são de caráter individual; entretanto, quando esses forem de caráter geral é realizada a administração pública (MEIRELLES, 2013, p. 86). Portanto, cabe ao Direito Administrativo o exercício jurídico do Estado, sendo que a atividade social da administração pública abrange formas de intervenção, positiva e direta, em áreas sociais importantes, como educação, saúde, previdência e cultura (DI PIETRO, 2021, p. 42).

Segundo o art. 37 da CFRB/88<sup>4</sup>, a Administração Pública deve obedecer aos princípios da impessoalidade, eficiência, legalidade, publicidade e moralidade. Porém, há outros princípios de direito público importantes, sendo

---

<sup>3</sup> Seja no direito público, ou no direito privado, os atos da administração, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 49), restringem-se a guardar, manter ter a percepção dos produtos dos bens que estão sendo administrados.

<sup>4</sup>O artigo 37, *caput*, da CFRB, expressa princípios que regulam todos os atos da administração pública direta e indireta, demonstrando às pessoas como os administradores agem internamente. A título de exemplo, os pareceres, prestações de contas e despesas, são arquivos e documentos públicos que podem ser vistos e analisados por qualquer cidadão, a qualquer momento, bem como podem ser feitas cópias para devidas finalidades constitucionais (MEIRELLES, 2013, p. 99; GASPARINI, 2012, p. 61).

que a lógica estatal determina a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Este é um princípio geral e basilar do Direito, além de ser condição para sua existência, estando presente quando se é feita a lei e quando ela é aplicada pela Administração Pública em seus atos e execuções concretas (MELLO, 2013, p. 99).

O princípio da legalidade determina que a Administração Pública está atrelada a lei em todas as suas atividades, não podendo ir contra ou aparte dela, uma vez que isso acarretaria a responsabilidade do administrador e nulidade do ato administrativo (GASPARINI (2012, p. 61). A legalidade garante a deferência aos direitos dos indivíduos, pois a lei limita a atuação dos administradores, regulando e definindo seus atos, a fim de beneficiar a coletividade (DI PIETRO, 2021, p. 64). Portanto, a legalidade é o princípio fundamental para configurar o regime jurídico-administrativo, determinando que o administrador poderá apenas acrescentar sua atuação à lei para solidificar o que dela já emana (MELLO, 2013, p. 106).

O princípio da impessoalidade é também avocado como princípio da finalidade; sendo que impõe à Administração Pública praticar seus atos somente com a finalidade legal disposta e indicada nas normas, de forma expressa ou implícita<sup>5</sup> (MEIRELLES, 2013, p. 95).

O princípio da moralidade está relacionado com o princípio da boa-fé objetiva, pertencente ao Direito Privado, determinando que os comportamentos dos servidores devem ser de caráter honesto, com probidade e leal às suas atribuições, normatizando a conduta social e servindo como modelo a ser seguido (MEIRELLES, 2013, p. 94).

---

<sup>5</sup>Os atos da administração, com base no princípio da finalidade, sempre terão como objetivo exato e inarredável o interesse público, servindo também para afastar a autopromoção das autoridades administrativas e/ou dos servidores públicos em suas atuações administrativas, ou no exercício de seu cargo. Qualquer ato que se afastar deste princípio e objetivo será passivo de não ser válido, motivado pelo desvio de finalidade (MEIRELLES, 2013, p. 95).



O princípio da razoabilidade dispõe que a Administração Pública, ao realizar seus atos, deve ter racionalidade em harmonia com o senso habitual de indivíduos equilibrados e respeitosos dos desígnios que desempenham. Nos processos administrativos é imprescindível observar o ajuste entre os meios e fins, não sendo permitido impor sanções, obrigações ou restrições maiores do que as indispensáveis para o atendimento do interesse geral (MEIRELLES, 2013, p. 97-111).

O princípio da eficiência exige que a administração haja com presteza e rendimento em todos os seus atos e aspectos. É um princípio moderno da Administração Pública, que não se satisfaz apenas pelo desempenho de suas funções com legalidade, mas, também, pelas consequências positivas, que atendam, *in totum*, as necessidades da população em geral (MEIRELLES, 2013, p. 102).

Por meio do princípio da segurança jurídica determinou-se que a Administração Pública, não poderá, sem notificação prévia e pública, sancionar, agravar ou denegar pretensões (MELLO, 2013, p. 128).

Encerrando os princípios eleitos para esta seção, o princípio da motivação dos atos administrativos indica que o administrador deve explicar o porquê de sua atuação, informando o que, de fato, motiva o ato e seus pressupostos jurídicos (MEIRELLES, 2013, p. 107).

Antes de se adentrar ao ato administrativo, cabe ressaltar que há uma diferenciação entre ele e os atos privados, praticados em outras relações. O ato administrativo traz em si algumas peculiaridades<sup>6</sup>, pois surge para colocar em prática questões de interesse público; assim, ele é privilegiado em relação aos atos típicos de relações privadas (MORAES, 2008, p. 93).

---

<sup>6</sup>Sobre atos e fatos deve-se ressaltar que Direito Civil diferencia atos e fatos; atos são imputáveis ao indivíduo enquanto que os fatos acontecem naturalmente, independentes da vontade das pessoas. Quando esses fatos produzem efeitos na esfera administrativa, tornam-se fatos administrativos (DI PIETRO, 2021, p. 199).

É indispensável o reconhecimento de que a configuração de cada ato, em si considerado, seja condicionado pela multiplicidade de desempenhos administrativos, pois o que atende às necessidades da coletividade é o conjunto de atuações da administração, ou seja, suas atividades (JUSTEN FILHO, 2016).

O ato administrativo é propulsor das funções administrativas estatais, tendo o condão de modificar, concretizar, suspender ou revogar atos jurídicos. Para ser legítimo e ter eficácia, eles devem conter os seguintes elementos de validade: a competência, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade (MORAES, 2008). As decisões tomadas pelos administradores e pelas autoridades devem obedecer aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico (JUSTEN FILHO, 2016).

O poder discricionário<sup>7</sup> se apresenta de diversas formas, sendo necessário demonstrar, em cada caso, que é possível a interferência discricionária. A intensidade desta prática ocorre em razão da extensão da autonomia atribuída ao administrador para o ato em questão. Isso não quer dizer que a lei é falha, mas sim que a discricionariedade é um meio legal de solução para as dificuldades causadas pelas lacunas legais, pois não há como o legislador prever todos os tipos de eventualidades e conflitos (JUSTEN FILHO, 2016). Portanto, as atuações da Administração Pública podem estar vinculadas, ou também podem ser discricionárias, quando se abre margem para interpretação dentro dos parâmetros da conveniência e da oportunidade.

### 3. Considerações a Respeito do Instituto da Doação

Segundo Gonçalves (2019, p. 23), o contrato é a modalidade mais típica e relevante de obrigação, em razão de seus inúmeros tipos e suas repercussões

---

<sup>7</sup> Conforme Gasparini (2012, p. 150) a discricionariedade é “a atuação da Administração Pública em que a lei lhe permite certa margem de liberdade para decidir diante de uma situação concreta e como toda e qualquer atividade administrativa, deve ser exercida com sujeição à lei”.

no ordenamento jurídico; neste sentido, ressalta que a fonte de obrigação “[...] é o fato que lhe dá origem. Os fatos humanos que o Código Civil brasileiro considera geradores de obrigação são: a) os contratos; b) as declarações unilaterais da vontade; e c) os atos ilícitos, dolosos e culposos.”. Os contratos partem da autonomia da vontade das partes, produzindo finalidades jurídicas, que criam, alteram ou põe fim a direitos e obrigações, gerando obrigações negociais que nem sempre alcançam todos os contratantes (COELHO, 2010, p. 32 e 35).

O antigo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) considerava a doação como: “[...] o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita”. O Código Civil de 2002 prevê a doação no art. 538, quando se lê “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra” (BRASIL, 2002).

Não obstante a letra da lei em 2002, o consentimento é um requisito tão necessário quanto a capacidade das partes contratantes, sendo que:

Dentro do conceito contratualista, a doação requer o acordo ou a manifestação convergente das vontades do doador e do donatário. Mas a lei não perde de vista a sua essência liberal, e, por amor a esta, entende conveniente enunciar alguns princípios que visam a facilitar sua realização, e constituem modalidades peculiares à doação. Assim é que este contrato pode formar-se pelo consentimento expresso, tácito, presumido ou ficto. (PEREIRA, 2020, p. 147)

Conforme Rizzardo (2020) a bilateralidade está restrita à construção do ato jurídico. O contrato de doação pode ser classificado por sua gratuidade, não prevendo contraprestação e gerando benefícios apenas para o donatário, havendo o caráter de liberalidade, ou seja, *oanimus donandi*. O contrato expresso configura-se apenas em título de transferência, que ocorre com a tradição do bem ou da coisa doada.

Haja vista que doação é uma espécie de contrato<sup>8</sup>, sabe-se que o aparelho contratual é guiado e restrito ao patrimônio e à esfera pessoal dos pactuantes. O Código Civil de 2002 incorporou e externalizou princípios sobre essa matéria, como, p. e., os princípios da boa-fé objetiva, (art. 422), da função social do contrato (art. 421) e do equilíbrio econômico do contrato (art. 478), além de outros, basilares, conforme se verificará a seguir (THEODORO JUNIOR, 2014).

O princípio da boa-fé objetiva determina que não é somente o acordo de vontade entre as partes que impõe empenhos aos pactuantes. As partes devem respeitar, tanto no decorrer do contrato, até sua conclusão, os princípios da boa-fé e da probidade (art. 422). Essas obrigações são chamadas de deveres acessórios, ou seja, são obrigações vinculadas além do que foi criado no acordo pactuado: mesmo não estando expressas no contrato, devem ser cumpridas pelas partes (THEODORO JUNIOR, 2014).

O princípio da função social do contrato<sup>9</sup>, disposto no art. 421 do Código Civil, segundo Theodoro Júnior (2004, p. 12), diz que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Também passou a figurar como princípio contratual a justiça e a solidariedade social, pois a atuação da autonomia privada deve ser norteadas não somente pelo interesse particular, mas também pelas consequências e utilidade que repercute nos interesses gerais da sociedade (THEODORO JUNIOR, 2014).

---

<sup>8</sup>Há uma constante busca de novos entendimentos sobre o contrato para que este seja cada vez um melhor mecanismo para se alcançar a justiça social, que é o que se faz através dos princípios da proporcionalidade, da repulsa ao abuso e do equilíbrio<sup>8</sup>. Entretanto, ainda permanece sendo o acordo de vontade entre as partes um “elemento subjetivo essencial do contrato, sem o qual ele não poderia sequer existir, e que lhe dá sua função primordial nas relações sociais”, palavras estas de Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 05).

<sup>9</sup>Para nosso ordenamento jurídico, este princípio possui um conteúdo indeterminado, não podendo ser delimitado, compreendido na medida em que “lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 84).

Está presente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, III, o princípio constitucional da função social da propriedade, que pode interferir na parte dinâmica da economia (LEITE, 2015).

Como vimos, é fácil instituir uma conceitualização de doação; porém, pode ser difícil delinear precisamente os limites e parâmetros desta relação jurídica, uma vez que nem todo ato gratuito é doação (VENOSA, 2020). Do conceito<sup>10</sup> legal supra, destacam-se o *animus donandi*, que nada mais é do que a intenção de fazer a doação para o patrimônio do outro, por espontânea vontade, e, por fim, a aceitação deste que caracteriza ato bilateral.

Conforme Rizzardo (2020), a doação compreende algumas espécies, sendo, as que se sobressaem, doação pura, modal ou com encargo, também chamada de doação onerosa, doação remuneratória de serviços prestados, doação em contemplação de merecimento, doação condicional, dentre outras.

Os principais elementos da doação podem se sintetizar em dois: 1) o *animus donandi*, o elemento subjetivo, que é a pretensão em praticar o ato livremente, feito pelo doador, e 2) a transferência do bem, o elemento objetivo, que conseqüentemente leva a atenuação do patrimônio de quem pratica a doação (GONÇALVES, 2019, p. 279). É essencial que seja demonstrada a vontade da parte em doar livremente qual deve seguir junto com a responsabilidade do contratante, de acordo com os preceitos do Ordenamento Jurídico (LEITE, 2015).

Em um comentário ao art. 1.165 do antigo Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, afirmou o *animus donandi* da doação “não está na intenção de enriquecer o donatário (Savigny), nem nos motivos finalísticos do ato (Becker), mas na liberalidade, elemento subjetivo pessoal do agente, ora

---

<sup>10</sup>A doação nada mais é do que um negócio jurídico gratuito, unilateral e formal que cessam direitos, e trazem benefícios apenas à parte que recebe. São evidentes os elementos subjetivos e objetivos. O subjetivo é enfatizado pela livre intenção de doar, já o objetivo, é a redução do patrimônio de quem irá doar (VENOSA, 2020, p. 109).

beneficente, ora generosa, ora expressão de estima ou apreço (*apud* Gonçalves, 2019, p. 298).

Em contrapartida, aceitar é essencial para que a doação se concretize. Como verificado, esse aceite pode ser tácito, expreso, ficto ou presumido. O aceite tácito ocorre quando o comportamento do donatário demonstra sua concordância com o ato da doação, como, p.e., nos casos em que o donatário promove a regularização ou o registro, em seu nome, do que lhe foi doado. A forma expressa<sup>11</sup> é a pactuada no próprio contrato, ou seja, o donatário formaliza que aceita o benefício. Este aceite pode ser feito posteriormente, não precisando ser expreso no mesmo ato da doação (Gonçalves, 2019).

Em tempos antigos, alguns juristas afirmaram que a doação não era um contrato, mas tão somente uma liberalidade. Porém, a doação é uma forma de contrato, que deve ser realizada de forma gratuita, na essência, mas pode ser onerosa quando dotada de encargos.

#### 4. Doação de Bens para a Administração Pública

Como visto anteriormente, a doação de bens é um contrato entre as partes que beneficia o donatário, ou seja, do particular que recebe algo. Na esfera da pública ela pode se configurar, quando o doador oferece bens, serviços ou favores. Entretanto, contrato de doação, na esfera administrativa, não deve ser mais visto como um contrato entre duas partes, pois envolve doador e o Estado.

Segundo Theodoro Junior<sup>12</sup> (2014, p.15), a eficácia dos contratos “no tocante às obrigações contratuais, é sempre relativa, mas sua oponibilidade é absoluta, quando em jogo interesses de terceiros, ou da comunidade”.

---

<sup>11</sup>A doação deve ser feita por escrito, a princípio. Nos casos de bem imóvel, é imprescindível a escritura pública, conforme o artigo 108, do Código Civil, quando em bem acima de trinta salários mínimos. Já nos mais baratos, pode-se optar por além da ante citada, o instrumento particular (COELHO, 2007, p. 222).

<sup>12</sup>“O contrato, enfim, não pode ser visto então, como situação entre os contratantes, uma vez que sua convenção tem que respeitar os interesses de todos, que é onde ele surtirá efeito” (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 14). Deve-se, portanto, obedecer à ideia de justiça social, uma

Não há norma expressa de como deve ser feita a doação para a Administração Pública em específico. É livre aos municípios e estados a regulamentação desta através de sua lei orgânica municipal, ou norma estadual. Porém, observa-se que não há regulamentações específicas sobre a doação de bens de particulares para a Administração Pública.

Parece claro que a doação deve ser recebida nos padrões dos princípios do Direito Administrativo e seguindo a lógica contratual; entretanto, ao não se ter critérios e formalidades bem definidas para esse ato administrativo, torna-se difícil saber como doações desta natureza são realizadas em casos concretos.

Por exemplo, o administrador pode se utilizar do poder discricionário para aceitar bens doados ao setor público por interesses particulares, sem justificar devidamente o interesse público no que está sendo adquirido, não atraindo maior fiscalização de como será feita a doação, nem de seus porquês. Essa fundamentação, normalmente, ocorreria, em sentido inverso, nos casos de recusa<sup>13</sup>.

A princípio, toda alienação de bem público deve ser regida por lei expressa e deve ser avaliada perante os critérios do Direito Administrativo e do Direito Civil. Neste sentido, Di Pietro<sup>14</sup> (2014, p. 233), entende que a discricionariedade anteriormente mencionada nos atos dos agentes administrativos não é apenas a liberdade de atuação conforme suas meras convicções, mas sim a liberdade de atuação delimitada pelo Direito, pela legislação. Destarte, mesmo havendo caráter discricionário na atuação do

---

vez que deve-se “superar o individualismo jurídico em favor dos interesses sociais” (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 14).

<sup>13</sup>A recusa assim como o aceite deve também ser analisada, uma vez que não há parâmetros expressos para o aceite, assim não há também para o não aceite.

<sup>14</sup>Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 233), completa dizendo que mesmo existindo vários princípios e teorias no Direito Administrativo, não há nada, em algumas situações, que de fato comprove em termos a atuação do agente administrativo diversa da finalidade que este diz ter. Um exemplo disso é a teoria do desvio do poder, que incorporaram a ideia de moral e legalidade, com finalidade de não dar eficácia e validade aos atos que forem praticados com destinação diversa a justificada pelo agente. Entretanto, há uma grande dificuldade em apontar estas destinações de imediato.

administrador, é sempre necessário ver se a atuação está correspondida com o Direito em uma totalidade, seus princípios e reservas, além da visão literal da lei.

Assim como no direito privado, na seara administrativa deve-se observar a real intenção do ato, neste caso, do porquê da aceitação ou recusa do bem, o que acaba ligando a intenção do agente administrativo, diretamente à moralidade (DI PIETRO, 2012, p. 148).

Em âmbito municipal, como exemplo disso, há a lei orgânica do município de Florianópolis, Santa Catarina, que externa:

Art. 14: A alienação de bens municipais, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas, sob pena de nulidade: I - quanto a imóveis, dependerá de autorização legislativa e licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: a) doação permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; b) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X, do art. 24 da Lei nº 8.666/93; c) doação em pagamento; (FLORIANÓPOLIS, 2015).

Observando toda a redação da lei, há uma única aparição do termo *doação*, possibilitando atuação discricionária, o que pode acarretar desvio de finalidade. Para se evitar isso, não necessitando autorização legislativa, deve-se justificar que não configurará improbidade aceitar o bem. Para recusar uma doação, o agente político não pode verificar nenhuma obrigação vindoura, que prejudique o patrimônio público.

Em busca de regulamentação que fosse possível inserir a questão de doação para entes públicos, encontra-se a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014<sup>15</sup>, que se aproxima bastante de uma regulamentação sobre doação

---

<sup>15</sup>Com redação alterada pela Lei nº 13.204, de 2015: “Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação”. (BRASIL, 2015b).



envolvendo entes públicos, podendo ser usada de certas formas para gerir este ato, uma vez que trata de parcerias voluntárias com a administração pública. Todavia, a mesma não é aplicável a transferências voluntárias.

No artigo 5º, dessa lei, é ressaltado que deve haver a devida transparência dos recursos e do interesse público na aceitação ou recusa da doação. Todos devem estar a par da (in)existência de interesse público e de suas consequências. O doador também deve informar a causa e o seu interesse em doar bens ou se serviços, permitindo verificar se há interesse social e motivar para o aceite da Administração Pública.

Quando não há regulamentação específica, o caráter discricionário está presente, a fim de que o administrador haja de acordo com os princípios constitucionais e não de acordo com suas próprias convicções pessoais, sob pena de se configurarem improbidade administrativa,

Para fins de cotejamento, a Lei Estadual, de Santa Catarina, nº 5.704, de 28 de maio de 1980, publicada em 11 de junho de 1980, que “dispõe sobre aquisição, alienação e utilização de bens imóveis, nos casos que especifica, e estabelece outras providências”, relata brevemente em seu art. 1º sobre a aquisição de bens imóveis pela Administração Pública, que poderá se realizar por permuta, por compra e por doação, porém deve o ato ser precedido de justificativa, decreto autorizando a prática e avaliação (SANTA CATARINA, 1980).

Nada fala dos critérios deste ato, quais os motivos para o aceite/recusa, ainda sim, mesmo como nas leis anteriores que dispõem sobre os parâmetros dos atos administrativos, dentre outros, esta não regulamenta, e ainda deixa a margem para a atuação do administrador, e do doador por seus motivos e conveniências. No parágrafo único, há previsão de que a “aquisição por doação não sujeita a encargo é dispensada a avaliação”. Ou seja, pressupõem-se que somente haverão benefícios para a administração pública.

Nesse contexto, cabe recordar o caso do Aeroporto de Guarulhos. Em 1940, uma família eraproprietário do imóvel onde hoje se encontra o aeroporto

de Guarulhos. Foi efetuada doação para a União desse terreno, que possui 9.720.582,65m<sup>2</sup>, com finalidade de garantir a segurança nacional, servindo ao interesse público (AGU, 2021). Uma vez que a área passou a ser utilizada para fins comerciais e econômicos, fora do que teria sido pactuado no contrato, os herdeiros ingressaram judicialmente para rescindir o contrato, ou receber a quantia válida pela área, pagamento que deveria ser efetuado pela União. Alega-se que desvirtuou-se a real finalidade da doação, ou seja, do benefício direto à população pactuado no sentido da segurança nacional<sup>16</sup>, que foi substituído pelo interesse particular e econômico (GUARULHOS, 2015).

### 3. Conclusão

A Administração Pública é regida pela qualidade de seus atos, podendo sê-los de forma vinculada ou discricionária, desde que realizados de acordo com o Regime Jurídico do Direito Administrativo.

As pessoas possuem o direito de dispor seus bens livremente, no entanto, não há doação se não houver aceitação da outra parte, por mais que o doador queira doar é imprescindível a aceitação do donatário, e como em todos os ramos jurídicos, os princípios são importantíssimos para nortear e produzir efeitos válidos. Sendo assim, a doação é um ato livre entre as partes, podendo esta ser feita de várias formas e modalidades, bem como em várias situações e circunstâncias, desde que obedecendo aos preceitos legais e agindo de acordo com a norma e princípios pertinentes.

A regulamentação do recebimento da doação sem ônus pela administração pública é deveras esparsa, sendo necessária a interpretação hermenêutica das normas (princípios e regras) do regime jurídico administrativo para se respeitar o interesse público.

---

<sup>16</sup>Para fins de contraponto, pode-se considerar os aeroportos como de importância estratégica permanente para a proteção do território nacional.

Considerando a problemática apresentada conclui-se que a aceitação da doação de bens pela Administração Pública deve ser vista como ato administrativo vinculado, no sentido de obrigar o administrador público a revelar o motivo da aceitação e proteger o patrimônio público de desvios de finalidade.

## Referências

- AGU, Advocacia-Geral da União. **Justiça emprega tese da AGU para afastar ação que pedia a devolução da área do Aeroporto de Guarulhos à família Guinle**. Disponível em: [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/302565](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/302565). Acesso em: 20 jan de 2022.
- BRASIL, 2015. **Código civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 20 jan de 2022.
- BRASIL, 2014. **Lei Nº 13.019, DE 31 DE JULHO DE 2014**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm). Acesso em: 20 jan de 2022.
- BRASIL, 1992. **Lei Nº 8.429, DE 02 DE JUNHO DE 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 20 jan de 2022.
- BRASIL, 2005. **Projeto Lei Nº 5.948 DE 2005**. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=342352&filename=PL+5948/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=342352&filename=PL+5948/2005). Acesso em: 20 jan de 2022.
- COELHO, Fábio Ulhoa **Curso de Direito Civil**. 2ª ed. vol 3. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Contratos**. 4 ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. Rio de Janeiro Forense 2021
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FLORIANÓPOLIS, 2015. **Lei Orgânica do Município de Florianópolis/SC**. Disponível em: <https://www.leismunicipais.com.br/lei-organica-florianopolis-sc>. Acesso em 06 de maio de 2021.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 3 contratos e atos unilaterais. 17. São Paulo Saraiva 2019.
- GUARULHOS. **Família Guinle entra com ação pela devolução do terreno do Aeroporto de Guarulhos**. Disponível em: <http://www.guarulhosweb.com.br/noticia.php?nr=59391>. Acesso em 04 de junho de 2021.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de Direito Administrativo**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 1 introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 33. Rio de Janeiro Forense 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19. Rio de Janeiro Forense, 2020.

SANTA CATARINA, 1980. **Lei nº 5.704, de 28 de maio de 1980**. Disponível em: [http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/1980/lei\\_80\\_5704.htm](http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/1980/lei_80_5704.htm). Acesso em: 20 jan de 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Contratos de colaboração empresarial**. Rio de Janeiro Forense 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. - 20. ed. - São Paulo: Atlas, 2020.

Artigo recebido em: 10/02/2022.

Aceito para publicação em: 07/06/2023.

# Gestão estratégica de unidades judiciárias: desdobramento de 4º nível, gestão judiciária aplicada, de Marcus Vinícius Mendes do Valle

## *Book Review*

*Adriano da Silva Ribeiro*<sup>1</sup>

As práticas de gestão, com a finalidade de aperfeiçoar a tramitação de processo judicial, evitando-se a morosidade na prestação jurisdicional, são apresentadas por Marcus Vinícius Mendes do Valle, que é juiz de direito em Minas Gerais, mestrando em direito pelo PPGD/FUMEC, Professor, Tutor e Conteudista da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM.

A proposta do magistrado Marcus Vinícius Mendes do Valle, na obra *“Gestão estratégica de unidades judiciárias: desdobramento de 4º nível, gestão judiciária aplicada”*, com ISBN 978-65-86529-85-2, é justamente apresentar sua experiência, de mais de 20 anos no Poder Judiciário de Minas Gerais, ao aplicar técnicas e ferramentas que a Ciência da Administração oferece para se garantir qualidade na prestação de serviços judiciários.

No primeiro capítulo, o Professor Marcus Valle tece importantes comentários a respeito de Planejamento Estratégico, seja da alta

---

<sup>1</sup>Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC, área de concentração em Instituições Sociais, Direito e Democracia. MBA em Gestão Municipal pela Faculdade Unyleya (2018). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Dom Pedro Segundo (2018), em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho (2013) e em Arte, Educação e Tecnologias Contemporâneas pela UNB (2006). Bacharel em Direito da PUC Minas (2010) e Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim (2002). Professor no Grupo Educacional IESLA/ESJUS, na Pós-Graduação em Direito do IUNIB (2010/2013) e no IEC/PUC Minas, em parceria com EJEJ/TJMG (2013). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6658-3179>

administração, seja quanto ao desdobramento no âmbito das Unidades Judiciárias de Primeiro Grau. A partir da implantação, pelo Conselho Nacional de Justiça, do Planejamento Estratégico Nacional do Poder Judiciário, e também no Tribunal de Justiça mineiro, defende a possibilidade de edição de Planos Estratégicos, bem como sua adoção nas Comarcas, respeitando as dimensões e peculiaridades geográficas e culturais do Brasil, a fim de se profissionalizar a gestão da Unidade Judiciária e se atingir padrões de eficiência.

Em seguida, aborda de forma detalhada, a necessidade de aplicação do que chama “novo modelo de gestão”, mediante integração de políticas públicas já adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça, para se efetivar melhorias no serviço judiciário.

No segundo capítulo, o autor apresenta os pilares fundamentais para o que considera desdobramento do planejamento estratégico de 4º nível. Por conseguinte, o autor debruça-se na avaliação das boas práticas, já existentes no âmbito do Poder Judiciário nacional, para, ao final, definir quatro pilares básicos, quais sejam: Diagnose de Unidade Judiciária; Plano Estratégico de Unidade Judiciária de Primeiro Grau; Plano de Ação; e Acompanhamento Permanente.

Didaticamente, e para melhor compreensão do leitor, o juiz de direito Marcus Valle detalha tanto os conceitos desses pilares, quanto sua aplicação prática, pois aplicados, experimentados e testados na Unidade Judiciária em que trabalha. O que, em sua opinião, *“tem apresentado significativos resultados, entre outros, de melhoria dos processos de trabalho, maior engajamento das equipes, além do aumento da satisfação profissional e da produtividade”*.

O Professor e juiz de direito Marcus Valle apresenta ao leitor, com riqueza de detalhes, no capítulo sete, a “gestão de processos de trabalho”. Alerta, ainda, que *“muitos profissionais do direito identificam,*

*equivocadamente, processos de trabalho como sinônimo de processos judiciais*". Em síntese, define o autor, que:

O adequado mapeamento, redesenho e otimização dos processos de trabalho ajudam, inclusive, na superação dos desvios temporais de processo judicial, mas também que os operadores do direito possam dedicar-se à eficácia do sistema jurídico, em especial pela melhoria qualitativa da entrega judiciária ao cidadão, com a preservação dos valores constitucionais sob os quais estrutura-se a função jurisdicional. (p. 141).

O magistrado Marcus Vinícius Mendes do Valle dedica o capítulo oito a listar os benefícios esperados com a implantação do planejamento estratégico, com destaque para o *"fortalecimento do papel do magistrado como gestor público e líder de equipes"*.

Na obra resenha, explica o Professor Marcus Valle que as alterações à Resolução 198/2014, introduzidas pela Resolução 325/2020 do Conselho Nacional de Justiça, portanto, normativo a ser aplicado para o sexênio, ou seja, de 2021 a 2026.

Em tempos de aperfeiçoamento da gestão do Poder Judiciário nacional, incontáveis são as contribuições que o magistrado trouxe para a compreensão da necessária aplicação de modelos de gestão e organização, oriundos da Ciência da Administração, no Sistema de Administração da Justiça. Tanto o é, que, para facilitar a efetiva implantação do Plano Estratégico de Unidades Judiciárias, foram acrescentados no livro quatro anexos contendo formulários utilizados, com êxito, e de fácil aplicação.

Na obra, encontramos a seguinte interpretação do Ministro João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça: *"revela a face do Poder Judiciário nacional, a face do magistrado gestor, operoso e comprometido, que estuda e transforma esse aprendizado em desenvolvimento de pessoas, em otimização do desempenho organizacional e efetiva entrega da justiça"*.

Para o Desembargador Pedro Carlos Bitencourt Marcondes, ex-Presidente do Conselho dos Tribunais de Justiça, a obra *"é um contributo inestimável para aqueles que têm como missão prestar jurisdição de*

*qualidade, de forma célere e ao menor custo possível, e, sobretudo, conduz à inexorável conclusão de que a atividade do juiz brasileiro do século XXI, para ser exitosa, deve transcender o conhecimento do Direito e a tarefa de prolatar decisões, a qual há de ser imperiosamente conjugada com a de gestão à frente de seus auxiliares”.*

É o que defende o juiz de direito Marcus Vinícius Mendes do Valle: “*A riqueza das experiências de magistrados e servidores cabe, perfeitamente, neste modelo de gestão estratégica que incentiva, em todos, o protagonismo, o aproveitamento das experiências profissionais, o desenvolvimento contínuo e a vontade perene de servir mais e melhor à causa da Justiça, sacerdócio comum de todos os operadores da máquina judiciária”.*

De fato, é leitura indispensável aos operadores do Direito, pois se mostra rica fonte para aqueles que queiram conhecer a experiência do Juiz de Direito na prática da boa administração judiciária, a garantir a eficácia da aplicação do direito fundamental à razoável duração do processo.

## Referências

VALLE, Marcus Vinícius Mendes do. **Gestão Estratégica de Unidades Judiciárias:** desdobramento de 4º nível, gestão judiciária aplicada. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, 276p., ISBN: 978-65-86529-85-2.

Resenha recebida em: 06/03/2021.

Aceita para publicação em: 05/01/2022.



# Alienação Parental – Responsabilidade Civil, de Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Fernanda da Silva Vieira Rosa e Fernanda Pantaleão Dirscherl

## *Book Review*

Vinícius Cesar Félix<sup>1</sup>

O livro “*Alienação Parental – Responsabilidade Civil*”, com ISBN 978-65-5515-673-7, publicado em 2023 pela Editora Foco, é obra dos autores Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – Portugal, Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia, professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia; Fernanda da Silva Vieira Rosa, Mestre em Psicologia da Saúde pela Universidade Federal de Uberlândia, Pós-graduada *lato sensu* em Neuropsicologia pela UniFil, psicóloga; e Fernanda Pantaleão Dirscherl, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Pós-graduada *lato sensu* em Direito das Famílias e Sucessões, pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS), Pós-graduada *lato sensu* em Direito Público: Constitucional, Tributário e Administrativo pela Estácio de Sá, Pós-graduada *lato sensu* em Direito Processual Civil pela Unyleya, Pós-graduada *lato sensu* em Psicologia

---

<sup>1</sup> Pós-graduado *lato sensu* em Direito Empresarial e em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor no curso de Direito da Faculdade Esame Uberlândia. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6478-8840>

Jurídica pela Universidade de Araraquara, Professora substituta da Universidade Federal de Catalão (UFCat) e advogada.

O livro foi dividido em três capítulos e tem como escopo central a forma pela qual se atribui a responsabilidade civil relativa aos prejuízos oriundos da prática da alienação parental. Para tanto, os autores desenvolveram uma análise com fundamento num diálogo entre os ramos da responsabilidade civil e do direito de família, bem como entre as ciências do Direito e da Psicologia.

No primeiro capítulo, intitulado “O afeto enquanto valor jurídico estruturante dos deveres parentais”, os autores discorrem sobre a evolução da família enquanto instituto. Valem-se dos ensinamentos de Friedrich Engels em seu livro “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, para traçarem quatro fases: a primeira, em que a família era constituída tão-somente para autopreservação e perpetuação da espécie, e em que os relacionamentos eram livres inclusive entre parentes; a segunda, em que as relações incestuosas passaram a ser limitadas em razão de melhor estruturação da família, e onde as mulheres exerciam o poder sobre seus filhos; a terceira, onde se objetivou afirmar o caráter biológico da descendência, regulando-se assim a poligamia para se tornar indiscutível a paternidade; e a quarta, em que se instituiu a monogamia enquanto paradigma da família e que vige até os tempos atuais (ROSA; ROSA; DIRSCHERL, 2023, p. 2).

Nessa ideia de reforço da monogamia enquanto norte, os autores explicam a questão do casamento enquanto pedra angular da configuração de uma família, situação que perdurou por séculos principalmente em razão da influência da Igreja Católica por ocasião de seu domínio secular e religioso na Idade Média e em grande parte da Idade Moderna. Segundo os autores, esse paradigma somente veio a ser substituído com o resgate do ser humano em si considerado, assim adotado como eixo axiológico do sistema normativo pela Constituição Federal de 1988, a qual trouxe o reconhecimento de entidades familiares a partir da união entre pessoas independentemente de celebração

de casamento, vaticinando assim que passa a ser a família, e não mais o casamento, a base da sociedade (ROSA; ROSA; DIRSCHERL, pp. 7-8).

Em seguida, os autores tratam da relação entre felicidade, afeto e afetividade. A partir do entendimento dos autores de que a felicidade não é apenas um estado de satisfação pessoal e sim um direito não só de conotação subjetiva como também objetiva, toma-se por decorrência o afeto enquanto valor intrínseco à felicidade e a uma vida digna, dado que se consubstancia num “sentimento subjetivo de amor, carinho e congêneres” (ROSA; ROSA; DIRSCHERL, 2023, p. 12).

Bem assim, do afeto os autores diferenciam a afetividade, a qual, segundo os autores, é considerada como um “bem-querer decorrente de umdever legal, tal qual se dá com a obrigação dos genitores em prestar alimentos aosfilhos menores de 18 anos” (ROSA; ROSA; DIRSCHERL, 2023, p. 12). Destarte, os autores destacam a afetividade enquanto um dever dos pais para com os filhos independentemente de ali existir ou não afeto, e lado outro, apesar de serem distintos, haverá situações em que se deverá obrigatoriamente observar o binômio afeto-afetividade tal qual se dá na adoção e na filiação socioafetiva.

No segundo capítulo, intitulado “Alienação parental”, os autores discorrem sobre o conceito tal figura, a qual consiste na prática de inculcar na criança ideias falsas sobre o outro genitor, no sentido de desmerecê-lo a ponto de a criança rejeitá-lo e até mesmo o odiar. Nessa linha, discutem os autores sobre uma decorrência nefasta de tal expediente: a Síndrome da Alienação Parental, onde a criança passa a considerar suas as noções difamantes inculcadas pelo alienante, passando assim a rejeitar o genitor alienado de forma espontânea e, na tentativa de justificar tal comportamento, cria, distorce ou exagera situações cotidianas (ROSA; ROSA; DIRSCHERL, 2023, p. 26).

Ato contínuo, os autores abordam espécies de alienação parental e as dividem em dois gêneros – direta e indireta.

Na alienação direta, o alienado é um dos pais e geralmente o alienante é o outro genitor, porém, bem pontuado pelos autores que a alienação direta pode se dar por meio de outrem, qual seja um parente próximo por exemplo. Na alienação indireta, pode a criança ser manipulada para rejeitar não o genitor mas sim a família deste, fazendo-se assim com que a criança evite o genitor porque não quer conviver com os familiares deste último. Ainda, pode a alienação indireta dar-se através de uma “autodifamação”, um “autobullying”, ou seja, o alienante se menospreza e se diminui perante a criança, no intuito de sensibilizá-la a ponto de rejeitar o outro genitor porque se sente responsável pelo restabelecimento do alienante.

No terceiro capítulo, intitulado “Responsabilidade civil decorrente da alienação parental”, os autores iniciam a discussão abordando a configuração do dano no contexto da alienação parental. Trazem interessante ponderação, afirmando que a rigor o dano produzido tem conotação extrapatrimonial porém pode acontecer de ter também um viés patrimonial, na medida em que cause um dano emergente – por exemplo, o desfazimento do patrimônio do alienado para poder custear tratamento psicológico para a criança em razão da alienação parental – ou um lucro cessante – tal qual se dá no acometimento de depressão do alienado em razão da rejeição da criança.

Nessa linha, os autores observam o surgimento dos danos afetivo e psicológico enquanto figuras autônomas e distintas do dano moral genérico. Ato contínuo, identificam a possibilidade de dano em razão da ocorrência da perda de uma chance, dada a frustração da possibilidade concreta de filho e genitor alienado darem e receberem reciprocamente afeto visto que ambos têm sabotado pelo alienante o direito fundamental à convivência familiar (ROSA; ROSA; DIRSCHERL, 2023, p. 63).

Em seguida, os autores defendem o caráter *in reipsa* dano extrapatrimonial no contexto da alienação parental, ao configurarem tal prática enquanto abuso de direito e daí serem presumíveis os prejuízos à psique tanto da criança quanto do genitor alienado, máxime porque a

constatação de alienação parental incorre na presunção de que o alienante não atendeu a uma de suas mais elementares e importantes obrigações enquanto genitor: o dever de cuidado para com a criança.

Ao final, os autores ponderam a necessidade de se adequar o instituto da responsabilidade civil às particularidades do direito de família, na medida em que não se pode restringir a responsabilidade do alienante a um mero pagamento de indenização ou a um afastamento da criança ou do alienado. Isto porque, tais hipóteses não restabelecerão às partes envolvidas a plenitude do direito fundamental a uma família harmônica, pelo que, os autores propugnam por um caráter ressocializador do alienante – isto é, o dever decorrente da responsabilidade faria com que o alienante, além de indenizar os ofendidos, buscasse também se reparar na medida em que, “apesar de ser muito menos perceptível que a dor da criança ou a do genitor alienado, o sofrimento do alienante pela ruptura do relacionamento também é tão ou mais intenso” (ROSA; ROSA; DIRSCHERL, 2023, p. 104).

E nesse ponto, os autores bem frisam o acerto da Lei da Alienação Parental, ao trazer através do art. 6º inciso IV o poder de o juiz determinar entre outras medidas o acompanhamento psicológico ao alienante, para que se reverta ou ao menos se diminua o estrago causado neste pela separação e conseqüentemente pela prática da alienação parental. Até porque, conforme ressaltam os autores, mesmo contra sua vontade, o alienante precisa de tratamentopsicológico diante da clara situação destrutiva e autodestrutiva em que se encontra, e por isso mesmo, por não aceitar que está doente, recusa-se a se submeter ao respectivo tratamento.

A obra tem o mérito de trazer consigo uma reflexão sobre a necessidade de se conciliar os ramos do Direito entre si, de forma a que se possa maximizar a proteção ao ser humano principalmente nas relações existenciais: uma ponderação acerca da efetiva necessidade de se relativizar de vez o caráter patrimonial em benefício do aspecto existencial e humanístico do ser humano. Ainda, a obra traz relevante diálogo entre o Direito e a Psicologia, em face do

qual vai além da visão maniqueísta de que há um culpado e um inocente no contexto da alienação parental – até porque, conforme explicado no livro, de certa forma também o alienante é vítima, e tem direito à respectiva reparação

## Referências

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado:** trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1984.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; ROSA, Fernanda da Silva Vieira; DIRSCHERL, Fernanda Pantaleão. **Alienação parental** – Responsabilidade civil. Indaiatuba: Foco, 2023.

Resenha recebida em: 22/02/2023.

Aceita para publicação em: 07/06/2023.

# Análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da taxatividade do rol de procedimentos da agência nacional de saúde

## *Comentário de Jurisprudência*

*Fernanda Pantaleão Dirscherl<sup>1</sup>*  
*Amanda Figueiredo de Andrade<sup>2</sup>*

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDADA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDADA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito na Universidade de León (Espanha). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito de Família e Sucessões, pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS), em Direito Público: Constitucional, Tributário e Administrativo, pela Estácio de Sá (2018), em Direito Processual Civil, pela Unyleya (2019) e em Psicologia Jurídica, pela Universidade de Araraquara (UNIARA) (2019). Possui graduação em Biomedicina (2010) e Direito (2016) pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor substituto da Universidade Federal de Catalão (UFCat) para a Unidade Acadêmica de Engenharia, desde 2021. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6336-6315>

<sup>2</sup> Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Vale do Cricaré (UNIVC). Mestra em Tutela Jurídica e Políticas Públicas no Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduada em Direito Público aplicado pela Universidade São Judas Tadeu. Graduada em Direito (UFU). Ex-Bolsista de Iniciação Científica da FAPEMIG (Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais). Técnica em Eletrotécnica (IFES). Ex-aluna do *English Immersion Program* (Embaixada dos Estados Unidos no Brasil/Casa Thomas Jefferson). Advogada inscrita na OAB/MG. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5858-297X>

ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO. 1. A Lei n. 9.961/2000 criou a ANS, estabelecendo no art. 3º sua finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. Já o art. 4º, III, elucida que compete à ANS elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades. 2. Por inequívoca opção do legislador, extrai-se tanto do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 quanto do art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000 que é atribuição dessa agência elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Nessa toada, o Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ propugna que se considere, nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n. 9.656/1998, o Rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas. 3. Por um lado, a Resolução Normativa ANS n. 439/2018, ora substituída pela Resolução Normativa ANS n. 470/2021, ambas dispendo sobre o rito processual de atualização do Rol, estabelece que as propostas de sua atualização serão recebidas e analisadas mediante critérios técnicos relevantes de peculiar complexidade, que exigem alto nível de informações, quais sejam, utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS, princípios da saúde baseada em evidências - SBE, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor. Por outro lado, deixando claro que não há o dever de fornecer todas e quaisquer coberturas vindicadas pelos usuários dos planos de saúde, ao encontro das mencionadas resoluções normativas da ANS, a Medida Provisória n. 1.067, de 2 de setembro de 2021, incluiu o art. 10-D, § 3º, I, II e III, na Lei 9.656/1998 para estabelecer, no mesmo diapasão do regramento infralegal, a instituição da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10, devendo apresentar relatório que considerará: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, do produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou a para a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, quando couber; e III



- a análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar. 4. O Rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, a preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável economicamente da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas - tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos e seguros de saúde e restringir a livre concorrência, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, o que representaria, na verdade, suprimir a própria existência do "Rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. 5. A par de o Rol da ANS ser harmônico com o CDC, a Segunda Seção já pacificou que "as normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova" (EAREsp n. 988.070/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 8/11/2018, DJe de 14/11/2018). Dessa maneira, ciente de que o Rol da ANS é solução concebida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada do CDC, alheia às normas específicas inerentes à relação contratual. 6. Não se pode perder de vista que se está a discutir direitos e obrigações da relação contratual que envolvem plano de saúde e usuário, e não o estabelecimento de obrigação de fazer ou de não fazer a terceiro, que nem mesmo integra a lide. A ANS, ao contrário do médico-assistente da parte litigante, analisa os procedimentos e eventos sob perspectiva coletiva, tendo em mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários. Mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não pode nortear a elaboração do Rol. 7. Conforme adverte a doutrina especializada, muito além de servir como arrimo para precificar os valores da cobertura básica e mínima obrigatória das contratações firmadas na vigência da lei de Planos de Saúde, o Rol de procedimentos, a cada nova edição, delineia também a relevante preocupação do Estado em não expor o consumidor e paciente a prescrições que não encontrem respaldo técnico estudado e assentado no mundo científico, evitando-se que virem reféns dos interesses - notadamente econômicos - da cadeia de fornecedores de produtos e serviços que englobam a assistência médico-hospitalar e odontológica suplementar. 8. Legítima é a confiança que está de acordo com o direito, despertada a partir de circunstâncias objetivas.

Com efeito, o entendimento de que o Rol - ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores - deve ser considerado meramente exemplificativo em vista da vulnerabilidade do consumidor, isto é, lista aberta sem nenhum paralelo no mundo, ignora que é ato de direito administrativo, e não do fornecedor de serviços, assim como nega vigência a diversos dispositivos legais, ocasionando antisseleção, favorecimento da concentração de mercado e esvaziamento da competência atribuída à ANS pelo Poder Legislativo para adoção de medidas regulatórias voltadas a equilibrar o setor de saúde suplementar de forma ampla e sistêmica, com prejuízo para toda a coletividade envolvida. Afeta igualmente a eficácia do direito constitucional à saúde (art. 196 da CF), pois a interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui de forma significativa para o encarecimento dos produtos oferecidos no mercado e para o incremento do reajuste da mensalidade no ano seguinte, dificultando o acesso de consumidores aos planos e seguros, bem como sua manutenção neles, retirando-lhes a confiabilidade assegurada pelo Rol de procedimentos, no que tange à segurança dos procedimentos ali elencados, e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que, com esse entendimento jurisprudencial, reflexamente teria sua demanda aumentada. 9. Em recentes precedentes específicos envolvendo a supressão das atribuições legais da ANS, as duas Turmas de Direito Público decidiram que, "segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, até prova cabal em contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras", "sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo" (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.834.266/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021). Ademais, assentaram que não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador, sendo "incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial" (AgInt no REsp n. 1.823.636/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 16/9/2021). Diante desse cenário e buscando uma posição equilibrada e ponderada, conforme o entendimento atual da Quarta Turma, a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima. Deveras, como assentado pela Corte Especial na esfera de recurso repetitivo, REsp n. 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do

exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica à qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendido da prova dos autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais. 11. Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS. 12. No caso concreto, a ação tem o pedido mediato de obtenção da cobertura de tratamento multidisciplinar pelo método ABA (Applied Behavior Analysis) para autismo - reputado, nos embargos de divergência, não previsto no Rol da ANS -, sem limitação do número de sessões de terapia ocupacional e de fonoaudiologia. Em vista da superveniente mudança promovida pela ANS – Resolução n. 469/2021, que altera o Anexo II (Diretrizes de Utilização) da Resolução Normativa n. 465/2021 (vigente Rol da ANS), publicada em 12/7/2021 – e da própria manifestação da parte recorrente, na primeira sessão de julgamento, no sentido da subsequente perda do interesse recursal, há uma diretriz que tornou ilimitado o número de consultas com psicólogos, terapeutas ocupacionais e fonoaudiólogos para tratamento de autismo. Caso a operadora possua, em sua rede credenciada, profissional habilitado em determinada técnica ou determinado método, tal como a ABA, tal abordagem terapêutica poderá ser empregada pelo profissional no atendimento ao beneficiário, durante a realização dos procedimentos cobertos, como sessão de psicólogo e/ou terapeuta ocupacional (com diretriz de utilização) ou sessão com fonoaudiólogo. 13. Embargos de divergência a que se nega

provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704/SP**. 3ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 08/06//2022. Publicado em: 03/08/2022).).

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDNA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDNA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO. 1. A Lei n. 9.961/2000 criou a ANS, estabelecendo no art. 3º sua finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. Já o art. 4º, III, elucida que compete à ANS elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades. 2. Por inequívoca opção do legislador, extrai-se tanto do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 quanto do art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000 que é atribuição dessa agência elaborar o Rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Nessa toada, o Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ propugna que se considere, nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n. 9.656/1998, o Rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas. 3. Por um lado, a Resolução Normativa ANS n. 439/2018, ora

substituída pela Resolução Normativa ANS n. 470/2021, ambas dispendo sobre o rito processual de atualização do Rol, estabelece que as propostas de sua atualização serão recebidas e analisadas mediante critérios técnicos relevantes de peculiar complexidade, que exigem alto nível de informações, quais sejam, utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde - ATS, princípios da saúde baseada em evidências - SBE, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor. Por outro lado, deixando claro que não há o dever de fornecer todas e quaisquer coberturas vindicadas pelos usuários dos planos de saúde, ao encontro das mencionadas resoluções normativas da ANS, a Medida Provisória n. 1.067, de 2 de setembro de 2021, incluiu o art. 10-D, § 3º, I, II e III, na Lei 9.656/1998 para estabelecer, no mesmo diapasão do regramento infralegal, a instituição da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10, devendo apresentar relatório que considerará: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, do produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou a para a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, quando couber; e III - a análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar. 4. O Rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, a preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável economicamente da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo - devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas - tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos e seguros de saúde e restringir a livre concorrência, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, o que representaria, na verdade, suprimir a própria existência do "Rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. 5. A par de o Rol da ANS ser harmônico com o CDC, a Segunda Seção já pacificou que "as normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova" (EAREsp n. 988.070/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 8/11/2018, DJe de 14/11/2018). Dessa maneira, ciente de que o Rol da ANS é solução concebida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada do CDC, alheia às normas específicas inerentes

à relação contratual. 6. Não se pode perder de vista que se está a discutir direitos e obrigações da relação contratual que envolvem plano de saúde e usuário, e não o estabelecimento de obrigação de fazer ou de não fazer a terceiro, que nem mesmo integra a lide. A ANS, ao contrário do médico-assistente da parte litigante, analisa os procedimentos e eventos sob perspectiva coletiva, tendo em mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários. Mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não pode nortear a elaboração do Rol. 7. Conforme adverte a doutrina especializada, muito além de servir como arrimo para precificar os valores da cobertura básica e mínima obrigatória das contratações firmadas na vigência da lei de Planos de Saúde, o Rol de procedimentos, a cada nova edição, delinea também a relevante preocupação do Estado em não expor o consumidor e paciente a prescrições que não encontrem respaldo técnico estudado e assentado no mundo científico, evitando-se que virem reféns dos interesses - notadamente econômicos - da cadeia de fornecedores de produtos e serviços que englobam a assistência médico-hospitalar e odontológica suplementar. 8. Legítima é a confiança que está de acordo com o direito, despertada a partir de circunstâncias objetivas. Com efeito, o entendimento de que o Rol - ato estatal, com expressa previsão legal e imperatividade inerente, que vincula fornecedores e consumidores - deve ser considerado meramente exemplificativo em vista da vulnerabilidade do consumidor, isto é, lista aberta sem nenhum paralelo no mundo, ignora que é ato de direito administrativo, e não do fornecedor de serviços, assim como nega vigência a diversos dispositivos legais, ocasionando antisseleção, favorecimento da concentração de mercado e esvaziamento da competência atribuída à ANS pelo Poder Legislativo para adoção de medidas regulatórias voltadas a equilibrar o setor de saúde suplementar de forma ampla e sistêmica, com prejuízo para toda a coletividade envolvida. Afeta igualmente a eficácia do direito constitucional à saúde (art. 196 da CF), pois a interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui de forma significativa para o encarecimento dos produtos oferecidos no mercado e para o incremento do reajuste da mensalidade no ano seguinte, dificultando o acesso de consumidores aos planos e seguros, bem como sua manutenção neles, retirando-lhes a confiabilidade assegurada pelo Rol de procedimentos, no que tange à segurança dos procedimentos ali elencados, e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que, com esse entendimento jurisprudencial, reflexamente teria sua demanda aumentada. 9. Em recentes precedentes específicos envolvendo a supressão das atribuições legais da ANS, as duas Turmas de Direito Público decidiram que, "segundo entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, até prova cabal em

contrário, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras", "sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo" (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.834.266/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021). Ademais, assentaram que não é papel do Judiciário promover a substituição técnica por outra concepção defendida pelo julgador, sendo "incabível substituição da discricionariedade técnica pela discricionariedade judicial" (AgInt no REsp n. 1.823.636/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 14/9/2021, DJe de 16/9/2021). 10. Diante desse cenário e buscando uma posição equilibrada e ponderada, conforme o entendimento atual da Quarta Turma, a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima. Deveras, como assentado pela Corte Especial na esfera de recurso repetitivo, REsp n. 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica à qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendido da prova dos autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais. 11. Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise

na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS. 12. No caso concreto, a parte autora da ação tem esquizofrenia paranoide e quadro depressivo severo e, como os tratamentos medicamentosos não surtiram efeito, vindica a estimulação magnética transcraniana - EMT, ainda não incluída no Rol da ANS. O Conselho Federal de Medicina - CFM, conforme a Resolução CFM n. 1.986/2012, reconhece a eficácia da técnica, com indicação para depressões uni e bipolar, alucinações auditivas, esquizofrenias, bem como para o planejamento de neurocirurgia, mantendo o caráter experimental para as demais indicações. Consoante notas técnicas de NatJus de diversos Estados e do DF, o procedimento, aprovado pelo FDA norte-americano, pode ser mesmo a solução imprescindível para o tratamento de pacientes que sofrem das enfermidades do recorrido e não responderam a tratamento com medicamentos – o que, no ponto, ficou incontroverso nos autos. 13. Com efeito, como o Rol não contempla tratamento devidamente regulamentado pelo CFM, de eficácia comprovada, que, no quadro clínico do usuário do plano de saúde e à luz do Rol da ANS, é realmente a única solução imprescindível ao tratamento de enfermidade prevista na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, notadamente por não haver nas diretrizes da relação editada pela Autarquia circunstância clínica que permita essa cobertura, é forçoso o reconhecimento do estado de ilegalidade, com a excepcional imposição da cobertura vindicada, que não tem preço significativamente elevado. 14. Embargos de divergência a que se nega provimento .(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP**. 3ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 08/06//2022. Publicado em: 03/08/2022).

## 1. Resumo dos Casos

No Tribunal de Justiça de São Paulo teve início a duas ações de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela para requerer fornecimento de tratamentos de saúde, tendo em vista a recusa do plano de saúde com alegação de ausência de previsão no rol da Agência Nacional de Saúde (ANS).

Ambos os casos chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, sendo numerados o REsp nº 1.886.929/SP (BRASIL, 2022) e o REsp nº 1.889.704/SP



(BRASIL, 2022). O voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva indicou que a Terceira Turma da Corte reafirmou:

[...] a jurisprudência no sentido do caráter meramente exemplificativo do rol de procedimentos da ANS, reputando abusiva a negativa da cobertura pelo plano de saúde do tratamento considerado apropriado para resguardar a saúde e a vida do paciente (BRASIL, 2021).

Enquanto o voto da Ministra Nancy Andrighi menciona que a Quarta Turma da Corte compreende que o rol da ANS é taxativo, autorizando, assim, a negativa da cobertura por parte do plano de saúde quando o tratamento não estiver nas hipóteses previstas no rol de procedimentos.

Não obstante, a Ministra manifesta a orientação da Terceira Turma, de que o rol da ANS é meramente exemplificativo, uma vez que a negativa de tratamento indica conduta abusiva por parte dos planos de saúde. Nesse sentido, entende a ministra pelo mesmo raciocínio da Turma em que quem deve estabelecer a orientação terapêutica a ser utilizada em determinada doença deve ser o médico ou o profissional habilitado.

Tendo em vista a divergência entre a Terceira Turma e a Quarta Turma o processo foi aportado à Segunda Turma afim de que houvesse uniformização do tema (MIGALHAS, 2022a).

### 1.1. Votos pela taxatividade do rol

O Superior Tribunal de Justiça decidiu pela taxatividade do rol, conforme voto do Ministro-Relator Luis Felipe Salomão, que sustentou que a elaboração desse busca a proteção dos beneficiários dos planos, a fim de que sejam observadas a eficácia das tecnologias atuais na área da saúde, bem como a devida conveniência dos procedimentos médicos e eventuais impactos financeiros existentes (MIGALHAS, 2022a).

Segundo Migalhas (2022a), o voto do Ministro-Relator definiu que:

1 - o rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo;

2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol;

3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol;

4 - não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que:

(i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a comissão de atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS (MIGALHAS, 2022a).

O voto do ministro destaca que o rol apresentado da ANS para procedimentos e tratamentos de saúde é um rol taxativo, não havendo possibilidade de utilização de diversos, uma vez que se está presente na lista da Agência não há obrigatoriedade de pagamento por esta.

Manifesta casos de excepcionalidade quando não há substituto terapêutico ou se os procedimentos do rol da ANS estiverem esgotados, devendo observar os requisitos de ausência de indeferimento expresso para incorporação ao rol de saúde suplementar, comprovação da eficácia, recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais e estrangeiros, realizado diálogo interinstitucional do magistrado.

No mesmo sentido apresentou voto o Ministro Villas Bôas Cueva manifestando a importância da taxatividade em razão da necessidade de uma segurança jurídica para as partes envolvidas, a fim de que a operadora de saúde possa precificar devidamente o produto, sem que ocorra disparidades e prejuízos perante demais usuários, a fim de manutenção dos serviços de saúde.

## 1.2. Votos contra a taxatividade do rol

Contra a taxatividade do rol da ANS a ministra Nancy Andrichi apresentou voto indicando que as agências reguladoras estão subordinadas à lei e não possuem poder normativo capazes de imposição de “restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas” (MIGALHAS, 2022a). A transferência da função regulamentadora em relação às exceções e exigências mínimas não é papel a ser atribuído a uma agência, de modo que leva a um dano ao consumidor que aderiu a determinada operadora de saúde.

Manifesta, ainda, a inviabilidade e irrazoabilidade de impor ao consumidor que decida sobre os procedimentos apresentados pelo rol da ANS no momento da contratação, em relação a eventuais enfermidades que podem acometê-lo ao longo da vida.

Segundo a ministra, o rol deve ser exemplificativo a fim de que haja a concretização da política de saúde que a Constituição Federal idealizou.

## 2. Efeitos da Decisão

A decisão do Superior Tribunal de Justiça indicou ao colocar o rol da ANS como taxativo apresenta alguns efeitos importantes para análise. O primeiro é que o recurso não foi afetado como repetitivo, apesar de ter tido requerimentos para tanto.

O julgamento na sistemática de demandas repetitivas ocorre quando há processos que possuem a mesma discussão controversa de mérito. Acontece que no caso dos processos não houve decisão nesse sentido, de modo que é possível, em primeiro lugar, ocorrer alteração da decisão perante o Supremo Tribunal Federal, bem como entendimento contrário pelos tribunais inferiores que não possuem obrigatoriedade de observar o entendimento dado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outro importante efeito trata-se da incidência sobre precedente. Precedente relaciona-se com a construção de um raciocínio que pode ser

utilizado em demais casos similares (TARUFFO, 2014), o efeito relaciona-se com razões que determinam a decisão considerada paradigmática, de modo que a fundamentação pode ser utilizada, de forma vinculativa, para outros casos similares, sendo uma regra geral de aplicabilidade (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018).

Acontece que o precedente não possui efeito *erga omnes*, mas sim eventual efeito vinculativo a ser utilizado por outras decisões. O primeiro sujeita a impossibilidade de modificação ou discussão da decisão formulada, enquanto o segundo gera uma regra universal que constitui a possibilidade de decisões de outros casos a partir das mesmas premissas jurídicas utilizadas (SULZBACH; MARQUES, 2022).

Nesse sentido, o julgado do Superior Tribunal de Justiça não apresentou uma decisão com efeito para todos, ou seja, *erga omnes*, apesar de constar fundamentos que podem ser utilizados por outros tribunais não há a vinculação obrigatória de que casos que busquem tratar de procedimentos ou tratamentos que não constem no rol da ANS.

Um terceiro efeito a ser analisado consta na própria decisão da Ministra Nancy Andrighi ao tratar que “O mercado de planos de saúde dobrou de tamanho nos últimos anos, e o SUS não se beneficiou com nada disso. Pelo contrário, os planos irão empurrar cada vez mais para o SUS, os doentes que os planos não irão atender” (MIGALHAS, 2022a). O que leva a importante discussão de que a população brasileira busca os planos de saúde para que tenham prestações de serviço de saúde diferenciadas.

Acontece que com a negativa de prestação de procedimentos e tratamentos proporcionará que os sujeitos busquem o Sistema Único de Saúde (SUS) para atendimento, aumentando a quantidade de atendimentos, e não apenas, mas também da judicialização e demanda contra o Estado.

Uma vez que as decisões se demonstrem negativas para o consumidor, dando deferimento para as negativas e fundamentos apresentados pelos planos de saúde, as pessoas buscarão o judiciário para que ocorra o

oferecimento do tratamento pelo SUS, aumentando a judicialização da saúde, e conseqüentemente onerando ainda mais o Estado.

Além do que, encontra-se no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.193 do Distrito Federal, sendo ministro relator Roberto Barroso, que trata do mesmo tema da decisão do STJ, em que discute sobre o rol da ANS constituir cobertura mínima obrigatória para operadoras de saúde, não sendo apresentado de forma exaustiva, uma vez que pode atribuir aos próprios usuários do serviço o risco de adoecer. No momento o processo está em andamento, e não há previsão de conclusão, entretanto a decisão pode alterar o julgado do STJ.

### **3. Direito fundamental à saúde, participação da iniciativa privada e regulamentação de procedimentos**

Antes do final do século XIX, os brasileiros eram atendidos pelas instituições e médicos filantropos, e o Estado fazia, paralelamente, algumas ações de saúde de maneira paralela, como ações de vacinação e de saneamento básico diante de epidemias. No final do século XIX, com o saneamento do Rio de Janeiro, destacou-se a grande campanha de vacinação contra varíola (CARVALHO, 2013, p. 7). Desta maneira, até a promulgação da Constituição vigente (BRASIL, 1988), a maioria da população não possuía acesso à saúde além das políticas de vacinação (BERTOLLI FILHO, 1998, p. 63).

Entre as décadas de 70 e 80, houve no Brasil movimentos sociais ligados ao direito sanitário que combateram a ditadura sob a bandeira “Democracia é saúde; Saúde é Democracia”, esboçando o projeto da Reforma Sanitária e desligando-se do movimento sanitarista e higienista que havia no século XX (PAIM, 2008, p. 259).

A aspiração a tais transformações dependia não só de uma reforma administrativa e financeira no campo da saúde, mas também de mudanças mais abrangentes. Assim, a VII Conferência Nacional de Saúde (1986) encaminhou um documento à Comissão Nacional de Reforma Sanitária,

trazendo pontos que influenciaram na elaboração da Constituição (BITTENCOURT, 2016, p. 106). Além de previsto expressamente como direito social, o direito à saúde está previsto no artigo 196 da Constituição como um direito de todos e um dever do Estado (BRASIL, 1988). Ainda, por determinação do artigo 198 da Constituição, as ações e serviços públicos de saúde deverão integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo em um sistema único (BRASIL, 1988).

Nos anos que sucederam à promulgação da Constituição, o direito à saúde era considerado uma “norma programática”, sobre a qual não sobrevinha a necessidade de eficácia imediata, sendo na verdade uma norma destinada a orientar o Estado para a finalidade social objetivada por ele (CRUZ, 2012, p. 119).

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, que tinha como partes o Município de Porto Alegre e Diná Rosa Vieira, foi muito importante para a mudança deste cenário. Trata-se de demanda individual formulada para solicitar o imediato e gratuito de fármaco de combate ao vírus HIV. Com relatoria do ministro Celso de Mello, reconheceu-se que o aspecto programático da norma constitucional não pode ser uma “promessa constitucional inconstitucional”, sob pena de que o Poder Público ilegitimamente fraude justas expectativas nele depositadas pela coletividade e substitua “o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (BRASIL, 2000).

Tal julgado estabelece no ordenamento nacional que o direito à saúde não está à mercê de alegações referentes à divisão do Estado em entes federados. Assim, é afirmada a solidariedade na prestação do direito à saúde, porque dele se extrai que todos os entes do poder público podem ser demandados pelo cidadão na busca da satisfação de suas demandas de saúde, a serem efetivamente cumpridas pelo Estado (ALVES, 2013, p. 131).

O direito à saúde é conceituado nos documentos internacionais relativos aos direitos humanos de maneira ampla, abrangendo desde a prestação de um direito subjetivo e individual à assistência médica até o reconhecimento do direito do Estado ao desenvolvimento, consistente no direito a um nível de vida que mantenha a dignidade humana (DALLARI, 2003, p. 47). Ele está ligado ao mínimo existencial, ou seja: ao núcleo elementar da dignidade da pessoa humana. Além disso, está expresso no rol dos direitos sociais da Constituição. Diante das previsões constitucionais existentes, o direito à saúde pode ser considerado um direito fundamental social.

Para Alves (2013, p. 128), a classificação do direito à saúde como direito fundamental decorre da leitura do artigo sexto em conjunto com o artigo quinto da Constituição, reforçando a ideia de que não é possível proteger a vida humana sem que sejam assegurados os serviços de saúde, ou seja: o direito à saúde é indissociável do direito à vida.

O direito à saúde, sendo um direito fundamental, é considerado um direito subjetivo porque assegura um direito individual que pode ser requerido de maneira também individual, impondo um dever estatal de garanti-lo. Além disso, o direito à saúde também é direito objetivo porque integra o ordenamento jurídico objetivo da coletividade (DA SILVA RAMOS, 2005, p. 148).

Diante da indisponibilidade do direito à saúde, destaca-se a sua posição de objeto da tutela constitucional, que se realiza como direito subjetivo, tanto na esfera individual quanto coletiva. Além disso, destaca-se a posição do direito à saúde em sua dimensão objetiva, tendo em vista a característica institucional da sua prestação. Explica-se: o direito à saúde pode ser exigido tanto de maneira individual e relacionada ao sujeito – ou seja, subjetiva – quanto como uma prestação coletiva e geral – ou seja, objetiva.

A Constituição determinou, em seu artigo 199, que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, possibilitando à iniciativa privada a atuação

na saúde suplementar. Até a edição da Lei nº 9.656/1998 (BRASIL, 1998), responsável por dispor sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, o Estado era pouco presente no setor de saúde suplementar.

Neste sentido, destaca-se a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em 1999, e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em 2000, ressaltando-se que esta última Agência adveio da “necessidade de se regulamentar a iniciativa privada na área da assistência suplementar à saúde, que se apresentava imerso em crises e escândalos” (ALVES, 2009, p. 50).

Assim, a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) vem de encontro à necessária regulamentação estatal sobre o setor. Dentre as regulamentações da ANS, destaca-se a elaboração do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, destinado a assegurar e dar publicidade ao direito assistencial dos beneficiários dos planos de saúde, e com o objetivo de abranger os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de saúde dos beneficiários.

Neste ponto, a incorporação de novas tecnologias em saúde, bem como a definição de regras para o uso destas tecnologias, foi disposta na Resolução Normativa nº 470, de 09 de julho de 2021 (BRASIL, 2021). A definição desta lista é uma tarefa complexa, “não apenas pela dificuldade de disciplinar as novas formas de tratamentos que surgem quase diariamente, mas pelo impacto econômico sobre as operadoras, cada vez que novos eventos são incluídos na cobertura” (DE OLIVEIRA; DE CARVALHO FORTES, 2013, p. 36).

A instituição legal de procedimentos a serem observados, sobretudo em relação à forma de atualização deste rol, trouxe impactos mercadológicos para as operadoras de saúde. De Oliveira e de Carvalho Fortes (2013, p. 37), além do impacto financeiro, apontam também para o impacto judicial da regulamentação dos procedimentos e eventos em saúde, em relação à cobertura das operadoras de saúde. Isto porque, diante da negativa de



cobertura assistencial, o cidadão tem a possibilidade de requerê-la judicialmente, tendo em vista o aspecto fundamental e subjetivo do direito à saúde, como discutido anteriormente.

Conforme análise realizada por Scheffer (2006, p. 142) no Tribunal de Justiça de São Paulo, é possível notar entendimento judicial de que a assistência à saúde é um direito do consumidor beneficiário, mas este entendimento não é absoluto, havendo decisões que se atêm ao contrato celebrado entre as partes e às legislações. Notou-se que as operadoras de saúde consideram a saúde uma verdadeira mercadoria, apontando para a cláusula contratual que limita a cobertura assistencial como o argumento mais utilizado pelas operadoras para requerer a improcedência do pedido do beneficiário.

Entretanto, é necessário pontuar que há empresas que não possuem condições de oferecer sequer as coberturas garantidas pela legislação reguladora. Seja por este motivo ou pela cláusula contratual limitadora da prestação pela operadora de saúde, é certo que a negativa da cobertura assistencial faz com que haja uma sobrecarga do Sistema Único de Saúde, que será responsável por absorver tais demandas negadas diante da ausência de cobertura pelo plano (SCHEFFER, 2006, p. 143).

A mercantilização da saúde, aliada à adstrição da interpretação judicial aos limites contratuais, culminando na restrição às coberturas assistenciais traz prejuízos não somente ao beneficiário, mas à coletividade como um todo, tendo em vista a possível sobrecarga do Sistema Único de Saúde para atender a demandas que seriam abrangidas pela saúde suplementar.

### 3.1 A decisão do STJ quanto à taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde: um possível retrocesso

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu por maioria de votos sobre a taxatividade do rol da Agência Nacional de Saúde

Suplementar (ANS), impactando nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704/SP (BRASIL, 2022b) e nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP (BRASIL, 2022c). A decisão tem por consequência que as operadoras de saúde, em regra, não sejam obrigadas a cobrirem tratamentos não previstos na lista da ANS.

Em seu voto inicial, o Sr. Ministro Relator, Luis Felipe Salomão, pontuou que a taxatividade do rol protege beneficiários contra aumentos excessivos por parte dos planos de saúde, caso estes venham a ter de arcar indiscriminadamente com ordens judiciais para a cobertura de procedimentos fora da lista da ANS. Além disso, foi reforçado que nenhum outro país do mundo possui uma lista aberta de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória, lembrando ainda que a lista da ANS é elaborada com base em profundo estudo técnico.

A Ministra Nancy Andrighi, de maneira divergente, pontuou que qualquer norma infralegal editada pela ANS com potencial restritivo, salvo as exceções previstas na Lei nº 9.656/1998, coloca o consumidor aderente em uma desvantagem excessiva, pois não é razoável que o consumidor tenha que decidir, na contratação, as possíveis alternativas a eventuais enfermidades que venham a acometê-lo. Nessa hipótese, a incerteza sobre os riscos de responsabilidade dos planos de saúde é transferida ao consumidor, que possui menos condições de antever tais riscos do que os planos de saúde. Ainda, a Ministra pontuou, citando o Ipea, que o lucro das operadoras de saúde mais do que dobrou nos últimos quatro anos, e que os planos transferirão cada vez mais a responsabilidade dos tratamentos que não serão atendidos ao SUS, defendendo assim que o rol tem natureza meramente exemplificativa, e não taxativa.

Diante dessa decisão, que se constitui em precedente favorável às operadoras de saúde, e tendo em vista a previsão Constitucional que coloca a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, a ausência da cobertura pelo plano de saúde pode ocasionar uma sobrecarga do Sistema Único de

Saúde por meio da judicialização, uma vez que o indivíduo se verá obrigado a recorrer ao Estado para garantir a prestação do tratamento, ainda que este não conste do rol da ANS. Neste ponto, a própria autonomia médica também pode sofrer os impactos dessa decisão, diante da possibilidade de que, em vez do tratamento mais adequado, seja buscado o tratamento possível dentro da lista.

Além disso, não há indícios de que haverá redução nos valores cobrados pelos planos de saúde, de modo que a decisão, até o momento, parece apenas trazer limitações ao beneficiário, configurando um retrocesso somente quanto ao direito dos consumidores de planos de saúde no Brasil, aos quais foi transferida a responsabilidade sobre a incerteza quanto aos procedimentos necessários para eventuais enfermidades, como pontuou a Ministra Nancy Andrighi.

A decisão, portanto, vem acompanhada da necessidade de que haja uma maior atenção e fiscalização da população e dos órgãos de controle quanto à atualização constante dos procedimentos constantes rol da ANS, como meio de que este venha a acompanhar os avanços da Medicina e permitir o tratamento mais adequado aos pacientes beneficiários dos planos de saúde.

#### **4. Considerações Finais**

O direito à saúde no Brasil passou por modificações ao longo do tempo que busca uma atenção e fiscalização, a fim de manutenção e garantia de direitos acoplados com a evolução da medicina ao longo dos anos. Com a Constituição de 1988 o direito passa a ser garantido como direito de todos, e a manutenção de planos de saúde demonstra ser uma forma efetiva de assegurar que esse direito seja devidamente resguardado pela sociedade, observando preceitos do Estado.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça pelo Recurso Especial nº 1.886.929/SP (2020/0191677-6) e pelo Recurso Especial nº 1.889.704/SP (2020/0207060-5) indicam a necessidade de contínua a manutenção de

direitos à população, uma vez que houve um julgamento em que se buscou uma perspectiva econômica e não social, o que demonstra um descompasso perante a Constituição Federal.

Importante que se compreenda os fundamentos da decisão a fim de se verificar se a aplicabilidade em outros tribunais por meio de precedentes deve ser mantida, bem como entender que mesmo que o STJ tenha decidido por determinado viés, há a possibilidade de alteração do julgamento por meio do STF tanto no presente caso, quanto em outras demandas que já se encontram para decisão.

## Referências

ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito fundamental à saúde**: uma análise da efetividade da saúde e do princípio da proibição do retrocesso social. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2013. 237f.

ALVES, Sandra Mara Campos. Democracia participativa e a consulta pública na Agência Nacional de Saúde Suplementar. In: DELDUQUE, Maria Célia (org). **Temas atuais de direito sanitário**. Brasília: CEAD/FUB, 2009. p. 45-63.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4. Ed. São Paulo: Ática, 1998.

BITENCOURT, Caroline Müller; FRIEDERICH, Denise Bittencourt. A DINÂMICA DO FEDERALISMO BRASILEIRO NO TEMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, CONTROLE SOCIAL E A COVID-19. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 3, p. 49-77, 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução normativa - RN nº 470, de 09 de julho de 2021. **Dispõe sobre o rito processual de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=NDA2Mw>. Acesso em 29 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 23 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. **Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm). Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704/SP**. Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico *versus* R. D. F.. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. 2022b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EREsp%201889704>. Acesso em 10 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP**. Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico *versus* G. G. L. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. 2022c. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EREsp%201886929>. Acesso em 10 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS**. Município de Porto Alegre *versus* Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília. Acórdão de 12 de setembro de 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103980/false>. Acesso em 24 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.913**, Ministro-Relator Roberto Barroso. Brasília. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6433708>. Acesso em: 31 jul. 2022

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. **Estudos avançados**, v. 27, p. 7-26, 2013.

CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. Direito à Saúde: de norma programática a direito individual exigível. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, ago. 2012, p. 119-132.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: ARANHA, Márcio Iorio (org). **Direito sanitário e saúde pública**. Vol I. Coletânea de Textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p.39-59. Disponível em: [https://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/direito\\_san\\_v1.pdf](https://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/direito_san_v1.pdf). Acesso em 20 jan. 2022.

DE BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DE OLIVEIRA, José Antonio Diniz; DE CARVALHO FORTES, Paulo Antonio. De que reclamam, afinal? estudo das ações judiciais contra uma operadora de plano de saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 13, n. 3, p. 33-58, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MIGALHAS. **Salomão vota pela natureza taxativa do rol de procedimentos da ANS**. 17 de setembro de 2022a. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/351790/salomao-vota-pela-natureza-taxativa-do-rol-de-procedimentos-da-ans>. Acesso em: 30 jul. 2022

MIGALHAS. **STJ define que rol da ANS é taxativo para planos de saúde**. 8 de junho de 2022a. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/367646/stj-define-que-rol-da-ans-e-taxativo-para-planos-de-saude>. Acesso em: 30 jul. 2022.

PAIM, Jairnilson Silva. **Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica** [online]. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. 356 p. ISBN 978-85-7541-359-3. Available from SciELO Books.

SCHEFFER, Mario César. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo**. Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Departamento de Medicina Preventiva. São Paulo, 2006. 212 f.

SULZBACH, Juliane Gloria; MARQUES, Elmer da Silva. Efeito vinculante e eficácia *erga omnes* em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. **Revista Argumentum – RA**, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 23, N. 1, p. 167- 189, Jan.-Abr. 2022.

TARUFFO, Michele; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Precedente e jurisprudência. **civilistica.com - revista eletrônica de direito civil**, v. 3, n. 2, p. 1-16, 10 dez. 2014.

Comentário recebido em: 01/08/2022.

Aceito para publicação em: 07/06/2023.

# Universidades Federais Brasileiras com Vagas para Refugiados

## *Relatório de Pesquisa*

*Victória Magri Moreira de Carvalho*<sup>1</sup>

*Luiza Aparecida Chaves Ranuzzi*<sup>2</sup>

*Pedro Lucchetti*<sup>3</sup>

*Tatiana Cardoso Squeff*<sup>4</sup>

*Thiago Paluma da Rocha*<sup>5</sup>

## 1. Universidades Federais com vagas para refugiados e especificidades

A partir de um levantamento de dados foi possível determinar que as seguintes faculdades possuem vagas para refugiados.

---

<sup>1</sup> Bacharela em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Membro da Assessoria Jurídica para Migrantes e Pessoas em Situação de Risco (AJESIR/UFU). Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEDPI/CNPq). Foi bolsista FAPEMIG no projeto “A solução de controvérsias no Direito Internacional Privado: as novas tecnologias e o acesso transnacional à justiça no estado de Minas Gerais”. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1639-0878>

<sup>2</sup> Bacharela em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Foi membro da Assessoria Jurídica para Migrantes e Pessoas em Situação de Risco (AJESIR/UFU). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4747-4399>

<sup>3</sup> Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI/CNPq) e de Estudos em Direito Internacional Crítico (DICRI/CNPq). Foi pesquisador no Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI-USP) e bolsista de Iniciação Científica FAPEMIG. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9037-413>

<sup>4</sup> Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e professora Adjunta de Direito Internacional da UFU. Professora do Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais da UFSM. Pós-Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de VitóriaFDV. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS, com período sanduíche junto à University of Ottawa. Mestre em Direito pela UNISINOS, esta com bolsa CAPES e período sanduíche junto à University of Toronto, com bolsa DFAIT. Membro associada da ASADIP, ILA-Brasil e ABRI. É pesquisadora do NETI/USP. Coordena a Assessoria Jurídica para Migrantes e Pessoas em Situação de Risco – AJESIR/UFU. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9912-9047>

<sup>5</sup> Diretor de Inovação e Transferência de Tecnologia da UFU (Período de 2017-atual - DIRTC-PROPP/UFU - Agência Intelecto e Incubadora CIAEM). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Doutor em Direito Internacional pela "Universidad de Valencia - España". Coordenador da Rede de Pesquisa de Processo Civil Internacional, e Co-coordenador a Assessoria Jurídica para Migrantes e Pessoas em Situação de Risco – AJESIR/UFU. Líder do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional - GEPDI/CNPq. <https://orcid.org/0000-0003-2323-8698>

<b>Universidade Federal</b>	<b>Resolução ou portaria</b>	<b>Tipos de vagas</b>
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)	Resolução N° 17 de 4 de setembro de 2003 Resolução N° 005/2004	Específicas (refugiados políticos)
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)	Resolução CEPE 07/2019, de 11 de junho de 2019	Adicionais (processo seletivo específico)
Universidade Federal do Triângulo Mineiro (UFTM)	Resolução Consu\UFTM n° 4, de 26 de outubro de 2020	Adicionais (processo seletivo específico)
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)	Resolução 007/2020	Adicionais
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)	Portaria Ministerial n ° 1.120/1999	Reservadas (processo seletivo específico)
Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR)	Resolução CoG N° 321 de 22 de maio de 2020	Adicionais - 2020 (1 vaga por curso)
Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP)	Resolução do Conselho de Graduação N° 02 de 16 de outubro de 2019	Adicionais (processo seletivo específico)
Universidade Federal do ABC (UFABC)	Resolução Consuni N° 182 de 19 de julho de 2017	Reservadas (2 vagas por curso)
Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)	Resolução N° 66/2010	Reservadas
Universidade Federal de Roraima (UFRR)	Resolução N° 007/2018 - CEPE	Ociosas
Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS)	Resolução N° 750 de 16 de setembro de 2016	Ociosas
Universidade Federal da Integração Latina Americana (UNILA)	Resolução COSUEN N° 02/2018	Reservadas
Universidade Federal do Paraná (UFPR)	Portaria N.º 95-UFPR de 12/06/2002 Resolução N° 63/18-CEPE	Adicionais (10 vagas por curso) (Processo seletivo específico)
Universidade Federal da Bahia (UFBA)	Resolução N° 07/2018	Adicionais (1 vaga para refugiado)
Universidade Federal do Amazonas (UFAM)	Resolução N° 031 de 22 de agosto de 2019	Ociosas (*aparentemente até hoje não tiveram vagas ociosas para serem destinadas aos refugiados)

Universidade Federal da Fronteira do Sul (UFFS)	Prohati - Resolução Nº 32/2013	Específicas e Adicionais (vagas para haitianos) (processo seletivo específico)
Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre (UFCSPA)	Decreto Nº 7.948 de 12 de março de 2013	Adicionais (processo seletivo específico)
Universidade Federal de Pelotas (UFPel)	Resolução Nº 03/2018 do COCEPE de 22/02/2018	Específicas e Adicionais (18 vagas totais para senegaleses) (processo seletivo específico)
Universidade Federal de Brasília (UNB)	Resolução do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão Nº 64/2007	Ociosas

Por vagas, entende-se (a) *vagas adicionais*: vagas suplementares às já existentes para cada curso ofertado; (b) *vagas específicas*: vagas que possuem alguma determinação para sua existência e destinadas a um grupo específico; (c) *vagas ociosas*: vagas ofertadas pelo curso que não foram preenchidas e, agora, passam a ser ofertadas novamente; e (d) *vagas reservadas*: vagas poupadas para um grupo específico se candidatar, como é o caso dos refugiados.

### 1.1 *Faculdades Federais que possuem proposta*

São duas as universidades que possuem propostas: (a) Universidade Federal de Alfenas (UNIFAL-MG) - Resolução Nº 15 de 15 de junho de 2016; e (b) Universidade Federal do Carir (UFCA) - Portaria Nº 379 de 01 de outubro de 2019.

## 2. Requisitos para o preenchimento da vaga e o tipo de ação que seguem

### 2.1 *Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)*

- Requisitos: Condiciona-se à comprovação de que sua pretensão esteja referendada pelo Comitê Nacional de Refugiados (CONARE).



- Tipo de Ação: A Coordenação do Curso ou o Colegiado de Curso, onde houver, informará à PROGRAD, após o término do período de reajuste de matrículas, o número de vagas destinadas a refugiados políticos, independente da apuração de vagas ociosas nos referidos cursos, após solicitação da CDARA.

## 2.2 *Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)*

- Requisitos: É necessário que o estudante seja refugiado, asilado político, portador de visto temporário de acolhida humanitária ou autorização de residência para fins de acolhida humanitária, ou ser beneficiário de políticas humanitárias. Estes documentos precisam de comprovação do CONARE.

- Tipo de Ação: Cada Colegiado de Curso de Graduação da UFMG estabelecerá o número de vagas adicionais para ingresso de estudantes que se enquadrem em um dos casos previstos nos incisos I a VI do art. 1º, garantindo-se o mínimo de uma vaga por curso por ano. O preenchimento das vagas referidas na presente resolução se dará por meio de processo seletivo específico realizado anualmente.

## 2.3 *Universidade Federal do Triângulo Mineiro (UFTM)*

- Requisitos: É preciso ser refugiado reconhecido oficialmente pela República Federativa do Brasil a partir dos termos da Lei Federal nº 9474 de 1997 e pelo CONARE (tendo atestado emitido pela instituição).

- Tipo de Ação: A Divisão de Processo Seletivo Discente - DPSD será responsável pela elaboração do edital para regulamentar a seleção específica de refugiados para os cursos de graduação, bem como por articular sua ampla divulgação junto ao público-alvo. Os colegiados dos cursos de graduação deverão manifestar interesse quanto à criação de 1 (uma) vaga adicional anual no curso, a ser especificamente destinada aos refugiados. O disposto no

caput deste artigo refere-se à reserva de vagas já existentes, devendo as vagas destinadas aos refugiados constituírem-se vagas adicionais ao total de vagas periodicamente ofertadas pelo curso de graduação.

#### *2.4 Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)*

- **Requisitos:** É preciso comprovar a situação de refúgio ou razão humanitária ou reunião familiar; a conclusão do Ensino Médio no Brasil, ou o equivalente realizado no exterior, reconhecido pelo Conselho Estadual de Educação.

- **Tipo de Ação:** Ingresso de pessoa portadora de refúgio ou imigrante em situação de vulnerabilidade em cursos técnicos, tecnológicos ou de graduação por meio de vagas suplementares. A definição da quantidade de vagas se dará por definição do colegiado de cada curso, não podendo ultrapassar 5% das vagas disponíveis no curso.

#### *2.5 Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)*

- **Requisitos:** Exige RNE, comprovação de solicitação ou reconhecimento do status de refugiado, comprovante de conclusão do Ensino Médio reconhecido por órgão público brasileiro ou reavaliado pela Secretaria Estadual. Aceita o ENEM ou ENCCEJA e autorização do CONARE como comprovação de Ensino Médio. Ademais, solicita carta de intenções. Ainda, são aceitas pessoas oficialmente refugiadas, ou ingressantes no país em reunião familiar (todos com Ensino Médio completo).

- **Tipo de Ação:** Reserva de vagas em determinados cursos pelos quais os refugiados competem em determinadas categorias (de peso diferente para cada curso) sendo elas: carta de motivação; entrevista; prova escrita e prova técnica.

#### *2.6 Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR)*

- Requisitos: Exige documentação comprobatória de conclusão do Ensino Médio ou atestado do CONARE, além do atestado de equivalência emitido pela Secretaria Estadual de Educação. Considera como critério de seleção e classificação a pontuação mais alta obtida no ENEM.

- Tipo de Ação: Os candidatos inscritos concorrerão, anualmente, a 1 (uma) única vaga em cada opção de curso de graduação presencial da UFSCar. A classificação dos candidatos será feita por meio da utilização dos resultados do Exame Nacional do Ensino Médio.

## 2.7 *Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP)*

- Requisitos: São aceitos refugiados, apátridas e portadores de visto humanitário, assim devida e comprovadamente reconhecidos pelo governo brasileiro. O candidato deverá comprovar: condição de refugiado, expedido pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), se refugiado reconhecido pelo governo brasileiro; ou condição de Apátrida, expedida pelo órgão competente do Governo federal, se apátrida reconhecido pelo governo brasileiro; ou ser portador de visto humanitário; ou possuir autorização de residência/permanência no Brasil a partir do visto humanitário.

- Tipo de Ação: Os cursos de graduação da UNIFESP, já reconhecidos pelo Ministério da Educação, deverão manifestar interesse quanto à criação de 1 vaga adicional no curso/turno, a ser especificamente destinado a refugiados, apátridas e portadores de visto humanitário.

## 2.8 *Universidade Federal do ABC (UFABC)*

- Requisitos: É preciso ser refugiado, de acordo com o CONARE, ou solicitante de refugio com documentação dada pela Polícia Federal.

- Tipo de Ação: Reservar para cada curso interdisciplinar, por campus e turno de oferta anual pela UFABC, 2 vagas para refugiados e solicitantes de refúgio no processo seletivo de ingresso na Graduação.

## 2.9 *Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)*

- **Requisitos:** É preciso ser solicitante de refúgio, refugiado, portador de visto humanitário ou migrante vindos de locais onde a ONU considera haver grave violação de direitos humanos. Isso se estende aos seus ascendentes, cônjuges, descendentes e demais membros do grupo familiar que dependam economicamente do refugiado político, desde que se encontrem em território nacional.

- **Tipo de Ação:** Os Colegiados de Cursos de Graduação estabelecerão o número de vagas destinadas a refugiados políticos garantindo o mínimo de uma vaga por curso. Caberá ao Colegiado de Curso de Graduação estabelecer critérios de seleção, com aprovação da Câmara de Graduação, para os casos de mais de uma solicitação de ingresso, no seu curso.

## 2.10 *Universidade Federal de Roraima (UFRR)*

- **Requisitos:** São candidatos solicitantes de refúgio, refugiados e imigrantes em situação de vulnerabilidade. É necessário apresentar protocolo de refúgio ou comprovante da condição de refugiado expedido pelo CONARE e quaisquer documentos que comprovem sua regularidade no Brasil como estrangeiro. O imigrante que não se enquadrar nos casos acima poderá declarar que se encontra em situação de vulnerabilidade econômica e terá seu caso avaliado.

- **Tipo de Ação:** A Pró-Reitoria de Ensino e Graduação (PROEG) da UFRR divulgará o quantitativo de vagas para o processo seletivo a que trata essa resolução, que serão oriundas de vagas remanescentes dos processos seletivos de segunda graduação e transferência da UFRR (resoluções nº 10/2005 e 15/2015 – CEPE).

## 2.11 *Universidade Federal do Mato Grosso do sul (UFMS)*

- Requisitos: São candidatos estrangeiros portadores de visto de refugiado, visto humanitário ou visto de reunião familiar. É preciso: comprovar a situação de refúgio ou razão humanitária ou reunião familiar; e comprovar a conclusão do Ensino Médio no Brasil, ou o equivalente realizado no exterior, reconhecido pelo Conselho Estadual de Educação.

- Tipo de Ação: Caso ainda haja vagas a serem ofertadas, após o resultado da seleção descrita no Item 2.3 (A ocupação das vagas será realizada, primeiramente, entre os candidatos inscritos, pode ingressar por transferência de outras instituições de ensino superior (IES) para cursos da UFMS), a ocupação será realizada entre os candidatos inscritos. Pode haver ingresso de estrangeiros portadores de visto de refugiado, visto humanitário ou visto de reunião familiar, para qualquer curso que haja vaga.

### *2.12 Universidade Federal da Integração Latina Americana (UNILA)*

- Requisitos: É preciso ser refugiadas(os) e portadoras(es) de visto humanitário (PSRH) em território brasileiro. Pode ter status de refugiada(o) reconhecido no Brasil; ou ser solicitante de refúgio no Brasil; ou ser portador(a) de visto humanitário no Brasil.

- Tipo de Ação: No processo de seleção os refugiados ou solicitantes de refúgio devem selecionar a opção de reserva de vagas.

### *2.13 Universidade Federal do Paraná (UFPR)*

- Requisitos: Para concorrer a uma das vagas é preciso: a) documento de identidade (RNE, CIE, RNM, CRNM, passaporte ou equivalente; b) documento que comprove a condição migratória exigida, como cópia da solicitação de refúgio (Protocolo do MJ/PF); ou documento que ateste a condição de refugiado reconhecida pelo Comitê Nacional de Refugiados - CONARE (Passaporte, RNE, CIE, RNM, CRNM, todos com a indicação da Lei 9474/97); ou documento que ateste o caráter humanitário da condição

migratória (Passaporte, RNE, CIE, RNM, CRNM, com a indicação das Portarias do Conselho Nacional de Imigração - CNIg, Portarias Interministeriais ou outro órgão competente ou o visto/residência de acolhida humanitária); ou outro documento que comprove o cumprimento dos requisitos migratórios para concorrer, nos termos da Resolução CEPE 63/18, da UFPR.

- Tipo de Ação: Serão disponibilizadas 10 (dez) vagas suplementares nos cursos de graduação e nos cursos técnicos de nível pós-médio, exclusivamente para estudantes migrantes na condição de refugiados ou com visto humanitário.

Neste processo seletivo especial para ingresso nos cursos de graduação da UFPR, serão avaliadas, além do domínio dos conteúdos curriculares previstos nas normatizações oficiais que regulam o ensino médio, as capacidades do candidato de argumentar com clareza, de relacionar e interpretar fatos e dados e de raciocinar de maneira lógica.

#### *2.14 Universidade Federal da Bahia (UFBA)*

- Requisitos: Só poderão candidatar-se às vagas definidas neste Edital: Os candidatos índios aldeados, os candidatos moradores das comunidades remanescentes dos quilombos e os candidatos pessoas trans (transexuais, transgêneros e travestis) que se submeteram regularmente às provas do ENEM 2018; No caso, os candidatos imigrantes ou refugiados no Brasil em situação de vulnerabilidade que tenham feito o ensino médio ou equivalente em outro país, também podem ser beneficiados. Mesmo é o caso de candidatos imigrantes ou refugiados em situação de vulnerabilidade será comprovada mediante visto humanitário permanente ou temporário, emitido pelo Conselho Nacional de Imigração.

- Tipo de Ação: Serão admitidos até 04 (quatro) estudantes além do número de vagas estabelecidas para cada curso, desde que sejam:

a) Índios aldeados, moradores das comunidades remanescentes dos quilombos ou pessoas trans (transexuais, transgêneros e travestis) que tenham cursado todo o ensino médio em escola pública;

b) Imigrantes/refugiados em situação de vulnerabilidade que tenham cursado todo o ensino médio ou equivalente em outro país.

### *2.15 Universidade Federal do Amazonas (UFAM)*

- Requisitos: É preciso ser refugiado (com status do CONARE) ou solicitantes de refúgio (com documentação da PF).

- Tipo de Ação: Em caso de vagas remanescentes abre-se edital de seleção específica para refugiados e solicitantes de refúgio.

### *2.16 Universidade Federal da Fronteira do Sul (UFFS)*

- Requisitos: É preciso ser estudante de nacionalidade haitiana.

- Tipo de Ação: Instituir, em parceria entre a UFFS e a Embaixada do Haiti no Brasil, o Programa de Acesso à Educação Superior da UFFS para estudantes haitianos - PROHAITI, com o objetivo contribuir para integrar os imigrantes haitianos à sociedade local e nacional, por meio do acesso aos cursos de graduação da UFFS, e qualificar profissionais que ao retornar possam contribuir com o desenvolvimento do Haiti. As vagas do Programa serão ofertadas por meio de processo seletivo especial, regido por edital próprio, a ser aprovado na Câmara de Graduação.

### *2.17 Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre (UFCSA)*

- Requisitos: Poderá concorrer a uma vaga no PEC-G o estrangeiro: (a) Nacional e residente dos países indicados no item 8 deste Edital, que não seja portador de visto permanente ou de qualquer outro tipo de visto temporário para o Brasil; (b) Que tenha pelo menos 18 anos completos até 31 de dezembro de 2020 e, preferencialmente, até 23 anos completos na mesma data; (c) Que

apresente Termo de Responsabilidade Financeira, por meio do qual seu responsável financeiro afirma dispor de um mínimo equivalente a US\$ 600,00 (seiscentos dólares norte-americanos) mensais para custear as despesas com subsistência no Brasil durante o curso de graduação; (d) Que firme Termo de Compromisso em que se obrigue a cumprir as regras do PEC-G; (e) Que apresente Certificado de Conclusão do ensino médio; e (f) Que apresente o Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa para Estrangeiros - CelpeBras.

- Tipo de Ação: O Programa de Estudantes-Convênio de Graduação - PEC-G, administrado conjuntamente pela Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação - SESu/MEC e pelo Departamento Cultural e Educacional do Ministério das Relações Exteriores - DCED/MRE, destina-se à formação e qualificação de estudantes estrangeiros por meio de oferta de vagas gratuitas em cursos de graduação em Instituições de Ensino Superior - IES brasileiras. O PEC-G constitui-se em um conjunto de atividades e procedimentos de cooperação educacional internacional, preferencialmente com os países em desenvolvimento, com base em acordos bilaterais vigentes, e caracteriza-se pela formação do estudante estrangeiro em curso de graduação no Brasil e posterior retorno ao país de origem.

### *2.18 Universidade Federal de Pelotas (UFPel)*

- Requisitos: É preciso ser cidadão senegalês. Sendo refugiados que residem na região Sul do Rio Grande do Sul de acordo com o Perfil Regional do COREDE Sul. Documentos necessários: (a) Cópia do Passaporte com visto vigente; (b) Cópia do Cadastro de Pessoa Física – CPF; (c) Cópia do Registro Nacional de Estrangeiro ou Documento Provisório de Identidade de Estrangeiro dentro do prazo de validade OU Cópia do Atestado expedido pelo CONARE que comprove sua situação de refugiado ou do visto humanitário emitido pelo CNIg dentro do prazo de validade; (d) Cópia da Documentação



de conclusão do Ensino Médio brasileiro ou nível de estudos equivalente ao Ensino Médio (2º Grau) brasileiro, emitidos em outros países; (e) Comprovante de residência atualizado (máximo de 90 dias); e (f) Memorial Descritivo, entregue conforme o item 4.2 deste edital.

- Tipo de Ação: Destina-se a oferecer o acesso a vagas em cursos de graduação ofertados na UFPel a cidadãos senegaleses refugiados que residam na região Sul do Rio Grande do Sul de acordo com o Perfil Regional do COREDE Sul (Disponível em <http://planejamento.rs.gov.br/upload/arquivos/201603/17095141-perfisregionais-2015-sul.pdf>). Serão ofertadas o total de 18 vagas para candidatos refugiados senegaleses referentes ao Processo Seletivo Especial para acesso à Educação Superior da UFPel em 2018 em cursos específicos.

### *2.19 Universidade Federal de Brasília (UNB)*

- Requisitos: É preciso ser: Pessoa declarada refugiada pelo Comitê Nacional para Refugiados (Conare), conforme estabelece o art. 1º da Lei no 9.474/1997. Não pode ter concluído o Ensino Médio no Brasil. Ao candidato que apresentar sua solicitação com a documentação exigida até o primeiro dia de aula do período letivo em curso, poderá ser concedido o registro provisório para fins de matrícula em disciplina na modalidade de aluno especial, desde que sejam atendidos os art. 1º, 2º e 4º desta Resolução.

- Tipo de Ação: Para atendimento aos requerimentos de admissão no curso de graduação pleiteado serão utilizadas as vagas ociosas decorrentes de desligamento, transferência de estudantes para outras IES ou remanescentes do vestibular.

## **3. Visto Humanitário**

A concessão de Vistos Humanitários surgiu a partir da Resolução Normativa 97/2012 por razões humanitárias envolvendo os cidadãos

haitianos devido às crises ambientais e econômicas que o país enfrenta. O Visto Humanitário se difere do Refúgio porque os motivos para a saída do país de origem não se dão por conta de perseguições, mas por outras crises humanitárias, como as citadas anteriormente. Além disso, o pedido de Visto Humanitário é feito na Embaixada Brasileira do país de morada do requerente.

Em 2013 o Conselho Nacional de Imigração estendeu a aprovação de Visto Humanitário para migrantes da Síria e de seus países adjacentes; e recentemente também se estendeu aos venezuelanos. Sabendo disso, foi listado todas as universidades federais que possuem o visto humanitário como um requisito para ingresso. São oito faculdades no total que aceitam o visto humanitário como requisito de ingresso em cursos de graduação.

Estas universidades são: I. Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); II. Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); III. Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP); IV. Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); V. Universidade Federal do Mato Grosso do sul (UFMS); VI. Universidade Federal da Integração Latina Americana (UNILA); VII. Universidade Federal do Paraná (UFPR); e VIII. Universidade Federal da Bahia (UFBA).

#### **4. Pareceres Jurídicos**

Parecer Jurídico é um documento assinado, nesse caso pelas procuradorias das Universidades Federais, que tem como fito explicitar as razões e princípios legais que envolveram determinada decisão jurídica. Buscou-se os pareceres de cada uma das universidades federais que possuem vagas para refugiados. Estes pareceres no formato .pdf estão em posse da AJESIR. Frisa-se, porém, que algumas faculdades não enviaram os pareceres.

##### ***4.1. Fundamentação trazida pelos pareceres***

#### 4.1.1 Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR)

Encaminhou os pareceres e resoluções as quais decidem pela ações afirmativas, por intermédio da PORTARIA GR N° 941/08 de 09 de junho de 2008, apoiando-se na seguinte análise jurídica:

Aos refugiados em razão da Convenção Internacional de 1951, denominada “Estatuto do Refugiado”, da qual o Brasil é signatário, editou-se a Lei n° 9.474/97, a qual define mecanismos para a implementação do referido Estatuto em território brasileiro. De acordo com a Lei n° 9.474/97, cuja cópia segue anexa:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que  
I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.”

Art. 2º Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:

I - já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR;

II - sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro;

III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;

IV - sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

A partir do conceito e limitações acima estabelecidos, a lei prescreve os procedimentos a serem adotados para o reconhecimento e absorção do refugiado em território brasileiro, concedendo-lhe documentação necessária ao exercício de direitos e deveres fixados na Convenção Internacional. Claramente o que se objetiva, pela Convenção Internacional e pela Lei n°

9.575/97, é garantir condições mínimas de sobrevivência em território estrangeiro àquele indivíduo que foi impedido de prosseguir sua vida em seu país de origem, dando-lhe, para tanto, condições de integrar a sociedade civil e trabalhar para prover seu sustento. Neste sentido, o artigo 44 da mesma Lei prevê que “o ingresso em instituições acadêmicas de todos os níveis deverão ser facilitados, levando-se em consideração a situação desfavorável vivenciada pelos refugiados”.

#### *4.1.2 Universidade Federal do Triângulo Mineiro (UFTM)*

Por intermédio do PARECER n. 00217/2020/ASJUR/PFUFTM/PGF/AGU estabeleceu-se a aprovação da RESOLUÇÃO CONSU/UFTM Nº 4, DE 26 DE OUTUBRO DE 2020 a qual estabelece normas quanto ao ingresso e permanência de refugiados nos Cursos de Graduação da Universidade Federal do Triângulo Mineiro apoiando-se na seguinte análise jurídica:

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados da qual o Brasil é signatário, em seu art. 22, prevê que: Art. 22 - Educação pública 1. Os Estados Contratantes darão aos refugiados o mesmo tratamento que aos nacionais no que concerne ao ensino primário. 2. Os Estados Contratantes darão aos refugiados um tratamento tão favorável quanto possível, e em todo caso não menos favorável do que o que é dado aos estrangeiros em geral, nas mesmas circunstâncias, quanto aos graus de ensino além do primário e notadamente no que concerne ao acesso aos estudos, ao reconhecimento de certificados de estudos, de diplomas e títulos universitários estrangeiros, à isenção de direitos e taxas e à concessão de bolsas de estudo.

Nota-se que os Estados devem promover processos que facilitem a entrada de pessoas refugiadas no Ensino Superior. O esboço da presente Resolução visa regulamentar estes ingressos e permanências em âmbito interno, apesar destes já serem realidade na UFTM há algum tempo. As Minutas dos processos seletivos específicos são encaminhadas à Procuradoria

pela Divisão de Processo Seletivo Discente para análise e parecer jurídico, desde - smj - meados de 2016. 9.

A presente Minuta prevê, em seus arts. 2º e 3º, que a UFTM realizará, anualmente, seleção específica para ingresso de refugiados em seus cursos de graduação presenciais, sendo que, para efeitos da Resolução, considera-se refugiado a pessoa assim oficialmente reconhecida pela República Federativa do Brasil, nos termos da Lei Federal nº 9.474/1997 (369910).

A seleção específica de que trata o art. 2º supra, atende ao que dispõe a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), vez que o acesso de candidatos aos cursos de graduação nas Instituições Federais de Ensino somente ocorrerá por meio de Processo Seletivo. Nesse sentido: Lei nº 9.394/1996. Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas: I - cursos sequenciais por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino, desde que tenham concluído o ensino médio ou equivalente; II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo; III - de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros, abertos a candidatos diplomados em cursos de graduação e que atendam às exigências das instituições de ensino; IV - de extensão, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos em cada caso pelas instituições de ensino.

O art. 4º da Minuta condiciona a participação do candidato na seleção à comprovação da condição de refúgio, emitida pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). De acordo com a Lei nº 9.474/1997, compete ao CONARE, enquanto órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça (art. 11), declarar o reconhecimento da condição de refugiado, senão vejamos: Lei nº 9.474/1997. Art. 12. Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo

sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados: I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado; II - decidir a cessação, em primeira instância, ex officio ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado; III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado; IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados; V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.

Percebe-se que a exigência possui amparo legal (art. 12, I). Contudo, recomendamos a alteração da redação deste art. 4º, especificamente na parte que trata do momento da exigência desta comprovação da condição de refugiado. O Superior Tribunal de Justiça, sobre temática semelhante, editou a Súmula 266, cuja redação prevê que o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público. Assim, ao invés de ser exigido este atestado na participação na seleção, sugerimos que tal verificação se dê apenas na ocasião da matrícula.

No mais, nota-se que a Minuta foi elaborada em consonância com os dispositivos legais vigentes, em especial com a Lei nº 9.474/1997 que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências e com a Lei nº 13.445/2017, que institui a Lei de Migração.

#### *4.1.3 Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP)*

No tocante a solicitação enviada pela Ouvidoria da Unifesp a esta Procuradoria Federal junto à Universidade Federal de São Paulo referente a pareceres jurídicos de ações afirmativas voltadas aos refugiados e migrantes no âmbito da Unifesp tem-se que:

Considerando a Lei 9.474/1997 que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados e determina providências. Art. 44.

O reconhecimento de certificados e diplomas, os requisitos para a obtenção da condição de residente e o ingresso em instituições acadêmicas de todos os níveis deverão ser facilitados, levando-se em consideração a situação desfavorável vivenciada pelos refugiados. Considerando a autonomia universitária da Constituição Federal Art. 207. As universidades gozam, na forma da lei, de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Contudo não foram encontrados no sistema Sapiens-AGU pareceres jurídicos referentes a ações da Universidade referente a vagas para refugiados.

#### 4.1.4 Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)

Os fundamentos da norma derivam da aplicação do princípio constitucional da autonomia universitária.

Essa competência tem a gênese normativa na autonomia das universidades públicas, conferida pela Constituição Federal em seu artigo 207, caput, *in verbis*:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.  
§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996) § 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996).

Desse princípio resulta que compete à Universidade, *in casu*, a UFSM, deliberar sobre critérios e normas que dizem respeito ao processo seletivo (vestibular, concursos e outros processos seletivos), o que engloba a liberdade para que as mesmas escolham, inclusive, as formas de seleção mais adequadas às suas respectivas realidades.

A lei de diretrizes e base da educação (LDBN) - Lei nº 9.394/1996, ao regulamentar o texto constitucional, corrobora tal entendimento, em seus

artigos 51 e 53, incisos I a V e § 1º, incisos I a III, *in verbis*:

Art. 51. As instituições de educação superior credenciadas como universidades, ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino.

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; (Regulamento)

II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII - firmar contratos, acordos e convênios;

VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas

§ 1º Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre: (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017) I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017) II - ampliação e diminuição de vagas; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017) III - elaboração da programação dos cursos; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017) IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017) V - contratação e dispensa de professores; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017) VI - planos de carreira docente. (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

§ 2º As doações, inclusive monetárias, podem ser dirigidas a setores ou projetos específicos, conforme acordo entre doadores e universidades. (Incluído pela Lei nº 13.490, de 2017)

§ 3º No caso das universidades públicas, os recursos das doações devem ser dirigidos ao caixa único da instituição, com destinação garantida às unidades a serem beneficiadas. (Incluído pela Lei nº 13.490, de 2017).



Dentro dessa autonomia, como definida acima, a Universidade, por suas normativas, regulamenta a matéria. Neste diapasão, o Estatuto da UFSM, aprovado em consonância com a nova lei de diretrizes e bases da educação, ao tratar do Regime Didático-Científico da Instituição, assim estabelece:

Art. 59. Os cursos de graduação terão por objetivo a formação acadêmica ou profissional decandidatos que hajam concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo, no limite das vagas pré-fixadas e na forma que dispuserem o Regimento Geral da UFSM e as disposições do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão.

O Regimento Geral da Universidade assim prevê nos seus artigos 98 a 101:

Art. 98 A Universidade promoverá o ingresso de candidatos aos cursos de graduação por meio de seus processos seletivos. Art. 99 A execução desses processos seletivos e das ações vinculadas a estes caberá à Comissão Permanente de Vestibular – COPERVES, à qual compete a elaboração da sistemática a ser adotada, com base na legislação vigente e em atos adicionais. Art. 100 O modelo de cada processo seletivo adotado ou a ser adotado será proposto pela COPERVES à Pró-Reitoria de Graduação, que o submeterá à aprovação do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – CEPE. Art. 101 A regulamentação dos processos seletivos será dada a conhecimento público mediante Edital.

Pelo acima exposto, impõe-se um juízo de legitimidade da regulamentação adotada pelo CEPE da UFSM, e da PROGRAD na fixação dos editais e demais formalidades do processo seletivo e que, ao seu entender, devam ser tomadas pelos candidatos por ocasião da inscrição, confirmação de vaga e matrícula.

Por sua vez, a sugestão de alteração de texto da resolução vigente busca esclarecer a exegese e o procedimento institucional, a fim de que não hajam dúvidas sobre sua aplicação de acordo com a realizada e possibilidades da instituição de ensino.

Nesse intento, nos termos da justificativa apresentada, foi exarada a Nota nº 0331/2019/PROJUR/PFUFISM/PGF/AGU (NUP 23081.028783/ 2019-

57) após consulta sobre a aplicação da Resolução nº 41/2016-UFSM, cabendo citar, no que interessa, o seguinte:

(...) 7. E a redação aprovada da Resolução nº 41/2016-UFSM veio a prever o ingresso mediante processo seletivo específico "por meio de vagas suplementares por curso", mas isso sem prejuízo da efetivação de prévia consulta e aprovação pelos Colegiados de Curso, observando-se o limite de 5% (cinco por cento) das vagas existentes. Nesse sentido, veja-se a redação do artigo 2º, §§ 1º, 7º e 8º, verbis: Art. 2º A Universidade Federal de Santa Maria viabilizará o ingresso como aluno ao portador de estado de refugiado ou imigrante em situação de vulnerabilidade, nos Cursos Técnicos, Tecnológico e de Graduação, por meio de vagas suplementares por curso no semestre letivo, que independerá do número de vagas ociosas.

§ 1º O ingresso na Universidade por parte do refugiado ou imigrante em condição de vulnerabilidade deverá ser facilitado mediante Processo Seletivo Específico de Análise de Documentação (Processo Seletivo do Programa de Acesso à Educação Técnica e Superior da UFSM para Refugiados e Imigrantes em situação de vulnerabilidade), levando em conta a situação desfavorável vivenciada pelos refugiados e migrantes. (...) § 7º Será possível a criação de até 5% de vagas considerando o número total de vagas de cada curso, o cômputo geral de vagas ociosas na instituição e a respectiva aprovação n Colegiado de Curso. §

8º Os Colegiados de Curso será consultados e será aberto, a cada ano, um Edital Geral Permanente para o Processo Seletivo do Programa de Acesso à Educação Técnica e Superior da UFSM para Refugiados e Imigrantes em situação de vulnerabilidade com as respectivas vagas, bem como com as orientações para inscrição no Processo Seletivo.

Na mesma senda, a Resolução nº 02/2018-UFSM, aos estabelecer as formas de ingresso nos curso de graduação e ações afirmativas da instituição, menciona expressamente o acesso previsto no processo seletivo específico da Resolução nº 41/2016-UFSM em seu artigo 5º, inciso V, prevendo, ainda, a necessidade de adoção de estratégias e ações conjuntas entre PROGRAD e PRAE para o acesso, permanência e diplomação dos estudantes (art. 10).

Destarte, sabendo-se que as normas internas da UFSM, elaboradas e aprovadas no exercício do primado da autonomia universitária e nos limites legalmente fixados, por certo devem ser observadas não apenas pelos administrados, mas também pelos gestores, isto é, pela Administração da UFSM, incluindo as respectivas pró-reitorias.

Todavia, não se pode olvidar das dificuldades relatadas pela PRAE,

especialmente diante do quadro de restrições financeiro-orçamentárias para manter e efetivar a assistência estudantil, geralmente muito demandada pelos estudantes que têm obtido o ingresso na forma da Resolução nº 41/2016-UFSM.

Assim, para que não haja alegação de descumprimento às próprias resoluções de seus conselhos superiores, nem malferimento ao princípio da autonomia universitária delegada aos colegiados dos cursos no caso específico da Resolução nº 41/2016-UFSM (artigo 2º, §§ 7º e 8º) quanto ao dimensionamento de sua própria capacidade de atendimento e da crescente demanda por acesso ao ensino de nível superior, tem-se como proporcional, razoável e necessária a fixação de vagas para seus cursos por aqueles colegiados, inclusive por decisão de eventual inexistência.

Por conseguinte, em atenção aos termos do artigo 2º, §§ 7º e 8º da resolução supracitada, recomenda-se que, previamente à abertura e divulgação do referido edital específico, sejam previamente consultados os Colegiados dos Cursos sobre a existência de vagas de ingresso para o fim almejado, podendo-se expor as dificuldades relatadas pela PRAE nessa oportunidade, para que somente então seja decidida pela elaboração e publicação do edital pela PROGRAD.

Isso decorre tanto do disposto no artigo 53, caput e inciso IV, e § 1º e inciso II, da Lei nº 9.394/1996, na dimensão da capacidade institucional com a manutenção de sua autonomia didática-científica e administrativa, como do próprio princípio constitucional da reserva do possível, pois a capacidade instalada para atendimento da demanda pelas instituições públicas não pode, como é cedido, extrapolar os limites dos recursos públicos disponibilizados.

Exatamente nesse diapasão, cabe citar o eminente jurista, atual ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Ferreira Mendes, ao dissertar sobre "Direitos fundamentais enquanto direitos a prestações positivas", verbis: "Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras

condicionantes, à reserva do financeiramente possível ("Vorbehalt des finanziell Möglichen"). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre "numerusclausus" de vagas nas Universidades ("numerus-clausus Entscheidung"), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "reserva do possível" ("*Vorbehalt des Möglichen*").

Esse Princípio da Reserva do Possível, ou Princípio da Reserva de Consistência, portanto, é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. No caso citado acima, entendeu a Suprema Corte Alemã que somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado desde que observados os limites de razoabilidade. Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

Enfim, a capacidade da UFSM, diante de suas limitações financeiro-orçamentárias, infraestruturais e funcionais, e, por conseguinte, sua autonomia, deve ser observada na exegese e na aplicação da Resolução nº 041/2016.

Ante o exposto, opina-se que, em atenção aos termos do artigo 2º, §§ 7º e 8º da Resolução nº 041/2016, anteriormente à confecção e abertura do edital específico nela previsto, sejam prévia e devidamente consultados os Colegiados dos Cursos sobre a existência de vagas de ingresso para o fim almejado, para que somente então seja elaborado e publicado o edital pela PROGRAD de acordo com o número de vagas disponíveis e de acordo com a capacidade institucional.

Essa é a orientação jurídica, salvo eventual entendimento da

conveniência e oportunidade de ser submetida ao Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) proposta de alteração dessa resolução. (...) (grifos no original). 17. São as considerações iniciais acerca da juridicidade da proposta.

#### *4.1.5 Universidade Federal de Roraima (UFRR)*

O Parecer N°: 041/2018/AGWPGF/PFE-UFRR fundamenta-se nos seguintes argumentos jurídicos: Nos termos do art. 131 da Constituição Federal, compete à Advocacia Geral representar a União judicial e extrajudicialmente por meio de atividades de consultoria e assessoramento do poder executivo. Ante o exposto, passo a opinar.

Em razão da Convenção Internacional de 1951, denominada "Estatuto do Refugiado", da qual o Brasil é signatário, editou-se a Lei 9.474/97, a qual define mecanismos para a implantação do referido Estatuto em território brasileiro. Vejamos o disposto nos arts. 1º, 2º e 3º, verbis:

SEÇÃO I Do Conceito Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

SEÇÃO II Da Extensão An. 2º Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

SEÇÃO III Da Exclusão An. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: I já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR; II - sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro.

A partir do conceito e limitações acima estabelecidos, a lei preceitua os

procedimentos a serem seguidos para o reconhecimento e absorção do refugiado em território brasileiro, concedendo-lhe documentação necessária ao exercício de direitos e deveres na Convenção Internacional.

Podemos observar o que se objetiva pela Convenção Internacional e pela Lei nº 9.474/97, que busca garantir condições mínimas de sobrevivência em território àqueles indivíduos que foram impedidos de prosseguir sua vida em seu país de origem, dando-lhe, para tanto, condições de integrar a sociedade civil e trabalhar para prover seu sustento. Nesse sentido, o artigo 44 da mesma Lei prevê que "... o ingresso em instituições acadêmicas de todos os níveis deverão ser facilitados, levando-se em consideração a situação desfavorável vivenciada pelos refugiados".

Desta forma, não obstante a legislação estimule um incentivo ou facilidade de acesso ao refugiado em instituições de ensino, não há qualquer detalhamento de como deverá ser o procedimento para o ingresso e permanência deste estudante na Universidade. Contudo, poderá ser alegado que tal posicionamento poderia vir a ferir o princípio da equidade de tratamento entre nacionais e estrangeiros. No entanto, entendemos que este posicionamento é plenamente justificável em vista da natureza do direito de refugiado e os princípios que o regem em razão da própria condição desfavorável que se encontra a refugiado.

Por seu turno, convém mencionar a existência de norma do Ministério da Educação para a revalidação de diploma, no que se refere à questão de refugiados, ou seja, a Resolução n. 01/2002, da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação que, ao disciplinar a revalidação de diplomas estrangeiros, assim dispôs, com relação aos pedidos formulados por refugiados:

Art. 4º O processo de revalidação será instaurado mediante requerimento do interessado, acompanhado de cópia do diploma ou certificado revalidado e instruído com documentos, referentes à instituição de origem, duração e cume curso conteúdo programático, bibliografia e histórico escolar do candidato, todos autenticados pela autoridade consular e acompanhados de tradução oficial.

Parágrafo Único. "Aos refugiados que não Possam exibir seus diálogos e currículos admitir-se-á o suprimento pelos meios de provas em".

Dessa forma, consideramos que, se de um lado, não se pode exigir do refugiado os mesmos documentos comprobatórios de escolaridade exigidos de outros candidatos que não se encontram na mesma situação de excepcionalidade, por cautela é conveniente que se comprove, ainda que por outros meios que candidato possui escolaridade mínima necessária ao ingresso em curso de nível superior. Neste ponto, a Resolução assegura em seu art. 4. § 1.. que será aceito como meio alternativo de comprovação inclusive mediante atestado fornecido pelo CONARE ou qualquer outro meio de equivalência do Ensino Médio.

No entanto, deve-se observar que esta possibilidade se trata de uma flexibilização para facilitar o seu ingresso, mas não deverá de forma alguma eximi-lo do dever de comprovação de escolaridade.

Ademais, quanto aos dispositivos da presente resolução do CEPE, feita sua análise, entende-se que não há ilegalidade dentre seus artigos.

## **5. Revalidação de Diploma**

Universidade Federal	Tipo de Revalidação
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)	A revalidação pela UFJF de diplomas obtidos no exterior está suspensa. O último edital é de 2015, onde não consta informação sobre refugiados.
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)	“Refugiados estrangeiros no Brasil que não puderem apresentar um ou mais documentos para a abertura do processo, deverão informar essa condição no momento da inscrição e efetuar o upload, na tela de documentação adicional, da digitalização de documento que ateste a condição de refugiado, emitido pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE).”
Universidade Federal de São João del-Rei (UFSJ)	<p style="text-align: center;">Não estão recebendo solicitações de revalidação e/ou reconhecimento de diplomas expedidos por instituições estrangeiras.</p> <p style="text-align: center;">A UFSJ <u>está reorganizando seus procedimentos</u>, os quais dependem de aprovação pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão.</p>
Universidade Federal de Viçosa (UFV)	O processo de revalidação de diplomas de GRADUAÇÃO da UFV está temporariamente suspenso para ajustes de questões legais e normativas relativas ao mesmo
Universidade Federal do Triângulo Mineiro (UFTM)	<p>Art. 6º Aos refugiados, que não possam exibir seus diplomas e currículos, admitir-se-á o suprimento por meio de realização de provas, em língua portuguesa, a serem definidas pela comissão de revalidação do curso, prevista no art. 8º.</p> <p>Art. 8º O processo, a análise e o julgamento da equivalência, para efeito de revalidação, serão realizados pela Comissão de revalidação do curso, devidamente designada e supervisionada pelo Pró-Reitor de Ensino, sendo composta por pelo menos 3 (três) docentes da Instituição e ou de outros estabelecimentos, que tenham a qualificação compatível com a área de conhecimento e com a habilitação a ser revalidada.</p>



<p>Universidade Federal da Fronteira do Sul (UFFS)</p>	<p>§3º Refugiados estrangeiros no Brasil, migrantes indocumentados e outros casos justificados e instruídos por legislação, que não estejam de posse da documentação requerida no artigo 5º desta Resolução, poderão ser submetidos à prova de conhecimentos, conteúdos e habilidades relativas ao curso completo, na forma do artigo 33 (trinta e três) desta Resolução, como condição exclusiva de avaliação destinada ao processo de revalidação.</p> <p>§4º Para fins do disposto no parágrafo anterior, o requerente deverá comprovar sua situação de refugiado por meio de documentação específica conforme normas brasileiras, anexando ao processo a documentação comprobatória dessa condição, emitida pelo Conselho Nacional de Refugiados do Ministério da Justiça (CONARE – MJ).</p> <p>Art. 12. Fica isento de pagamento de taxa o migrante haitiano, na condição de refugiado, que apresentar documentação do CONARE – MJ comprovando essa situação e justificar, mediante produção de declaração por escrito, que não possui condições financeiras para pagamento da taxa.</p>
<p>Universidade Federal do Piauí (UFPI)</p>	<p>§4º Aos refugiados que não possam exibir seus diplomas e currículos é possibilitado o suprimento destas pelas provas em Direito permitidas.</p>
<p>Universidade Federal do ABC (UFABC)</p>	<p>Resolução CANOA nº 004 - Aprova a isenção no pagamento das taxas de revalidação e reconhecimento de diplomas estrangeiros para refugiados</p> <p><a href="https://www.ufabc.edu.br/images/consuni/canoa/resolucoes/resolucao_canoa_004_-_aprova_a_isencao_no_pagamento_das_taxas_de_revalidacao_e_reconhecimento_de_diplomas_estrangeiros_para_refugiadospdf.pdf">https://www.ufabc.edu.br/images/consuni/canoa/resolucoes/resolucao_canoa_004_-_aprova_a_isencao_no_pagamento_das_taxas_de_revalidacao_e_reconhecimento_de_diplomas_estrangeiros_para_refugiadospdf.pdf</a></p>
<p>Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)</p>	<p>Art. 14. Refugiados estrangeiros no Brasil, que não estejam de posse da documentação requerida para a revalidação e outros casos justificados e instruídos por legislação ou norma específica, poderão ser submetidos a prova de conhecimentos, conteúdos e habilidades relativas ao curso completo, como forma exclusiva de avaliação destinada ao processo de revalidação. Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, o requerente deverá comprovar sua condição de refugiado por meio de documentação específica, conforme normas brasileiras, anexando ao processo a documentação comprobatória dessa condição, emitida pelo Conselho Nacional de Refugiados do Ministério da Justiça - CONARE-MJ.</p> <p>Art. 29. Refugiados estrangeiros no Brasil, que não estejam de posse da documentação requerida para a revalidação e outros casos justificados e instruídos por legislação ou norma específica, poderão ser submetidos a avaliação de conhecimentos, conteúdos e habilidades relativas ao curso completo, como forma exclusiva de avaliação destinada ao processo de reconhecimento.</p>

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ)	Serviço temporariamente suspenso para adequação à nova legislação.
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)	Revalidação de diploma está suspensa
Universidade Federal Fluminense (UFF)	§ 4º Solicitantes de refúgio e refugiados mediante apresentação de declaração de hipossuficiência econômica declarada pelo solicitante ou por seu representante legal, e portadores de visto humanitário como integrantes de grupos vulneráveis ficarão isentos do pagamento de eventuais taxas.
Universidade Federal do Paraná (UFPR)	§ 3º Refugiados estrangeiros no Brasil que não estejam de posse da documentação requerida para a revalidação, nos termos desta Resolução, migrantes indocumentados e outros casos justificados e instruídos por legislação ou norma específica, poderão ser submetidos à prova de conhecimentos, conteúdos e habilidades relativas ao curso completo, como forma exclusiva de avaliação destinada ao processo de revalidação. Não possui isenção de taxa.
Universidade Federal do Recôncavo da Bahia (UFRB)	Art. 4º Aos refugiados estrangeiros no Brasil, migrantes indocumentados e outros casos justificados e instruídos por legislação ou norma específica, que não possam apresentar os seus diplomas, currículos, históricos ou outros documentos exigidos, será permitido o suprimento por meio de prova de conhecimentos, conteúdos e habilidades relativas ao curso completo, como forma exclusiva de avaliação destinada ao processo de revalidação ou de reconhecimento de título. §1º. Para fins do disposto no caput deste artigo, o requerente deverá comprovar sua condição de refugiado por meio de documentação específica, conforme normas brasileiras, anexando ao processo a documentação comprobatória dessa condição, emitida pelo Conselho Nacional de Refugiados do Ministério da Justiça (CONARE-MJ).
Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA)	§3º Aos refugiados que não possam exibir seus diplomas e currículos é possibilitado o suprimento destes pelas provas em Direito permitidas.
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESPA)	A Pró-Reitoria de Graduação informa que estão suspensas todas as Revalidações de Diplomas.

Universidade Federal de Sergipe (UFS)	A§ 3º Refugiados estrangeiros no Brasil que não estejam de posse da documentação requerida para a revalidação, nos termos desta Resolução, migrantes indocumentados e outros casos justificados e instruídos por legislação ou norma específica, poderão ser submetidos à prova de conhecimentos, conteúdos e habilidades relativas ao curso completo, como forma exclusiva de avaliação destinada ao processo de revalidação conselho nacional de educação câmara de educação superior Resolução nº 3, de 22 de junho de 2016
Resolução nº 3, de 22 de junho de 2016	§ 8º Os solicitantes de refúgio, refugiados e apátridas, domiciliados na Região do Cariri Cearense, são dispensados do pagamento de quaisquer das taxas de que trata esta resolução.
Universidade Federal do Ceará (UFC)	§ 4º Aos refugiados que não possam exibir a documentação solicitada, admitir-se-á o suprimento pelos meios de prova em direito permitidos. Resolução Nº 01/cepe, de 27 de janeiro de 2017.
Universidade Federal do Amazonas (UFAM)	<p>Art. 14 - Refugiados estrangeiros no Brasil, que não estejam de posse da documentação requerida para a revalidação e outros casos justificados e instruídos por legislação ou norma específica, poderão ser submetidos a prova de conhecimentos, conteúdos e habilidades relativas ao curso completo, como forma exclusiva de avaliação destinada ao processo de revalidação.</p> <p>Parágrafo único - Para fins do disposto neste artigo, o requerente deverá comprovar sua condição de refugiado por meio de documentação específica, conforme normas brasileiras, anexando ao processo a documentação comprobatória dessa condição, emitida pelo Conselho Nacional de Refugiados do Ministério da Justiça - CONAREMJ.</p> <p>1º_ estabelecer que para a obtenção da isenção do pagamento das taxas necessárias à tramitação dos processos de revalidação e de reconhecimento de diplomas obtidos em instituições estrangeiras, deverá o requerente comprovar as condições seguintes: I - Estar inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, se brasileiro nato ou estrangeiro naturalizado brasileiro; 11- Encontrar-se na condição de refugiado, se estrangeiro. Portaria Nº 2685/2018.</p>

## 6. Vagas para refugiados em Pós-Graduação

Algumas faculdades federais possuem vagas específicas para refugiados. Abaixo estão listadas as faculdades e os cursos que foi possível encontrar informações:

<b>Universidade Federal</b>	<b>Editais/ Resoluções/ Portarias</b>	<b>Cursos</b>
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)	EDITAL Nº 418/2019 - mestrado EDITAL Nº 417/2019 - doutorado	Programas específicos: Programa EICOS – Pós-Graduação em Psicossociologia de Comunidade e Ecologia Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) oferecerá vagas para refugiados nas turmas de Mestrado e Doutorado de 2020/1. São 3 linhas de pesquisa: Linha 1: Ecologia Social, Comunidades e Sustentabilidade; Linha 2: Psicossociologia Crítica, Comunidades e Redes Linha 3: Psicossociologia da Saúde e Comunidades
Universidade Federal da Integração Latina Americana (UNILA)	EDITAL 03/2020 – PPGRI	Relações Internacionais (MESTRADO)
Universidade Federal do Paraná (UFPR)	RESOLUÇÃO Nº 05/2015-PPGD/UFPR	Direito: 5 (cinco) vagas para refugiados e portadores de visto humanitário. (MESTRADO E DOUTORADO)
Universidade federal do Amapá (UNIFAP)	EDITAL N.º 02/2019	Estudos de Fronteira (MESTRADO)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)	PORTARIA Nº 6.478, de 10/09/2014	Cabe a todos os cursos
Universidade Federal de Brasília (UNB)	EDITAL PPGA Nº. 03/2019	Administração (MESTRADO E DOUTORADO)
Universidade Federal do Acre (UFAC)	EDITAL PROPEG Nº 18/2017	Ciência Florestal (MESTRADO)

Relatório recebido em: 08/02/2023.

Aceito para publicação em: 04/07/2023.

## III 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 ‘III Jornada de Pesquisa CDEA: superendividamento e proteção do consumidor’, realizado entre os dias 28 de junho de 2022 até 1 de julho de 2022, 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 A proteção do consumidor em caso de lucro da intervenção: os desafios e as possibilidades<sup>1</sup>**

O lucro da intervenção, instituto pouco debatido sob a perspectiva do Direito do Consumidor, consiste em obter vantagem patrimonial de bens ou de direitos de outro mediante a exploração econômica. Por esse ângulo, e com conexão à vedação ao enriquecimento sem causa, o instituto é observado, por exemplo, em situações nas quais instituições bancárias obtêm lucro por meio da utilização do dinheiro originário de contratos de empréstimo com cláusulas abusivas, quer dizer, do capital proveniente de contratos firmados com a incidência de juros exorbitantes. Precisamente, o presente trabalho está centrado na problemática da existência, no direito brasileiro, de ferramentas para impedir o enriquecimento indevido obtido em decorrência

---

<sup>1</sup> Trabalho apresentado por *Mariana Nunes de Oliveira* (UFF; ORCID 0000-0001-5873-8049) e *Lúcia Souza d’Aquino* (UFF; ORCID 0000-0002-0838-3566).

do lucro da intervenção. Há de se falar em vantagem indevida em atenção aos preceitos da vulnerabilidade do consumidor e da sustentação de que a instituição conquista o lucro em prejuízo do direito de terceiro diante da natureza jurídica retroativa (extunc) da ação revisional. Dessa forma, tem-se como objetivo geral discutir a possibilidade de reconhecimento do enriquecimento sem causa e, posteriormente, a viabilidade da devolução destes valores (lucro da intervenção) e, como objetivos específicos, a discussão sobre a origem do lucro da intervenção, o seu enquadramento no ordenamento jurídico e as formas de proteção do consumidor, em um evidente diálogo entre as normas do ordenamento jurídico. Para atingir mencionado objetivo, utiliza-se da metodologia dedutiva, partindo-se dos conceitos gerais pertinentes para o caso específico da identificação e do combate ao lucro decorrente de enriquecimento sem causa do fornecedor. A pesquisa encontra-se em fase de coleta de dados apropriados ao propósito da compreensão do instituto do lucro da intervenção, do distanciamento deste da responsabilidade civil, da jurisprudência nacional para a caracterização do valor relativo a taxas de juros abusivas e, ainda, da análise da doutrina e da jurisprudência brasileira a fim de identificar os caminhos previstos para impossibilitar o enriquecimento ilícito. Até o momento, os resultados apontam para a ausência de positivação de uma solução no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Lucro da intervenção; Direito do consumidor; Juros abusivos; Cláusulas abusivas.

## Referências

FAJNGOLD, Leonardo; SALGADO, Bernardo; GUERCHON, Dan. Lucro da intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 163-189, jul./set. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/470>. Acesso em: 15 jun. 2022.

PERES, Pedro Quintaes. A exclusão do lucro ilícito do patrimônio do lesante: uma análise do lucro da intervenção nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. *Julgar Online*, s.l., dez. 2019. Disponível em: [www.julgar.pt](http://www.julgar.pt). Acesso em: 15 jun. 2022.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.7815>.

SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *civilistica.com*, v. 5, n. 2, p. 1-25, 29 dez. 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/627>. Acesso em: 15 jun. 2022.

SILVA, Sabrina Jiukoski da. Considerações sobre o lucro da intervenção: uma análise a partir do caso da atriz Giovanna Antonelli (STJ, REsp. 1698701/RJ). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, n. 45, p. 213-246, abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.108856>.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 29, p. 281-305, jul./set. 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/771>. Acesso em: 15 jun. 2022.

## 1.2 A proibição da arbitragem on-line nos litígios de consumo envolvendo comércio eletrônico<sup>2</sup>

Definimos como problema de pesquisa analisar a possibilidade de utilização da arbitragem on-line como forma de solução de conflitos de consumo. Como objetivo geral propomos estudar os limites da arbitragem para a solução de conflitos de consumo, especialmente na modalidade on-line com relação ao comércio eletrônico. Assim, desenvolvemos a pesquisa pelo método dedutivo por meio de pesquisa documental e bibliográfica consistente na análise da legislação pertinente ao assunto com amparo em autores que são referência no tema. Logo interessa ao presente estudo a análise da cláusula compromissória, que é a instituição da arbitragem como forma de solução de litígios futuros decorrentes de um contrato e portanto influencia diretamente no acesso à Justiça. Assim, quanto à arbitragem o art. 51, VII do CDC fulmina de nulidade as cláusulas contratuais que obriguem à sua utilização compulsória, a Lei 9307/96 autoriza a sua utilização em contratos de adesão mediante expressa concordância das partes e o PL 3514 estabelece

---

<sup>2</sup>Trabalho apresentado por *Julia Fátima Gonçalves Torres* (UFPEL ;ORCID 0000-0001-6771-5922).

a nulidade das cláusulas de eleição de arbitragem celebradas por consumidor (art. 101, § 1º). As Diretrizes da UNU estabelecem a necessidade de igual proteção ao consumidor no comércio eletrônico (MARQUES; MIRAGEM, 2021). Os ODR's são regidos por 4 princípios fundamentais: transparência, independência, expertise e consentimento das partes e quanto à arbitragem on-line, constitui em meio de solução de disputas por decisão de um terceiro (MIRAGEM, 2021) com procedimento realizado em ambiente virtual. O tema ganha especial importância no comércio eletrônico envolvendo contratos internacionais na medida em que a Lei 9307/96 permite a eleição do sistema legal aplicável à arbitragem, o que pode levar a um julgamento baseado em princípios e critérios subjetivos de um árbitro remunerado pelo fornecedor, sendo que a experiência estrangeira demonstra o uso abusivo da arbitragem nas relações de consumo (MARQUES, 2016). Nessa linha, a jurisprudência brasileira tem considerado abusiva a cláusula de arbitragem especialmente nos contratos de adesão (MARQUES, 2019). Assim, revela-se inadequada a utilização da arbitragem nos litígios de consumo considerando-se a importância da intervenção do Estado para limitar a autonomia das partes em razão da vulnerabilidade do consumidor e a indisponibilidade de seus direitos (MIRAGEM, 2016). Portanto, o estudo sinaliza a inadequação da cláusula compromissória de arbitragem nas relações de consumo notadamente na modalidade on-line, na qual a vulnerabilidade do consumidor pode ser agravada por fatores como desconhecimento técnico e dificuldades no acesso à internet. Neste sentido se mostra de fundamental importância a aprovação do PL 3514 o qual proíbe a utilização da cláusula de eleição de arbitragem nas relações de consumo, evitando assim o risco de excluir do acesso a uma ordem jurídica justa exatamente as pessoas que mais precisam de apoio do Estado.

**Palavras-chave:**arbitragem on-line; cláusula compromissória; consumidor; vulnerabilidade digital; PL 3.514/15.



## Referências

- BRASIL. Lei n. 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/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em 15 jun. 2022.
- BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)>. Acesso em 15 jun. 2022.
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei n. 3.514, de 4 de novembro de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico [...]. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>>. Acesso em 13 jun. 2022.
- MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao artigo 51. In: MARQUES, Claudia Lima.; BENJAMIN, Antonio Herman Benjamin; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 1310-1469.
- MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. “Serviços simbióticos” do consumo digital e o PL 3.514/2015 de atualização do CDC: primeiras reflexões. In: MARQUES, Claudia Lima et al. Contratos de serviços em tempos digitais. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. capítulo 10.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima et al. Contratos de serviços em tempos digitais. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. capítulo 8.

### 1.3 A (im)possibilidade de transmutação da hipótese da decisão C-434/15 do Tribunal de Justiça da União Europeia ao direito brasileiro: a configuração das relações de consumo a partir do diálogo de fontes explícito<sup>3</sup>

A ideia de economia do compartilhamento, então oriunda da alteração de paradigmas econômicos, sobretudo pelo avanço da tecnologia, trouxe novo modo de pensar quanto à utilização de bens e serviços. A partir dela alterou-se a forma de fornecer e cobrar serviços e mesmo a comercialização de bens diversos, e, com isso, a regulação de tais atividades passou também a ser

---

<sup>3</sup> Trabalho apresentado por *Amanda Donadello Martins* (PUCRS; ORCID 0000-0002-5226-0440).

repensada. Nessa nova dinâmica, o enquadramento jurídico de tais relações passou a ser questionado: se se estaria diante de serviço de informação, pelo advento da internet, ou se se estaria diante do serviço final pretendido, quer fosse ele o de transporte, compra e venda, entre outros. Em busca de solução a isso, o Tribunal de Justiça da União Europeia prolatou a decisão n. C-434/15, na qual analisou o modelo negocial da empresa Uber Spain e estabeleceu que se amoldaria ao serviço de transportes, atraindo a responsabilidade do transportador, e não à natureza de serviço de informação ou tecnologia. No direito brasileiro, a decisão suscitou questionamentos, notadamente, no que concerne à possibilidade de sua aplicação. Assim, o problema que a pesquisa visa a enfrentar é: é possível transmutar a hipótese da decisão C-434/15 ao direito brasileiro? A classificação dos serviços como de informação ou tecnologia afastaria a aplicação do Código de Defesa do Consumidor? O objetivo geral do trabalho, portanto, é investigar acerca da possibilidade de transmutação da hipótese da decisão C-434/15 ao direito brasileiro, especialmente no que concerne à sua conformação pela teoria do diálogo das fontes. Os objetivos específicos, ainda, residem na análise do texto legal, bem como da doutrina e jurisprudência. 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 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:** economia do compartilhamento; relações de consumo; diálogo das fontes; fornecedor gatekeeper.

## Referências

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito a coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1º ed. 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Directiva 98/34/CE de 22 de junho de 1998 relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31998L0034>. Acesso em: 29 jan. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Directiva 2000/31 de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>. Acesso em: 29 jan. 2022.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O destinatário final e o consumidor intermediário. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 74, São Paulo, 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; BUBLITZ, Michelle Dias. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante indústria 4.0 e a economia colaborativa. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 62-81, jul./dez. 2017.

PASSINHAS, Sandra. Collaborative economy in Portugal: The case for passenger transport and short-term accommodation, in VÁZQUES, José Manuel Carril; PÉREZ, Rafael García; SUÁREZ, Marcos López. *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*, Navarra, 2019.

PÉREZ, Araya Alicia Estancona, La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de Diciembre de 2017: (caso Uber) y su influencia en la iniciativa legislativa portuguesa. *Estudos de Direito do Consumidor* nº 14, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Processo nº C-434-15, julgado em 20 dezembro. 2017.

#### **1.4 a proteção dos consumidores com deficiência: potencialidades e limitações a partir do projeto de lei do senado nº 5.627/2019<sup>4</sup>**

O problema de pesquisa consiste na necessidade de proteção das pessoas com deficiência consumidoras, e sua posição enquanto consumidores hipervulneráveis, no que pertine à garantia de sua acessibilidade para a prática de atos de consumo, bem como na indispensável consideração acerca das alterações propostas no PLS 5.627/2019 a partir da perspectiva

---

<sup>4</sup> Trabalho apresentado por *Douglas Roberto Winkel Santin* (UFPel; ORCID 0000-0002-4420-6225).

consumerista, bem sua contribuição para a promoção da proteção desses consumidores. As pessoas com deficiência enfrentam uma série de barreiras para realizar autonomamente atos de consumo (SILVA, 2022), sendo o avanço da acessibilidade em seus diversos aspectos uma das componentes mais importantes para que este grupo possa exercer com plenitude sua posição de consumidor de produtos e serviços. Nesse aspecto, foi aprovado no Senado Federal o Projeto de Lei nº 5.627/2019, de autoria do Senador Flávio Arns e relatoria do Senador Paulo Paim, o qual pretende alterar a Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileiro de Inclusão da Pessoa com Deficiência) para determinar aos fornecedores de produtos e serviços que disponibilizem formas acessíveis e seguras de pagamento às pessoas com deficiência. O objetivo da pesquisa é analisar as alterações propostas no projeto de lei e estabelecer tanto suas potencialidades quanto seus limites para a proteção da pessoa com deficiência consumidora, sempre tendo como referencial a posição desses consumidores enquanto hipervulneráveis e a necessidade de incremento de sua proteção. A metodologia adotada (BERTOLDI; OLIVEIRA, 2022) é de caráter indutivo analisando as alterações propostas no projeto de lei para daí estabelecer conclusões gerais acerca de suas potencialidades e limites relativamente à proteção das pessoas com deficiência consumidoras. As técnicas de pesquisa utilizadas concentram-se nas técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, envolvendo tanto a análise direta do projeto de lei quanto o estabelecimento de ponderações a partir da doutrina especializada. O estágio da investigação em curso é ainda inicial, tendo sido identificado o contexto fático subjacente (necessidade de acessibilidade das pessoas com deficiência no contexto de consumo) bem como a existência de proposição legislativa a ele endereçado. Outrossim já foi realizado o levantamento bibliográfico quanto a conceitos operacionais indispensáveis, tais como: relação jurídica de consumo (AZEVEDO, 2009; MIRAGEM, 2019) e hipervulnerabilidade da pessoa com deficiência consumidora (MARQUES, 2012; MIRAGEM, 2019; NISHIYAMA, 2016).

**Palavras-chave:** proteção do consumidor; pessoa com deficiência; acessibilidade; Projeto de Lei do Senado nº 5.627/2019.

## Referências

AZEVEDO, Fernando Costa de. Um introdução ao direito brasileiro do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, vol.69, p.32-86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar. Manual Metodológico para o Projeto de Pesquisa no Direito. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/10/Manual-Projeto-de-Pesquisa-vers%C3%A3o-final.pdf> Acesso em: 15 jun. 2022

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 5567, de 23 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139532>. Acesso em: 8 jun. 2022

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor, 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo. Curitiba: Juruá, 2016.

SILVA, Clodoaldo. Consumidor com deficiência ainda é esquecido pelo mercado. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/colunas/clodoaldo-silva/2021/09/16/consumidor-com-deficiencia-ainda-e-esquecido-pelo-mercado.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 17 jun. 2022.

### 1.5 A proteção do consumidor nos contratos internacionais: uma análise das potencialidades e limites dos artigos 9º-A e 9º-B do Projeto de Lei nº 1038/2020<sup>5</sup>

Trata-se de pesquisa que tem por objetivo analisar as alterações constantes do Projeto de Lei (PL) nº 1038 de 2020, mais especificamente de seus artigos 9º-A e 9º-B, a partir da perspectiva de proteção do consumidor. A relação jurídica de consumo, conforme se extrai dos artigos 2º e 3º da Lei 8.078/1990, consiste naquela estabelecida entre o consumidor – pessoa que realiza, na condição de destinatário final, um ato de consumo – relativamente a um objeto – que é o produto ou serviço – que lhe é prestado por um fornecedor (AZEVEDO, 2009). Hoje a internacionalização das

---

<sup>5</sup> Trabalho apresentado por *Douglas Roberto Winkel Santin* (UFPEL; ORCID 0000-0002-4420-6225) e *Miguel Sávio Ávila da Rocha* (UFPEL; ORCID 0000-0002-4014-9286).

relações de consumo – com o estabelecimento de relações jurídicas de consumo plurilocalizadas –, em especial as celebradas à distância por intermédio da internet, massificou-se e alcançou o cotidiano do consumidor (MIRAGEM, 2019; JAEGER JUNIOR, 2022; RAMOS, 2015). Aliás, a proteção do consumidor é uma preocupação de caráter internacional desde o final do século XX, notadamente a partir das United Nations guidelines for consumer protection (2022). As normas do direito brasileiro, porém, apresentam defasagem no que refere à proteção do consumidor na relação jurídica internacional de consumo (em perspectivas material e processual). Também deve-se atentar para o disposto no artigo 7º da Lei 8.078/1990, bem como para a temática da solidariedade dos danos infligidos (FILOMENO, 2019). Nesse contexto tramitam no Congresso Nacional diferentes projetos de lei com o escopo de oferecer uma solução ao tema e conferir maior segurança aos consumidores, bem como efetividade na proteção de seus direitos, podendo-se citar: o PLC nº 3514/2015, o PLC nº 6533/2016 e o PLS nº 1038/2020. Dentre eles, destaca-se esse último que busca a inserção dos artigos 9º-A e 9º-B na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para fins de regular a proteção dos consumidores nos contratos internacionais de consumo. O problema de pesquisa encontra-se justamente na constatação da insuficiência das normas do ordenamento jurídico pátrio que regulam o direito aplicável e a jurisdição incidente sobre as relações jurídicas internacionais de consumo, assim como as consequentes fragilidades verificadas na proteção desses consumidores, e os possíveis impactos representados pelo PLS nº 1038/2020. O método adotado é o indutivo, com abordagens de pesquisa bibliográfica e documental. Trata-se de pesquisa em estágio inicial, tendo sido estabelecidos os marcos doutrinários e normativos indispensáveis ao desenvolvimento do tema.

**Palavras-chave:** proteção do consumidor; contratos internacionais de consumo; relação internacional de consumo; direito material; Projeto de Lei do Senado nº 1038/2020.

## Referências

- AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma Introdução ao Direito Brasileiro do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, vol. 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.514, de 04 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em: 15 jan. 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.533, de 23 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2118045>. Acesso em: 15 jun. 2022.
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1.038, de 12 de março de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141234>. Acesso em: 15 jun. 2022
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; JUNIOR, Nelson Nery; e DENARI, Zelmo (Orgs.). vol. Único. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- JAEGER JUNIOR, Augusto; BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Jurisdição internacional e tutela processual do consumidor: foro do domicílio do autor como critério de jurisdição protetora. Revista de Direito do Consumidor, vol. 11, ano 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MARQUES, Claudia Lima. Proteção do Consumidor no âmbito do comércio eletrônico. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n.23. Porto Alegre: UFRGS, 2003.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ONU. United Nations guidelines for consumer protection. Disponível em: [https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_en.pdf). Acesso em 15 jun. 2022
- RAMOS, André de Carvalho. Jurisdição internacional sobre relações de consumo no novo Código de Processo Civil: avanços e desafios. Revista de Direito do Consumidor, vol. 100, ano 24. p. 473-499. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

### 1.6 Publicidade voltada ao público infantil: uma análise crítica do discurso no projeto de lei nº 4.815/2009<sup>6</sup>

A publicidade direcionada às crianças é cada vez mais intensa e agressiva e tem como objetivo despertar no público infantil o desejo de consumir cada vez mais cedo (MARTINS, 2015). Os consumidores infantis

---

<sup>6</sup> Trabalho apresentado por *Elenice Rolemberg Santos* (UFPEL; ORCID 0000-0003-2860-8678) e *Fabiana Prietos Peres* (UFPE; ORCID 0000-0002-2610-0662).

conseguem influenciar cerca de 80% das compras realizadas pelo núcleo familiar, o que coloca em risco o controle financeiro familiar, uma vez que sua relação com o consumo afeta diretamente a todos os responsáveis (AZEVEDO, 2018). Independente da forma da publicidade, a fragilidade do núcleo familiar acontece e isso impacta negativamente na vida das crianças, dado que o risco de obesidade infantil se torna uma realidade, junto aos distúrbios emocionais, ansiedade, depressão e superendividamento (D'AQUINO, 2016). Ciente dos riscos oferecidos para a saúde das crianças, em virtude do crescimento do consumo infantil induzido pela publicidade dirigida para esses indivíduos, a comissão de seguridade social e família propôs o projeto de lei nº 4.815, de 2009, a fim de reforçar o entendimento de uma alimentação infantil mais saudável, reduzindo assim, o consumo excessivo (BRASIL, 2009). Assim, o problema da presente pesquisa consiste em verificar: em qual medida a vulnerabilidade da criança consumidora é retratada no projeto de lei nº 4.815? O objetivo da presente pesquisa é verificar, por meio da análise crítica do discurso jurídico, quais os sinais de ideologia de proteção à criança ou da preservação do mercado estão presentes no projeto de lei nº 4.815/2009. Quanto à metodologia, como técnicas de pesquisa, na primeira fase da pesquisa, será realizada revisão de literatura, a fim de detalhar o estado da arte referente a proteção da criança frente ao mercado publicitário. O levantamento bibliográfico está sendo realizado junto aos bancos de dados, prioritariamente, no Google Acadêmico. O método de análise crítica do discurso também será empregado para o desenvolvimento do estudo, uma vez que através da aplicação dos modos gerais da operação da ideologia: legitimação, dissimulação, unificação, fragmentação e ratificação (RAMALHO; RESENDE, 2011), será possível a análise do discurso presente no relatório da comissão referente ao projeto de lei nº 4.815, de 2009, a fim de demonstrar ideologias presentes no discurso legislativo. O estudo está em fase de levantamento bibliográfico e análise do projeto de lei para aplicação do método da análise crítica do discurso.



**Palavras-chave:** publicidade infantil; núcleo familiar; saúde infantil; análise crítica do discurso.

## Referências

AZEVEDO, Fernando Costa de. O núcleo como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, vol. 123, ano 28, p. 17-25, maio-jun. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.815, de 2009. Veda a comercialização de brinquedos acompanhados de lanches. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node017tdbfy9uv7ayqkqli4cwavd219774564.node0?codteor=2087552&filename=Parecer-CSSF-07-10-2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node017tdbfy9uv7ayqkqli4cwavd219774564.node0?codteor=2087552&filename=Parecer-CSSF-07-10-2021). Acesso em: 19 de jun. 2022.

D'AQUINO, Lúcia Souza. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, vol. 106, p. 89-131, jul.– ago., 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, vol. 102, p. 297-320, nov.-dez., 2015.

RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane de Melo. Análise de discurso (para a) crítica: o texto como material de pesquisa. vol. 1, Campinas, SP: Pontes Editores, 2011.

### 1.7 A dúvida contratual e a interpretação mais favorável ao consumidor<sup>7</sup>

Interpretação contratual é o ato que as partes, ao analisar o conteúdo do negócio jurídico, no ato de sua formação, pode não ter restado claro no sentido original do texto. Nesse sentido, o ato de interpretar, também é a ação de complementar, eis que parte do pressuposto de que o texto original, como tratado pelos contratantes, não foi suficiente para dispor a respeito de todos os direitos/deveres inerentes ao contrato. Assim, pela interpretação contratual complementar, estabelece-se o real sentido que se busca conferir ao instrumento pactuado, definindo a percepção final a ser seguida pelos interessados na sua execução. É atento a essa necessidade, e ciente de que a dúvida interpretativa é inerente à relação contratual, que o legislador pátrio estabeleceu, no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que a

---

<sup>7</sup>Trabalho apresentado por *Lucas Funghetto Lazzaretti* (PUC/RS; ORCID 0000-0002-1969-8897) e *Igor Schroder Sliwka* (UFRGS; ORCID 0000-0003-3520-3556).

interpretação contratual tenderá para a parte mais desfavorecida na relação, o consumidor. Isso é, a partir da dúvida na cláusula contratada, o intérprete, a partir da aplicação de demais direitos e deveres inerentes aos consumidores em geral, traça a interpretação a ser aplicada para a cláusula. Esse artigo, todavia, vem sendo utilizado como forma de afastar disposições contratuais não decorrentes de uma dúvida interpretativa, mas sim como forma de afastar quaisquer cláusulas desvantajosas ao consumidor. O problema desta pesquisa, portanto, pode ser assim sumarizado: é possível a utilização do artigo 47, do referido código legal, para, aplicando a boa-fé e deveres contratuais, interpretar o objeto do contrato para afastar cláusulas nele dispostas? A hipótese é de que não é possível tal aplicação, sendo que os institutos destinados a afastar aplicação de cláusulas são outros que não a interpretação contratual. A metodologia utilizada a ser utilizada é a dedutiva, como forma de analisar a aplicação dos conceitos a partir de seu sentido original e sua finalidade quando estabelecidos. Assim, abordar-se-á os conceitos pela dialética, para entender as contraposições racionais à aplicação do conceito e, assim, analisar a assertividade da hipótese. O resultado preliminar desta pesquisa aponta que o artigo 47 do código consumerista está sendo utilizado de forma a anular cláusulas que não se mostram dúbias, e deveriam ter sua validade reconhecida.

**Palavras-chave:** interpretação mais favorável; dúvida contratual; interpretação complementadora.

## Referências

- ALVIM, Pedro. O Contrato de Seguro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- GRINOVER, Ada Pelegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, NERY JÚNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V.; e MIRAGEM. Comentários ao código de defesa do consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Contratos e Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHMITT, CRISTIANO HEINECK. Consumidores Hipervulneráveis. A proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

## ***Grupo de Trabalho II - Superendividamento***

### **2.1 A aplicação da lei 14.181/21 ao microempreendedor individual – MEI<sup>8</sup>**

A lei 14.181/21, conhecida como Lei do Superendividamento estabeleceu a o tratamento e proteção da pessoa natural. É possível, contudo, que a aplicação da legislação possa se estender aos micros empreendedores individuais - MEI? O objetivo da pesquisa é identificar a possibilidade ou não, da aplicação da lei do superendividamento aos micro empreendedores individuais, a partir de uma interpretação sistemática, tendo como enfoque a proteção do mínimo existencial desta categoria e de acordo com a teoria do finalismo aprofundado, a qual tem por objeto ampliar o conceito de consumidor estabelecido pelo CDC. O estágio da investigação é inicial, atualmente, encontra-se na revisão bibliográfica de doutrina e jurisprudências que possam servir ao objeto da pesquisa.

**Palavras-chave:** superendividamento; mei; diálogo das fontes.

## **Referências**

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 6<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. Vol. 1. 21<sup>a</sup> ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

---

<sup>8</sup> Trabalho apresentado por *Gabriel Fraga Hamester* (PUCRS; ORCID 0000-0001-5137-4289).

OLIVEIRA, Julio Moraes. consumidor-empresário: a defesa do finalismo mitigado. Belo Horizonte: Di plácido, 2021.

MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno (orgs.) Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e a aplicação das normas no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

## 2.2 A necessidade de educar financeiramente a sociedade para a eficácia da Lei do Superendividamento<sup>9</sup>

O presente trabalho é resultado de pesquisas realizadas junto ao Grupo de Estudos sobre “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental” do projeto vinculado ao Grupo de Pesquisa Tutelas a Efetivação de Direitos Transindividuais junto à Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, sob a Coordenação da profa. Dra. Cristina Stringari Pasqual. A presente pesquisa tem como problema verificar quais medidas podem ser realizadas, principalmente, em âmbito das renegociações financeiras para fomentar ações voltadas à educação financeira nas fases de prevenção e tratamento do superendividamento. Diante do exponencial crescimento de superendividados, o legislador Brasileiro formulou a Lei n.º 14.181, de 01 de julho de 2021, com o objetivo de proteger o consumidor e reduzir essa situação. A Lei, no artigo 4.º, inciso IX, acrescentou o princípio do fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores, bem como a inclusão no artigo 6.º, inciso XI, do direito a garantia práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida. Assim, a Lei de Superendividamento tem como pontos a busca pela educação do consumidor. Esse direito social vem como uma medida de fortalecer a eficácia e objetivos trazidos pela Lei de Superendividamento. O artigo 54-A, corrobora o entendimento de que a

---

<sup>9</sup> Trabalho apresentado por *Larissa Oliveira Palagi de Souza* (FMP ;ORCID 0000-0002-8236-5817).

lei buscou a educação como uma forma de prevenção ao superendividamento das pessoas. Nesse contexto, o artigo 104-C, § 1.º traz a educação, na fase de tratamento, como uma medida de solução para retirada dos superendividados dessa zona de exclusão. Nessa seara, é perceptível verificar a reeducação financeira como uma atividade cabível no momento das conciliações, devendo se criar projetos e ações que incentivem esta prática junto aos superendividados. A pesquisa visa propor projetos pilotos que poderiam ser inseridos no momento das renegociações dos indivíduos que se encontram nessa situação de vulnerabilidade. Nesse contexto, o trabalho tem como principais objetivos abordar a importância da educação, trazendo seus conceitos, bem como os atores responsáveis por garanti-la no âmbito social. Ademais, tentar compreender como a educação financeira pode contribuir para uma mudança cultural dos consumidores. Diante dessas informações, buscará verificar quais medidas e ações podem ser mais adequadas para educar aquela parcela da sociedade que se encontra superendividada, propondo a criação de projetos pilotos, especificamente na fase de tratamento, que poderão contribuir para a saída das pessoas dessa situação de exclusão social. O presente estudo será desenvolvido com a utilização do método hipotético-dedutivo, em razão do reconhecimento da educação financeira como uma medida de tornar eficaz a lei de superendividamento, bem como propor as ações educacionais que contribuam para esse contexto. Os procedimentos utilizados serão a pesquisa bibliográfica e documental e análise da legislação, jurisprudência, dados e gráficos sobre o assunto. O trabalho tem como objetivos descritivos analisar o conceito de educação, verificando através da técnica de coleta de dados por meio de documentação indireta e qualitativa, se o consumidor possui uma educação financeira. Busca-se entender, analisando a documentação existente, quais medidas poderiam ser praticadas para o fomento à educação financeira, contribuindo para a eficácia da Lei de Superendividamento. O estudo será realizado utilizando-se meio de pesquisa aplicada e quanto à

forma de abordagem do problema será realizado pela técnica qualitativa. O consumo descontrolado pelos consumidores gerou uma crise mundial, em que a globalização desempenha fator coparticipante. Isso é perceptível, uma vez que esse fenômeno é o processo que está impulsionado pelas inovações tecnológicas que surgem e aperfeiçoam-se velozmente. Outro fato que deve a ser observado é a rapidez da transmissão das informações, que se aprimora diariamente, atingindo milhões de pessoas praticamente e tempo real. Um exemplo, que está cada vez mais presente na vida das pessoas é o uso da internet, televisão, rádio e sistema via satélite (CALVALCANTE, 2009. p 161-169). Todos esses fatores disponibilizam necessidade e facilidades, colaborando para que os indivíduos passem a consumir mais e mais contribuindo para crise do superendividamento. Em síntese, o aumento de novas tecnologias proporciona o surgimento do marketing agressivo. O consumidor, diante do efeito psicológico dos novos avanços tecnológicos acaba sendo presa fácil para o consumo desenfreado. Diante deste contexto fica perceptível que os seres humanos estão frente a uma nova era onde o ter ganha prevalência sobre o ser. Logo, o ato de consumir se torna algo de fácil acesso diante da globalização e da tecnologia, gerando uma sociedade de alto consumo. Não obstante, como bem afirma o sociólogo Zygmunt Bauman, “O problema não é consumir; é o desejo insaciável de continuar consumindo...”. Destarte, é visível que o consumo sem limites pode gerar danos irreversíveis a vida dos indivíduos agravando a vulnerabilidade dos consumidores e potencializando as chances de superendividamento. Em uma sociedade de relação de consumo em massa, como bem entende o sociólogo, é muito mais relevante os imediatismos do que o planejamento a longo prazo (BAUMAN, on-line). Assim, a sociedade passa a compor um número alto de pessoas em situação de superendividamento. Frente a isso, foi necessário a criação de legislações, como a Lei n.º 14.181/2021, que veio como uma medida de conter as pessoas que se encontram nessa posição de superendividados. A lei teve como modelo o direito francês, que tem como principal ideia a reeducação do

indivíduo. A Lei de Superendividamento ineriu vários artigos no Código do Consumidor, estando entre eles, o inciso IX do art.4.º, que tem como objetivo o fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores. Esse direito social vem como uma medida que busca fortalecer a eficácia e objetivos trazidos pela Lei de Superendividamento. A educação, nesse contexto, é de extrema relevância na vida de um indivíduo, pois ela seria uma ação praticada pelas gerações adultas sobre aquelas que ainda não estão maduras para uma vida social, bem como teria por objeto condicionar na criança um certo estado físico, intelectual e moral que lhe exigem a sociedade política no seu conjunto. Estando em um estado de hipossuficiente de maturidade (formação da personalidade) os jovens acabam sendo facilmente manipulados pelo meio. Os jovens são colocados em contato com uma determinada sociedade, e não a sociedade in genere, sendo algo social. Outrossim, todo o ensino satisfaz uma necessidade profunda do intelecto, uma exigência essencial aplicada pelo próprio espírito científico. Ele se preocupa em formar cidadãos, preparando o homem para vida social (DURKHEIM, 2014, p. 13, 16, 19, 25 e 53). Ainda no conceito de educação, é importante trazer a ideia do filósofo Theodor Adorno que compreende que a educação teria por objetivo principal a emancipação humana, criando condições para que cada um possa viver livremente, e assim ser capaz de desenvolver todas as suas potencialidades (ADORNO, 2020, p 185). Nesse sentido, o objetivo da educação era, é e continuará a ser a preparação dos indivíduos para a vida segundo as realidades que tenderão a enfrentar, principalmente, diante do cenário de uma sociedade imediatista, que tudo é efêmero e pouco durável. Portanto, eles precisam de instrução para estarem preparados: “Conhecimento prático, concreto e imediatamente implacável”, Tullio de Mauro. E para ser “prático”, o ensino de qualidade precisa provocar e propagar a abertura, não a oclusão mental (BAUMAN, 2013, p.25). A Constituição Brasileira prevê o direito a educação no artigo 6.º da Constituição Federal como um direito social, bem como o assegura no artigo

205 (BRASIL, 1988), prevendo que é um direito de todos e dever da família e do Estado, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Ademais, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prevê que a educação abrange um processo formativo, devendo se desenvolver na convivência humana, no trabalho, escola, instituições de ensino e pesquisa, movimentos sociais, organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. É importante salientar que a Educação para consumo está prevista no artigo 16 da Resolução 07 de 2010 do Ministério da Educação. Ademais, o decreto n.º 10.393 de 09 de junho de 2020, instituiu a nova Estratégia Nacional de Educação Financeira – ENEF e o Fórum Brasileiro de Educação Financeira – FBEF (BRASIL, 2020). Dessa feita, é visível que a fomentação de leis que visam à educação financeira vem aumentando, mas foi com a Lei de Superendividamento, Lei n.º 14.181/2021, que esse tema passou a ganhar destaque. A Atualização do Código de Defesa do Consumidor pela Lei 14.181,2021, trouxe o novo princípio do fomento à educação financeira e ambiental dos consumidores. No entanto, no artigo 6.º, que se refere aos direitos e deveres no mercado de consumo já previa a educação dos consumidores e fornecedores, agora a regra é bem voltada para a educação financeira, específica dos consumidores, como política pública necessária para a prevenção e tratamento do fenômeno do superendividamento. A prevenção (antes de acontecer o endividamento e o superendividamento do consumidor) e o tratamento do superendividamento dos consumidores, pois a conciliação em bloco prevista no novo capítulo V do Tit. II (Art. 104-A e 104-C) e o plano de pagamento (Art. 104-A e 104-B) visam fazer incluir e manter essa pessoa como consumidor ativo do mercado (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2022, on-line). Claudia Lima Marques traz a ideia do direito privado brasileiro com a tendência de valorização dos direitos humanos, dos novos papéis sociais e econômicos (como os de consumidor e de empresa), com a valorização das identidades



culturais e das diferentes opções de vida da pessoa humana, está se transformando ou será em breve um “direito privado solidário” (Solidarprivatrecht). Essa expressão simboliza o processo contemporâneo de mudança e de surpreendente ressystematização (ou reconstrução) do direito privado pelo conjunto de valores e ideais da Modernidade (liberdade, igualdade e fraternidade), agora sob uma nova roupagem. No meio do caminho entre o interesse centrado em si (egoismus) e o interesse centrado apenas no outro (altruismus) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo, o conjunto social, o indivíduo na função e no papel de cada um na vida em sociedade (humanitas). Seria um novo direito privado com função social, um direito privado solidário (MARQUES; MIRAGEM, 2014, on-line). Essa ideia está presente na Lei de superendividamento, que se baseou no sistema francês, que serviu de inspiração ao sistema desenhado pelas alunas do PPGD UFRGS e magistradas Clarissa Costa de Lima e Karen Bertoncello de repactuação de boa-fé do consumidor e do conjunto de seus credores- é denominado, sistema da reeducação financeira, justamente porque o consumidor ‘reaprende’ a pagar, controlar seu orçamento e se compromete a não comprometer o plano de pagamento (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2022, on-line). Em síntese, as palavras educação e reeducação estão extremamente presentes na lei de superendividamento, sendo, praticamente, uma das diretrizes da lei. Logo, é importante a criação de ações e políticas eficazes voltadas a educação financeira, principalmente, voltadas para a fase de prevenção e tratamento dos superendividados. Em 2020, o Decreto Federal 7.397/2010 foi renovado pelo Decreto Federal nº 10.393, de 9 de junho de 2020. Nesse contexto, foi criado um Fórum liderado pela CVM Fórum Brasileiro de Educação Financeira (FBEF). Em fevereiro de 2020, a CVM e a OCDE renovaram a parceria para promover a educação financeira no Brasil. Por conseguinte, o Comunicado FBEF (Fórum Brasileiro de Educação Financeira) Nº 1/2021, DE 20 DE MAIO DE 2021, divulgou os “princípios e diretrizes para a implementação da Nova

Estratégia Nacional de Educação Financeira (ENEF)”. Assim, ficou especificado os seguintes princípios: “I. atuação permanente e em âmbito nacional; II. prevalência do interesse público; III. atuação por meio de informação, formação e orientação; IV. formação de parcerias com órgãos ou entidades públicas e com instituições privadas; V. avaliação e revisão das ações implementada; VI. proibição de oferta de produtos e serviços nas ações de educação financeira.” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2022, on-line). Nesse viés, é perceptível a necessidade dos órgãos, entidades públicas com instituições privadas para criar medidas de educação financeira e contribuir para a eficácia da legislação de superendividamento. Esses são relevantes tanto na fase de prevenção, como de tratamento do superendividamento. A Deliberação CONEF n.º 19, de 16 de maio de 2017 (BRASIL, 2017, on-line) que instituiu projetos pilotos de educação financeira nas escolas públicas do Brasil para que as crianças desde a infância tenham acesso e contato com conceitos financeiros. Assim, se desenvolvendo medidas preventivas para tentar controlar a problemática do superendividamento. Contudo, é importante criar medidas e ações educativas financeira no momento do tratamento do superendividamento. Logo, é relevante se analisar com base no artigo 104-C, da Lei de Superendividamento, a possibilidade de se implantar projetos pilotos nos pontos de renegociação, que viabilizem que pessoas que estão em situação grave de superendividamento participem de palestras gratuitas, bem como tenham acesso a profissionais que possam auxiliá-las a reestabelecer a sua situação de vulnerabilidade. Estando em um estado de hipossuficiência quanto a formação da sua personalidade os jovens, especialmente as crianças, acabam sendo facilmente manipulados pela sociedade de consumo. Os meios de comunicação, hodiernamente, centrados na mídia digital, fundamentalmente internet acabam controlando livremente este nicho da vulnerável da população, futuros cidadãos do amanhã. A pesquisa está na fase inicial, tendo como hipóteses e propostas de ações iniciais a realização

de palestras gratuitas mensais para os grupos de pessoas que estão realizando as renegociações, na fase de tratamento, sendo esse o público-alvo, que deve comparecer nas palestras. Ademais, outra hipótese de ações é disponibilizar a esse grupo, durante os dias das palestras profissionais gratuitos que possam auxiliar cada indivíduo, que tenha interesse em organizar sua vida financeira. Em relação a fase de prevenção, é importante a função das escolas, da sociedade e do Estado. As escolas têm a função de incluir na didática a educação financeiro, passando a criança a ter contato com essa desde os seus primeiros anos de vida. A sociedade e o estado devem proporcionar palestras, cursos e ações gratuitas que estimulem a população a controlar sua situação financeira.

**Palavras-chave:** Educação; Educação financeira; Superendividamento; Ações de fomento.

## Referências

- ADORNO, W. Theodor. Educação e emancipação. Tradução de Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro, 2 ed.: Paz e Terra, 2020.p 185.
- BAUMAN, Zygmunt. Sobre educação e juventude: conversas com Riccardo Mazzeo. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. P.25.
- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; VIAL, Sophia Martins. Comentários à Lei 14.181/2021 [livro eletrônico]: a atualização do CDC em matéria de superendividamento. 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022.
- DURKHEIM, Émile. Educação e Sociologia. Trad. StephaniaMatousek. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.
- DURKHEIM, Émile. A Educação Moral. Trad. CláudiaGrijóVilarouca. São Paulo: Edipro, 2018.
- LIMA, Clarissa Costa. Medidas protetivas frente ao superendividamento dos consumidores na União Europeia. Revista de Direito do Consumidor. vol. 76. Out - Dez / 2010. P.208-238
- LIMA, Clarissa Costa de Lima. O tratamento do superendividamento e o direito e o direito de recomendar dos consumidores. [Livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. Revista de Direito do Consumidor. vol. 75. p.9-42. São Paulo: Ed. RT, Jul - Set / 2010.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis. [Livro Eletrônico].Thompson Reuters Brasil. 2014
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor [Livro eletrônico]. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

MARQUES, Claudia Lima. Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores: Principais resultados de um estudo empírico de 5 anos em Porto Alegre. 2020. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/11-Artigo-CLM-Coimbraconciliacao6fimenv-4.1.pdf>. Acesso em: 29 de abr.2022.

### 2.3 A aplicação da Medida Provisória n. 2.215-10/2001 e a proteção da mínimo existencial<sup>10</sup>

O presente trabalho abordará acerca da temática do superendividamento, e a aplicação da Medida Provisória n. 2.215-10/2001 frente a proteção advinda com a Lei n. 14.181/2021. É notório que a Lei do Superendividamento visa a proteção do mínimo existencial, visando garantir a subsistência das pessoas de boa-fé, que estão com a renda comprometida em virtude do endividamento que se encontram. Ocorre que, a Medida Provisória referida, aplicável para os militares das Forças Armadas, admite 70% de descontos diretamente no contracheque, para pagamentos de empréstimos consignados, indo contra a jurisprudência que está sendo firmada, que admite o limite de 30% de descontos para casos de pessoas físicas endividadas. O problema de pesquisa é responder se a aplicação da MP cria uma desigualdade de proteção com a jurisprudência baseada na Lei do Superendividamento, afetando a garantia da proteção do mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana dos militares. O estudo irá trabalhar com a hipótese de que a não aplicação da jurisprudência baseada na Lei do Superendividamento, criando essa diferenciação do limite para descontos entre o público em geral e os militares das Forças Armadas atinge a proteção do mínimo existencial. A metodologia utilizada é o método de abordagem, que indica o meio técnico de investigação da pesquisa, e a forma de raciocínio é o método dedutivo, a fim de confirmar a hipótese apresentada. O método de procedimento é o método monográfico, com abordagem

---

<sup>10</sup> Trabalho apresentado por *Isadora Leitão Wild Santini Picarelli* (FMP ;ORCID 0000-0003-1648-6570) e *Cristina Stringari Pasqual* (FMP ; ORCID 0000-0001-9151-2295).

qualitativa, com análise de conteúdo, por meio de pesquisa bibliográfica e decisões judiciais. 1. A vulnerabilidade do consumidor e a proteção do mínimo existencial. O Código de Defesa do Consumidor, estabelece no artigo 4, inciso I, que todo consumidor possui vulnerabilidade, sendo esta uma característica inerente em qualquer relação de consumo. O princípio da vulnerabilidade visa promover o tratamento desigual aos desiguais, para que os consumidores, os mais frágeis na relação consumerista, tenham condições reais de estarem em uma relação mais igualitária com os fornecedores. Dentre essas condições referidas, está o direito a preservação do mínimo existencial, disposto no artigo 6<sup>a</sup>, inciso XII, do código consumerista. Em breve síntese, o conceito de mínimo existencial é a proteção da subsistência do consumidor, para que este possa garantir os gastos com moradia, alimentação, vestuário, água, luz e transporte. Assim, os descontos por empréstimos consignados não podem afetar parte da renda que é destinada a manter esses pagamentos de manutenção básica, sendo assegurada proteção da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais. A proteção dessa garantia é a principal finalidade da Lei 14.181/2021, que visa proteger o consumidor de boa-fé a não viver uma exclusão social do mercado de consumo, promovendo tratamento do superendividamento. O superendividamento é quando o consumidor pessoa física, não consegue pagar as suas dívidas, atuais e futuras, sem comprometer o mínimo existencial, e a lei visa agir como uma recuperação judicial de falência, mas para pessoa física, para que, por meio de repactuação da dívida, o consumidor volte a ser ativo no mercado de consumo, sem precisar penhorar todos os seus bens. Nota-se que não existe disposição fixa do percentual do mínimo existencial, sendo este avaliado no caso concreto, pois é um termo aberto e indeterminado, a fim de, por meio da elaboração de um plano de pagamento entre o consumidor e seus credores, e determinando o valor a ser preservado pro mínimo existencial, que o consumidor endividado possa adimplir suas dívidas, e ser reinserido no

mercado de consumo. 2. A Medida Provisória 2.215-10/2001 e a Lei 14.181/2021. A presente temática envolve o entendimento de três legislações: a Medida Provisória 2.215-10/2001, a Lei 10.820/2003 e a Lei 14.181/2021. A Medida Provisória 2.215-10 de agosto de 2001, dispõe sobre a remuneração dos militares das Forças Armadas, sendo que para esse estudo, o debate reside na aplicação do artigo 14, parágrafo 3º, que permite que os descontos dos proventos cheguem ao limite legal de 70%. Em dezembro de 2003, foi promulgada a Lei 10.820, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, do público em geral, e limita em 35% os descontos. Ainda, conforme o artigo 1º, parágrafo primeiro, se soma mais 5% para amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito. Assim, o total é 40% de limites nos descontos, se houve empréstimos contratados no cartão de crédito. Por fim, a Lei 14.181/2021, alterou o Código de Defesa do Consumidor, para acrescentar artigos dispondo sobre superendividamento, com normas para prevenção e tratamento. 3. A construção jurisprudencial sobre o conflito entre a aplicação da Medida Provisória 2.215-10/2001 e as decisões judiciais deferindo limite de 30% dos descontos com base na Lei 14.181/2021. Primeiramente, é necessário apontar sobre o limite de 30% nas decisões judiciais. O limite de 30% é uma construção jurisprudencial, tendo algumas decisões muito relevantes, como a do Recurso Especial n. 1.584.501/SP, julgado pelo relator Paulo de Tarso Sanseverino, em outubro de 2016. A decisão foi antes da promulgação da Lei do Superendividamento e se tratava de um notório caso de endividamento, onde a parte demandante precisava pagar uma parcela muito alta do empréstimo consignado, lhe restando, após o desconto, um valor muito baixo para arcar com seu mínimo existencial. Ela ajuizou ação revisional e em primeiro grau, foi deferida a limitação dos descontos em 30% dos proventos. A decisão do recurso especial manteve o percentual, em nome da proteção da dignidade da pessoa humana, a fim da demandante manter sua subsistência. Em relação a questão do limite a ser aplicado para os servidores militares, a

jurisprudência não está consolidada acerca da aplicação ou não da MP Provisória 2.215-10/2001. Para exemplificar, em um caso envolvendo um servidor militar reformado da Aeronáutica, o TJRJ havia limitado os descontos em 30%, frisando que o princípio da dignidade da pessoa humana, isonomia e razoabilidade devem prosperar e que caberia o afastamento da MP em virtude da Lei n. 10.820/2006 ser posterior. Contudo, a decisão foi reformada no julgamento do Recurso Especial n.1948432/RJ, em 24/08/2021, em decisão monocrática pelo relator Gurgel de Faria, que entendeu que no caso dos militares, deve ser seguida a regulamentação específica da MP, que autoriza descontos de até 70% no artigo 14, parágrafo terceiro. Mas esse entendimento não é consolidado, pois no Rio de Janeiro, em outro caso, envolvendo uma pensionista militar, que estava tendo 60% da sua renda sendo descontado diretamente no seu contracheque, para pagamentos de contratos de mútuos, foi deferida a tutela antecipada para limitar os descontos em 30%. A parte ré recorreu da decisão, por meio de agravo de instrumento, pugnando pela aplicação do artigo 14, parágrafo terceiro da MP, que seria a norma específica, e que a Lei 10.820/2003, seria genérica, e somente se aplicaria aos empregados regidos pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). A decisão do Agravo de Instrumento n. 0006021-55.2021.8.19.0000, julgado pela 5ª Câmara Cível TJ/RJ, em 27.04.2021 é importante, pois decidiu no âmago da questão apresentada. Entre a aplicação integral da MP das Forças Armadas e a aplicação da tutela antecipada deferindo até 30% dos descontos em folha de pagamento, se entendeu que em nome da proteção do mínimo existencial, se aplica no caso do militares, o mesmo índice de descontos que é aplicado para todos os endividados nas decisões judiciais. Assim, a decisão decidiu por negar provimento ao recurso, mantendo a tutela antecipada de 30% do limite dos descontos no contracheque. A medida visa a evitar o endividamento desenfreado da autora, que já se encontrava em uma situação de enorme fragilidade econômica, e, em razão do índice alto de descontos diretamente

em sua folha de pagamento, para manter o mínimo existencial, a autora estava contratando novos empréstimos consignados. Desta forma, a autora se encontrava em uma situação econômica precária, com parcelas sucessivas de descontos diretos na folha do pagamento. No que tange a aplicação da MP, a decisão aponta que a Lei 10.820/2003, pode ser aplicada por analogia aos servidores públicos, por mencionar no artigo 2º, inciso VII, a expressão “vencimentos” e “soldos”, sendo que o termo soldo é o termo usada para o pagamento dos militares. Desta forma, cabe o afastamento da aplicação da MP, limitando em 30% o desconto do soldo bruto. Por fim, a decisão frisa sobre a importância do diálogo das fontes, para a proteção do consumidor vulnerável, que necessita da proteção para evitar a morte civil. Importante esclarecer que no Estado do Rio Grande do Sul, a jurisprudência dominante autoriza a limitação dos descontos de empréstimos consignados em 30% da renda mensal do endividado, se aplica aos servidores estaduais da Brigada Militar, pois estes não são vinculados as Forças Armadas, não se aplicando para estes servidores, a Medida Provisória 2.215-10/2001. Outrossim, na I Jornada CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ, realizado em 17 de agosto de 2021, o Enunciado n. 10, prevê que em casos de superendividamento das Forças Armadas, o juiz pode considerar inaplicável o art. 14, § 3º da MP 2.251-10/2001. Contudo, apesar do enunciado, houve a referida decisão do Recurso Especial n.1948432/RJ, em sentido contrário. O enunciado serve para uma orientação para a magistratura, visando firmar entendimento e criar maior segurança jurídica e isonomia nas decisões. Assim sendo, o estudo busca responder se a aplicação da MP 2.215-10/2001, cria uma desigualdade de tratamento jurisprudencial com o público em geral e se afeta o mínimo existencial. Nota-se que a Lei 14.181/2021 é uma lei federal e posterior a MP, e é baseada na proteção da dignidade da pessoa humana e na garantia do mínimo existencial. A aplicação da MP, ao impor um limite maior de desconto na folha de pagamento, permite que somente os militares não tenham a mesma



proteção que está sendo construída jurisprudencialmente, com base na proteção do mínimo existencial, entendendo por um limite de até 30% a 40%, se houver contratações por meio de cartão de crédito, e nesse debate, é possível estudar sobre a igualdade nas decisões judiciais, eis que existe uma grande diferenciação de proteção da garantia do mínimo existencial aos endividados militares e ao público em geral. Frisa-se que em agosto de 2021 foi aprovado o enunciado n. 10 na I Jornada CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ. O enunciado, apesar de não ter uma aplicação vinculante e obrigatória por não ter natureza jurídica de uma norma jurídica, serve para uma orientação para a Magistratura, buscando uma padronização e segurança jurídica nas decisões judiciais. Desta forma, o enunciado referido e as fundamentações do agravo de instrumento n. 0006021-55.2021.8.19.0000, julgado pela 5ª Câmara Cível TJ/RJ e do Recurso Especial n. 1.584.501/SP, do Superior Tribunal de Justiça, formam um entendimento que promove a proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, de forma isonômica.

**Palavras-chave:** consumo; crédito; militar; mínimo existencial.

## Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1948432 - RJ (2021/0214539-8). Relator: Gurgel de Faria, 24 de agosto de 2021. Diário de Justiça Eletrônico, 27 de agosto de 2021. Decisão Monocrática. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=132096875&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202102145398&data=20210827&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=132096875&tipo_documento=documento&num_registro=202102145398&data=20210827&formato=PDF). Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.584.501- SP. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, 06 de outubro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico, 13 de outubro de 2016. Acórdão. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502528702&dt\\_publicacao=13/10/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502528702&dt_publicacao=13/10/2016). Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. LEI Nº 14.181, DE 1º DE JULHO DE 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm). Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA n. 2.215-10, DE 31 DE AGOSTO DE 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2215-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2215-10.htm). Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. LEI No 10.820, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.820.htm). Acesso em: 17 jun. 2022.

CONSULTOR JURÍDICO. Jornada da UFRGS e UFRJ aprova enunciados sobre a Lei do Superendividamento. CONSULTOR JURÍDICO, 26 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento>. Acesso em: 17 jun. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Prevenção e Tratamento do Superendividamento. Brasília: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor., 2010. p. 20.

RANGEL, Andréia Fernandes de Almeida; MARQUES, Cláudia Lima. O superendividamento do militar das Forças Armadas: inaplicabilidade da MP 2.215- 10/2001 – Comentário ao Agravo de Instrumento no: 0006021-55.2021.8.19.0000, 5ª Câmara Cível TJ/RJ, j. 27.04.2021, rel. Des. Cristina Tereza Gaulia, DJe 06.05.2021. Revista dos Tribunais. Revista de Direito do Consumidor. v. 138. nov./dec. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 51739087120218217000. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, 22 de outubro de 2021. Diário de Justiça Eletrônico, 29 de outubro de 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php). Acesso em: 17 jun.2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0006021-55.2021.8.19.0000. Ementa: Agravo de instrumento. Ação visando a limitação de descontos referentes a parcelas de mútuos contratados pela autora junto a três instituições financeiras. Deferimento da tutela antecipada, para limitação dos descontos em até 30% dos rendimentos da autora. Recurso de um dos bancos réus. Contratos de empréstimo consignado com descontos diretamente na folha de pagamento da autora, militar da Aeronáutica com baixo soldo, chegando aqueles a mais de 60% de sua renda mensal. Superendividamento. Limitação dos descontos a 30% dos rendimentos brutos da autora. Possibilidade. Mínimo existencial a ser preservado. Princípios da dignidade da pessoa humana e da impenhorabilidade de salário. Preservação de valor mínimo que possibilite à devedora fazer frente às suas despesas ordinárias de sobrevivência. Jurisprudência assentada do TJRJ. Direitos fundamentais que também se aplicam às relações entre particulares. Aplicação da Lei 10.820/2003. Inaplicabilidade da MP nº 2.251/10/2001, que limita em 70% o limite de descontos nos rendimentos de militares das Forças Armadas. Distinguishing a ser feito no caso concreto. Manutenção da decisão agravada que concedeu a tutela antecipada. Desprovimento do recurso, por maioria. Relator: Milton Fernandes de Souza, 27 de abril de 2021. Diário de Justiça Eletrônico, 29 de abril de 2021. Acórdão. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DAF2F30929351B3556A0B8504B9D881DC50E4C453710&USER=>. Acesso em: 17 jun. 2022.

SCHMIDT, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 26, p. 167-184, 2009.

## 2.4 O Crédito Responsável no combate aosuperendividamento do consumidor<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Trabalho apresentado por *Bruno Roger Caumo* (UNIPAR; ORCID0000-0002-8440-6117).

Introdução: O crédito é um mecanismo essencial para a economia, no entanto, quando fornecido de forma irresponsável, pode ser fonte ou agravante do superendividamento, o que fundamenta sua devida regulamentação. Objetivo: Analisar a importância do crédito responsável como meio de prevenção ao superendividamento dos consumidores e a reação do mercado fornecedor à nova regulamentação. Desenvolvimento: No que demonstra Matos (2012), a busca do homem por um sentido se reverte, por vezes, no apego à materialidade, tentando preencher seu vazio existencial no consumo, para isso, torna-se prático a utilização de certos mecanismos, como o crédito, que facilita o acesso das pessoas aos bens. Nas palavras de Marques (2010, p.3) “consumo e crédito são duas faces de uma mesma moeda: para consumir muitas vezes necessito crédito; se há crédito ao consumo, a produção aumenta e a economia se ativa”. Fato é que “a tomada de crédito per si não implica em superendividamento, desde que o seu tomador tenha condições financeiras para saudá-lo, sem que haja o comprometimento estrutural de sua renda” (BIONI, 2015, p.3). No entanto, o fornecimento irresponsável de crédito e o consumo dissociado de um planejamento orçamentário doméstico, gera consequências graves, principalmente às famílias de baixa renda, que são induzidas pelas estratégias bancárias e políticas econômicas, à contratação de crédito, muitas vezes sem analisar os riscos, incorrendo no superendividamento (SAMPAIO, 2018). A Lei n. 14.181 de 2021, no intuito de regular a matéria da oferta do crédito e do superendividamento dos consumidores, alterou o Código de Defesa dos Consumidores e incorporou o conceito de superendividamento em seu artigo 54-A, como sendo: “a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial”. E com o intuito de prevenir, foram determinados novos deveres aos fornecedores de crédito, como o de informação (art. 54-B), o respeito às vedações na oferta do crédito (art. 54-C) e o de avaliação e esclarecimento quanto aos riscos (art. 54-D).

Descumpridas tais regras, o parágrafo único do artigo 54-D possibilita ao consumidor, algumas vantagens para o pagamento e a indenização pelos danos. Conclusão: é essencial a efetiva regulamentação do crédito, tendo em vista a importância deste mecanismo para a economia e os riscos do seu uso irresponsável para os consumidores.

**Palavras-chave:** Consumo em massa; Sociedade; Proteção; Hiperconsumo; Publicidade

## Referências

BIONI, Bruno Ricardo. Superendividamento: um fenômeno socioeconômico decorrente da difusão do consumo e a sua análise à luz das evoluções legislativas americanas e francesas frente ao PL 283/2012. *Revista de Direito do Consumidor* | vol. 99/2015 | p. 371 - 408 | Maio - Jun / 2015 DTR\2015\10684.

BRASIL. Lei nº14.181, 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. Brasília. DF. 2021.

BRASIL. Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. DF. 1990.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas Perguntas e Respostas sobre Prevenção e Tratamento do Superendividamento dos Consumidores Pessoas Físicas. *Revista Direito do Consumidor*. Vol 75/2010, p. 9-42, Jun-Set 2010. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. 2, p. 563-593, Abr 2011.

MATOS, Daniele Cajaseiras. Felicidade e sentido de vida na sociedade de consumo. 2012, *Revista Logos e Existência*, v. 01. n. 01. p. 72-78, 2012.

disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/index.php/le/issue/view/1038>> acesso em:18/06/2022

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Superendividamento e consumo responsável de crédito [recurso eletrônico] / Marília de Ávila e Silva Sampaio. – Ebook. – Brasília : TJDFT, 2018.

## 2.5 Análise do Mínimo Existencial: da teoria aos parâmetros balizadores<sup>12</sup>

Através dos artigos 1º e 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, e do art. 25º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pode-se inferir a noção de mínimo existencial, cuja definição abrange um complexo

---

<sup>12</sup> Trabalho apresentado por *Caroline Aparecida Mendes* (UFU; ORCID 0000-0003-0998-5574).

de preceitos que visam garantir condições adequadas de dignidade humana. Nesse cenário, a Lei nº 14.181/2021, veio com um dos objetivos de “[...] dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento”, devido as possíveis consequências deste ao mínimo existencial. Assim, diante desta noção como direito fundamental, é preciso guiar essa interpretação no caso concreto, para efeitos de proteção aos direitos básicos do consumidor conforme inciso XII, art. 6º do CDC, segundo o qual “são direitos básicos do consumidor [...] a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, [...]”. Desse modo, existem diversas regulamentações regionais, em âmbito de PROCON que buscam delimitar faixas de proteção ao que seria o mínimo existencial. A título de exemplo, o PROCON do Estado de Goiás estabeleceu, através da Portaria nº 13/2021 da Secretaria de Estado da Segurança Pública, que “O cálculo do mínimo existencial deverá [...] ser considerado, nas faixas entre 1 a 5 salários mínimos, a necessidade de manutenção de cerca de 60% a 65% da remuneração mensal do consumidor para as despesas de sobrevivência, podendo aumentar nas faixas superiores de 5 a 10 salários mínimos até 50% da remuneração mensal.” Todavia, existem críticas quanto a esse tipo de cálculo para tutela do consumidor superendividado, tendo em vista a dificuldade de quantificação das necessidades individuais que definem um direito ao mínimo, visto que o ser humano deveria ter a garantia não só de uma sobrevivência física, pois “uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.” (SARLET, 2021, p. 10). Mas cumpre ressaltar que, através do estágio atual da pesquisa, é possível afirmar que “[...] a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação, mas sim as necessidades individuais que lhe são correlatas e que devem ser satisfeitas mediante prestações que são quantificáveis.” (Idem, p. 10), momento em que já se levantou diversos tipos de cálculos que são realizados na tentativa de tutela do mínimo existencial. A partir disso, o problema de pesquisa questiona se os cálculos realizados são suficientes para

garantir o mínimo existencial do consumidor superendividado. Sendo assim, adota-se o método hipotético-dedutivo, haja vista a tentativa de falsear os parâmetros atuais de tutela do mínimo existencial, perquirindo os cálculos que são feitos atualmente nos PROCONS e as respectivas críticas, objetivando alcançar o aperfeiçoamento dos balizadores de amparo ao mínimo existencial. Para isso, quanto aos procedimentos técnicos, aponta-se a utilização de pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** mínimo existencial; superendividamento; PROCON; balizadores.

## Referências

- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: Resolução nº 217 A III, de 10 de dezembro de 1948.
- BARCELLOS, Ana Paula. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. Comentários à Lei 14.181/2021 [livro eletrônico]: a atualização do CDC em matéria de superendividamento. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Superendividamento do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília: 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20. Mai./ 2022.
- LIMA, Clarissa Costa. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Direitos do Consumidor Endividado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis (SC), v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013. DOI: 10.37497/revistacejur.v1i1.24. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24>. Acesso em: 20 mai. 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang; KRONBAUER, Eduardo Luís. Mínimo Existencial, Assistência Social e Estado de Direito-Análise de Decisão Proferida Pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Revista do Direito, n. 63, p. 2-25, 2021.
- TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

## 2.6 Os efeitos do superendividamento do consumidor e a necessidade de promoção do seu tratamento<sup>13</sup>

A presente pesquisa consiste em uma análise acerca do fenômeno do superendividamento do consumidor, em especial sobre os aspectos psicológicos e sociais dos indivíduos nesta condição. Recentemente, o Código das relações de consumo foi atualizado para disciplinar o crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Nesse sentido, o problema de pesquisa é: O plano de repactuação de dívidas previsto na atualização do Código de Defesa do Consumidor por si só é suficiente para tratar os efeitos do superendividamento na vida dos indivíduos? A primeira hipótese levantada é a de que a Lei nº 14.181/2021 atualiza o Código de Defesa do Consumidor de maneira satisfatória no tocante à solução dos casos de superendividamento. O processo de repactuação de dívidas previsto em lei auxilia o consumidor no adimplemento de suas obrigações e garante a preservação de seu mínimo existencial, sem comprometer toda a renda disponível, respeitando a dignidade humana e o pagamento de todos os credores. Assim, o juízo competente dispõe de mecanismos aptos para atender as demandas e expectativas do consumidor superendividado. A segunda hipótese é a de que, apesar do comando legal para o adimplemento das dívidas respeitando o mínimo existencial, o superendividamento é um fenômeno social, jurídico e econômico do qual demanda um tratamento complexo e multidisciplinar. Na perspectiva da extensão dos efeitos dessa situação, tanto na esfera privada e familiar do consumidor, quanto na esfera pública, a atuação focada somente no aspecto financeiro não atenderá as demandas do sujeito superendividado. Em vista disso, é fundamental a promoção de núcleos de ajuda aos superendividados, em parceria com o

---

<sup>13</sup> Trabalho apresentado por *André Perin Schmidt Neto* (UFRGS ;ORCID 0000-0001-5862-0569 ) e *Guilherme Domingos Wodtke* (UFSC; ORCID 0000-0001-8713-8077).

Poder Judiciário, para oferecer um atendimento diferenciado e humanizado aos consumidores. Ainda em fase inicial, objetiva-se com este estudo apresentar os efeitos do superendividamento do consumidor além do financeiro e como a promoção de núcleos específicos sobre tema está intrinsecamente ligado à eficácia da Lei nº 14.181/2021. Por fim, para realização desta pesquisa, adotou-se o método indutivo para a abordagem do tema, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** direito do consumidor; crédito; superendividamento.

## Referências

- BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*. Rio Janeiro: Editora Zahar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo - A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial: casos concretos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Superendividamento: um fenômeno socioeconômico decorrente da difusão do consumo e sua análise à luz das evoluções legislativas americanas e francesas frente ao PL 283/2012*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 371- 408, maio-jun. 2015.
- CERVASIO, Daniel Bucar. *Superendividamento: Reabilitação patrimonial da pessoa humana*. 1ª edição. São Paulo. Saraiva, 2017.
- LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014
- MARTINS, Guilherme Magalhães; TOSTES, Eduardo Chowde Martino; FORTES, Pedro Rubim Borges. *A regulação coletiva do superendividamento: um estudo de caso do mercado de empréstimos consignados e de bem-sucedida mediação coletiva de consumo*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 127, p. 19-44, jan./fev. 2020
- MARQUES, Cláudia Lima. *Dados preliminares da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da comarca de porto alegre (2007 a 2012) e o “observatório do crédito e superendividamento UFRGS-MJ”*. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99/2015, p. 411 - 436, Maio-Jun/2015.
- MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela; LIMA, Clarissa Costa de Lima (Coords.). *Direitos do consumidor endividado II : vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia. *O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 129, maio-jun. 2020.



## 2.7 A aplicação da Lei n. 14.181/2021 no TJRS em seu primeiro ano de vigência: análise quantitativa e aspectos controvertidos de seu afastamento<sup>14</sup>

Após um ano da vigência da Lei nº 14.181/2021, esta pesquisa propõe-se realizar pesquisa com método de análise de jurisprudência, buscando investigar em qual sentido os Desembargadores do TJRS tem aplicado suas as disposições, visando verificar se a nova sistemática tem sido admitida ou rejeitada e por quais fundamentos. Os procedimentos metodológicos foram realizados a partir de pesquisa no site do TJRS, com as palavras-chaves “superendividamento e 14.181 -gratuidade”, tendo em vista que, em pesquisa exploratória, verificou-se que muitos resultados tratavam de análise de pedidos de gratuidade. Com isso, obteve-se um corpus de 17 decisões, julgadas entre 24.08.2021 e 25.05.2022. Após a seleção das decisões, restaram 15 decisões que mencionavam a matéria aqui investigada. Foi realizada apuração dos resultados com foco na identificação do uso da legislação, verificando-se que em oito acórdãos as decisões do primeiro grau foram mantidas favoráveis ao consumidor, ou seja, a aplicação de primeiro grau quanto à Lei nº 14.181/2021. Ainda, cinco acórdãos alteraram as decisões do primeiro grau, favoráveis ao consumidor, também com a aplicação da Lei do Superendividamento. Em outro julgado, a instauração de ofício do procedimento de repactuação de dívidas foi desconstituída em desfavor do consumidor, tendo o agravo da instituição financeira sido provido, pois na inicial a parte autora não havia elaborado tal pedido. O segundo acórdão que se verificou o afastamento da sistemática dizia respeito à negócio jurídico firmado com garantia real, hipótese que de fato é expressamente vedada pela legislação. Assim, a investigação foi concluída, verificando-se que está sendo aplicada a Lei do Superendividamento pelo

---

<sup>14</sup> Trabalho apresentado por *Mauren Buttenbender* (UFRGS; ORCID 0000-0002-2891-589X) e *Fabiana Prietos Peres* (UFRGS; ORCID 0000-0002-2610-0662).

TJRS, exceto nos casos em que sua aplicação é excluída pela lei ou quando o consumidor não realiza pedido expresso de sua utilização. Como discussão, pode-se aduzir que o Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e de aplicação imediata e sendo o consumidor vulnerável, inclusive detendo vulnerabilidade jurídica, não deveria ser afastada a aplicação da norma pela mera ausência de pedido expresso quando a essência do pedido engloba a situação de superendividamento.

**Palavras-chave:** superendividamento; pesquisa de jurisprudência; aplicação da lei.

## Referências

BERTONCELLO, Karen Danilevicz. Superendividamento do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2015.

LIMA, Clarissa Costa de. MARQUES, Claudia Lima. Nota sobre os normativos dos tribunais estaduais que possuem programas de atendimentos aos consumidores superendividados. Revista de Direito do Consumidor. v. 98, ano 2015, p. 269-285.

LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Marques, Claudia Lima; Ferreira, Vitor Hugo do Amaral. Manifestação técnica em favor do Projeto de Lei de Prevenção e Tratamento do Superendividamento do Consumidor Brasileiro: um decálogo para aprovação do PL 3515/2015. Revista de Direito do Consumidor. vol. 127. ano 29. p. 469-476. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2020.

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; CAVALAZZI, Rosângela. Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito. São Paulo: Ed. RT, 2006.

## 2.8 PL 4188/2021: O consumidor financeiro e a problemática da penhorabilidade do bem de família oferecido como garantia real em empréstimos de consumo<sup>15</sup>

A impenhorabilidade do bem de família é uma garantia vinculada a diversos direitos fundamentais e sociais, tais como a dignidade da pessoa humana, a propriedade e a moradia. Com efeito, a racionalidade do instituto

---

<sup>15</sup> Trabalho apresentado por *João Ricardo Bet Viegas* (UFRGS; ORCID 0000-0002-6475-8641) e *Marceli Tomé Martins* (UFRGS; ORCID 0000-0003-2911-0177).

faz com que as hipóteses do artigo 3º da Lei nº 8.009/90 possuam caráter excepcional de flexibilização. Nesse sentido, o presente estudo discute a alteração do artigo 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, proposta no Projeto de Lei nº 4.188/2021, sob a perspectiva do atual debate acerca do superendividamento do consumidor. A redação em questão inclui no rol de hipóteses sujeitas à penhora do bem de família “a excussão de imóvel oferecido como garantia real, independentemente da obrigação garantida ou da destinação dos recursos obtidos, mesmo quando a dívida for de terceiro.” A partir da metodologia hipotético-dedutiva, busca-se responder aos seguintes problemas de pesquisa: A nova redação proposta ao artigo 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90 é compatível com a racionalidade do instituto da impenhorabilidade do bem de família? E, ainda: A alteração referida é contraditória ao princípio da prevenção do superendividamento do consumidor (artigo 4º, inciso X, CDC)? A primeira hipótese diz respeito à incompatibilidade da nova exceção proposta em face da própria racionalidade da impenhorabilidade do bem de família. Para discuti-la, o objetivo é realizar uma retomada histórico-jurídica, investigando quais são as características e as razões que deram forma ao instituto da impenhorabilidade. A segunda hipótese trata da incompatibilidade da redação em questão frente ao intuito protetivo da recente alteração do Código de Defesa do Consumidor (CDC), no sentido de prevenção ao superendividamento do consumidor (artigo 4º, inciso X, do CDC). O objetivo, neste ponto, é discutir (i) como a alteração pode representar um aprofundamento da crise financeira do consumidor, aprofundando sua vulnerabilidade, em dissonância da proteção pretendida nos artigos 54-C, inciso IV, e 39, inciso IV, ambos do CDC, e (ii) como a disposição do artigo 104-A, §º1, do CDC, que exclui do processo de repactuação de dívidas as provenientes de contratos de crédito com garantia real, pode significar um déficit de proteção ao consumidor. Em conclusões parciais, parece possível identificar que a redação proposta pelo Projeto de Lei ao artigo 3º, inciso V,

da Lei nº 8.009/90 é incompatível com a justificativa histórica do instituto da impenhorabilidade do bem de família. Ademais, a alteração pode acarretar o aprofundamento do superendividamento do consumidor, com a exploração abusiva de sua vulnerabilidade agravada e, ainda, representar um déficit de proteção ao consumidor endividado no processo de repactuação de dívidas, indo na contramão às recentes alterações do CDC.

**Palavras-chave:** Projeto de Lei nº 4.188/2021; Impenhorabilidade; Bem de família; Superendividamento.

## Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família, com comentários à Lei n. 8.009/90. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.
- BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. Comentários à Lei 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4188/2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2309053>. Acesso em: 21 jun. 2022.
- BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Acesso em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm). Disponível em: 21 jun. 2022.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 21 jun. 2022.
- LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- 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. Diálogo das Fontes: Novos Estudos sobre a coordenação e Aplicação das normas no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MIRAGEM, Bruno. Direito Bancário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MIRAGEM, Bruno. Teoria geral do direito civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

## 2.9 Resolução 11/2021 do MERCOSUL e a proteção ao consumidor hipervulnerável: Considerações sobre as normas e projetos de lei dos estados partes<sup>16</sup>

A presente pesquisa se apresenta como continuidade ao estudo “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 14.181/21” desenvolvida para a II Jornada de Pesquisa CDEA: Superendividamento e Proteção do Consumidor. Considerando que 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”, busca-se, tendo como base a Resolução 11/2021 do MERCOSUL, que prevê especificamente a proteção ao consumidor hipervulnerável no bloco, analisar, comparativamente, se há ou não uma harmonização normativa em matéria de Direito do Consumidor, consequência da integração regional proposta pelo MERCOSUL, quanto ao superendividamento do consumidor nos Estados Partes - Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Nesse sentido, o objetivo geral é identificar as semelhanças e diferenças nas legislações ou projetos de leis quanto ao tratamento da situação de superendividamento do consumidor mercosulino, partindo do método hipotético-dedutivo, sendo a hipótese de pesquisa que as legislações ou projetos 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. Assim, objetiva-se, de forma específica, identificar as normas e projetos existentes sobre a proteção ao consumidor hipervulnerável nos Estados Partes do bloco, compreender as concordâncias

---

<sup>16</sup> Trabalho apresentado por *Laila Roxina Moliterno Abi Cheble* (UFRGS ;ORCID 0000-0001-9017-2129) e *Marceli Tomé Martins* (UFRGS; ORCID 0000-0003-2911-017).

normativas quanto ao tratamento de pessoas em situação de superendividamento e assinalar a importância da uniformidade nas medidas de proteção ao consumidor na região mercosulina, dada à proposta de harmonização das normativas. Nota-se, em conclusões parciais, que o Brasil é o único Estado Parte com uma legislação específica para a prevenção e o tratamento do superendividamento, a Lei nº 14.181/21, bem como que a Argentina e o Uruguai estão com Projetos de Lei em tramitação, enquanto o Paraguai, no entanto, ainda não adentrou na temática.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor; Superendividamento; MERCOSUL; Estados Partes.

## Referências

- 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.
- HERNANDEZ, Carlos; JAPAZE, María Belen; OSSOLA, Federico; SOZZO, Gonzalo; STIGLITZ, Gabriel. Antecedentes del Actual Proyecto de Defensa del Consumidor. *La Ley*, n. 39, 2020.
- LIMA, Clarissa Costa de. O mercosul e o desafio do superendividamento. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 73, p. 11-50, 2010.
- LIMA, Clarissa Costa de. 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.
- MARQUES, Claudia Lima; VIEIRA, Luciane Klein; BAROCELLI, Sergio Sebastián (org.). Los 30 años del MERCOSUR: avances, retrocesos y desafíos en materia de protección al consumidor. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: IJ Editores, 2021.
- 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. El Código brasileiro de defensa del consumidor, como modelo para Argentina. In: BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM,

## 2.10 Diálogos com a comunidade: Violência doméstica econômica e endividamento.<sup>17</sup>

O Programa de Apoio à Pessoa Endividada (PAE) é um projeto de extensão com o objetivo de esclarecer a população sobre prevenção e efeitos do endividamento. O projeto consiste em duas ações: prevenir o endividamento e acolher a pessoa endividada. A prevenção ocorre pela informação e o acolhimento pelo atendimento individual para esclarecimento de dúvidas sobre termos jurídicos, leitura de contratos, explicação sobre possíveis consequências jurídicas dos atos e auxílio na elaboração de estratégias de adimplemento. Os alunos podem participar do projeto de duas formas: voluntariamente como extensionistas ou como matriculados na disciplina Laboratório: Eixo Crédito e Endividamento. No campo da prevenção e acolhimento, um dos trabalhos do PAE é a elaboração de livros e materiais didáticos para a população em geral e grupos específicos. Nesse sentido, baseado em outros materiais com o formato da série "Diálogos" foi criado o projeto do Livro: "Diálogos com a comunidade: Violência doméstica econômica e endividamento." O objetivo deste livro é informar e educar principalmente as pessoas que se encontram em situação de violência doméstica econômica que possam se enquadrar no disposto no artigo 7º, IV, da Lei Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006 (Maria da Penha). Além disso, explicitar outras condutas relacionadas a convivência familiar que podem ser nocivas às finanças das mulheres. Esse livro será voltado para educadores, que atuam tanto nas cidades como nos territórios rurais, pertencentes a organizações privadas, públicas e do terceiro setor. Para isso será desenvolvido um conjunto de materiais didáticos (mensagens de voz,

---

<sup>17</sup> Trabalho apresentado por *Taffarel Pereira Marques* (USP ;ORCID 0000-0003-2140-7785) e *Karyn Adame Rinaldi* (USP).

cartazes e infográficos) que poderão ser usados pelo Educador em suas ações pedagógicas junto aos educandos. A princípio os materiais didáticos foram desenvolvidos para serem distribuídos via aplicativo de mensagens instantânea como o WhatsApp e Telegram. Entretanto, nada impede que esses conjuntos de mídias sejam divulgados por meio das demais redes sociais e também por rádio, como as mensagens de voz.

**Palavras-chave:** Endividamento; Violência Doméstica Econômica; Acolhimento.

## Referências

- BREWSTER, M.P. Power and Control Dynamics in Prestalkings and Stalking Situations. *Journal of Family Violence* 18, 207–217 (2003). <https://doi.org/10.1023/A:1024064214054>
- LITWIN, Angela. Coerced debt: The role of consumer credit in domestic violence. *Calif. L. Rev.*, v. 100, p. 951, 2012.
- LITWIN, Angela. Escaping battered credit: A proposal for repairing credit reports damaged by domestic violence. *U. Pa. L. Rev.*, v. 161, p. 363, 2012.
- STARK, Evan. *Coerced control: The entrapment of women in personal life*. Oxford University Press, 2009.
- ADAMS, Adrienne E.; LITWIN, Angela K.; JAVORKA, McKenzie. The frequency, nature, and effects of coerced debt among a national sample of women seeking help for intimate partner violence. *Violence against women*, v. 26, n. 11, p. 1324-1342, 2020.



## VII Simpósio de Migração e Proteção de Pessoas

### *Resumos*

Trata-se da publicação dos resumos expandidos selecionados via *double blind review*, os quais foram apresentados no evento intitulado ‘VII Simpósio de Migrações e Proteção de Pessoas: Passado, Presente e Futuro’, realizado entre os dias 17, 18 e 19 de novembro de 2022, na Universidade Federal de Uberlândia pelo Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI/CNPq) e pela Assessoria Jurídica para Migrantes e pessoas em situação de risco (AJESIR), com o apoio da Revista.

### *Grupo de Trabalho I – Migração e Pandemia*

#### 1.1 "O Passado e o Futuro são a Sombra do Presente": Migrantes de Crise e a Barreira Linguística no Acesso às Informações Em Tempos De Pandemia no Brasil<sup>1</sup>

#### A. Introdução

---

<sup>1</sup>Trabalho apresentado por *Vinicius Villani Abrantes* (Discente do Programa de Pós-graduação em Estudos Linguísticos, na área de Linguística Aplicada, da Universidade Federal de Minas Gerais (POSLin/FALE/UFMG), com bolsa PROEX/CAPES. Graduando em Letras, com ênfase em Línguas Estrangeiras Modernas e Linguística Aplicada, pela Universidade Federal de Juiz de Fora (FALE/UFJF). Bacharel em Direito, pelo Instituto Metodista Granbery (FMG/IMG). Pesquisador associado ao Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional, no projeto de pesquisa: Direito Internacional Crítico (GEPDI/DICRÍ/CNPq/UFU). ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3850-2834>>. Contato: <[viniciusabrantes@ufmg.br](mailto:viniciusabrantes@ufmg.br)>.) & *Thiago de Souza Modesto* (Mestrando em Direito Público e Evolução Social e especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pós-graduando em Relações Internacionais: Geopolítica e Defesa pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-3841-0801>>. Contato: <[thiagomodesto.adv@hotmail.com](mailto:thiagomodesto.adv@hotmail.com)>.)

Centro-Sul da China, província de Wuhan, 31 de dezembro de 2019 – estes foram cenário e data em que as autoridades sanitárias chinesas anunciaram oficialmente o primeiro caso de uma nova síndrome respiratória aguda (ABRANTES, 2020b; RIBEIRO; CABRAL, 2020; SOUSA SANTOS, 2021). O surto epidêmico se espalhou pela província de Hubei, logo foi batizado de Sars-CoV-2 e ganhou o nome de Covid-19 (ABRANTES, 2020a; 2020b; SOUSA SANTOS, 2021). Rapidamente, o que mais era temido, aconteceu – no início do surto, houve grande preocupação de que a epidemia tomasse proporções de abrangência multilateral de contágio, com consequências em todos os aspectos da vida humana, o que aconteceu em pouco tempo (ABRANTES, 2020a). Assim, em março de 2020, oficialmente, o mundo foi notificado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) sobre a emergência do vírus Sars-Cov-2, responsável pela pandemia do coronavírus.

Já no Brasil, era 19 de março de 2020, quando os jornais nacionais confirmavam a primeira morte pela infecção de Covid-19 (ABRANTES, 2020a; SOUSA SANTOS, 2021). Tratava-se de uma mulher de 63 anos de idade, residente do Estado do Rio de Janeiro e que trabalhava como empregada doméstica em um bairro de classe média-alta da Cidade do Rio de Janeiro. Tem-se notícias de que, dias antes, a sua patroa havia chegado de uma viagem da Itália com sintomas, e omitiu que havia contraído a doença. A empregada doméstica, parte do grupo de risco, não foi capaz de vencer o vírus (SOUSA SANTOS, 2021, p. 106).

A Covid-19 não foi um evento novo ou acaso infeliz, é resultante de um padrão de escolhas que a humanidade tem feito (SOUSA SANTOS, 2021). Esta pandemia nos refletiu um Estado, que apesar da sua estrutura monolítica, burocrática e monocultural, é capaz de desempenhos muitos diferentes que afetam grupos sociais distintos de forma muito diversa (SIQUEIRA et al., 2020; ABRANTES, 2020a; 2020b; 2021; SOUSA SANTOS, 2021; SOUZA; ABRANTES, 2021).

Os indivíduos que estão na condição de "migrantes de crise" (BAENINGER; PERES, 2017; BIZON; CAMARGO, 2018) – neste ponto, convém apontar que "(...) ao utilizar-se o termo “crise”, busca-se referenciar à bilateralidade da crise do processo migratório, isto é, evidenciar que existem problemas tanto no Estado de origem dos migrantes, quanto no Estado de destino (...) (ABRANTES; ROMERO, 2020, p. 265-266), incluem-se: refugiados e indivíduos portadores de visto humanitário, por exemplo –, sofrem com maior intensidade os efeitos perversos de qualquer pandemia.

O vírus causador da Covid-19 abre as feridas do globo, revelando, com agressividade, as mais diversas vulnerabilidades que marcam o cotidiano da população mundial (SIQUEIRA et al., 2020; ABRANTES, 2021; SOUSA SANTOS, 2021). A(s) pandemia(s) é(são) discriminatória(s) e se torna(m) um intensificador para diversos grupos sociais – potencializa as vulnerabilidades acumuladas em razão do gênero, de raça, orientação sexual e condições estruturais em que se encontram, por exemplo (Cf. SOUSA SANTOS, 2021; SOUZA; ABRANTES, 2020).

Neste contexto, há, pois, que indagar: quais foram os esforços institucionais do Estado brasileiro para que o grupo vulnerável objeto da arte desta pesquisa pudesse ter acesso a informações sobre a pandemia de Covid-19? O objetivo geral desta pesquisa é evidenciar as ações realizadas em prol do acesso a informações aos migrantes de crise; apontando a importância da língua nos processos de integração.

A pandemia é um sinal vermelho para a comunidade humana global que nos força a refletir sobre as condições da nossa sobrevivência (em seu mais amplo espectro) futura. Há de se pensar que o passado e o futuro são a sombra do presente – "[t]al como acontece com os corpos iluminados por algum ponto de luz, tanto podem estar na frente como atrás do presente. Em ambas as posições podem apontar caminhos, indicar sinais de perigo, definir medos e esperanças" (SOUSA SANTOS, 2021, p. 271). A questão aberta é saber se as

lições foram aprendidas e começar a construir, desde o presente, a projeção do futuro.

## B. Metodologia

Aliando contribuições de áreas como: Linguística Aplicada (MOITA LOPES, 2008), educação crítica, decolonial e intercultural (BHABHA, 1998; MAHER, 2007) e Direito Internacional Crítico (SQUEFF, 2021a; 2021b) em um contínuo processo de leituras e releituras, na construção do percurso analítico, adota-se critérios qualitativos críticos (CARSPECKEN, 2011), integrando elementos que advêm de obras especializadas, legislações e protocolos nacionais e internacionais.

Logo aqui também destaca-se que, conforme o ACNUR (2021), dos migrantes de crise que chegam a Roraima (RR), por exemplo, podem ser visualizados em dois grandes grupos: (i) 58,6% têm proficiência muito baixa ou baixa; e (ii) 41,4% têm proficiência alta ou muito alta.

## C. Resultados

Alguns dos atuais desafios envolvidos a temática central, com base em GIFE (2020, p. 15): ausência de uma Política (com parâmetros linguísticos, por exemplo) Migratória e de Refúgio Nacional, bem como de dispositivos e parâmetros orientadores para a acolhimento local; insuficiência de políticas estaduais e municipais para migrantes, refugiados e apátridas, havendo poucas experiências exitosas no país; dificuldade no acesso a informações sobre processos, direitos e serviços; falta de conhecimento no idioma do país de destino, criando obstáculos para a comunicação, sociabilidade e inserção profissional, entre outros.

Todos os desafios apresentados, de certa maneira, vão ao encontro da problemática desta pesquisa – desconhecer a língua, em parte, significa desconhecer seus direitos e deveres (Cf. ABRANTES; ROMERO, 2020). É

justamente nesse ponto que se encontra a importância da democratização do acesso às informações aos refugiados e imigrantes – o acesso à informação dentro da perspectiva de sobrevivência é um pilar básico para a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, dentre os desafios enfrentados pelos “migrantes de crise”, a barreira linguística no país de acolhida agrava a vulnerabilidade destas pessoas que se deparam com inúmeros “duelos” desde o momento da saída de sua terra natal (ACHOTEGUI, 2017). No contexto brasileiro, mesmo antes da pandemia, a dificuldade de comunicação já era apontada como um dos principais impedimentos à incorporação dos migrantes no conjunto de ações de proteção social, pois a comunicação é indispensável para a acolhida e orientação desse público (BRASIL, 2016, p. 25).

Os migrantes de crise devem ter acesso a serviços de saúde, meios para higiene adequada, informações precisas e oportunas sobre a doença e o cenário do local em que vivem em uma língua que entendam, da mesma maneira, testes para rastrear pessoas infectadas e que, assim, seja possível seguir os devidos protocolos de saúde pública.

Compreender o acesso à informação como um direito humano e evidenciar as barreiras impostas (sejam elas linguísticas ou outras) a esse direito é entender a necessidade de democratização dos meios e dos mecanismos de informação. A Constituição da República brasileira de 1988, em seu 5º dispositivo expressa sobre o acesso à informação como um direito fundamental, haja vista que poderá dar acesso e exercício a outros direitos também previstos na Carta Magna.

#### **D. Considerações Finais**

O Brasil se deparou com um crescimento representativo no fluxo migratório no território nacional nos últimos anos. Com isso, diversas instituições, projetos e programas tiveram que se adaptar ao novo contexto

para que pudessem auxiliar, de maneira efetiva, o processo de acolhimento de “migrantes de crise”.

No entanto, com os fluxos e influxos da pandemia de Covid-19, no Brasil, foi possível notar que os migrantes de crise tiveram acentuadas as respectivas dificuldades para se integrarem na sociedade: a busca por emprego, por moradia, e por melhores condições de sobrevivência. Acrescido a isso, uma das maiores barreiras dentro desse processo é, sem dúvidas, a língua(gem).

O(s) Estado(s) devem proteger sob a mesma égide os nacionais e os migrantes (de crise) – são necessárias políticas públicas linguísticas que atendam a população objeto desta pesquisa – por entender que: (i) acesso a informação é um direito humano estabelecido em diversos documentos nacionais e internacionais; e que (ii) território sempre supõe materialidade e territorialidade, é necessário advogar para que as políticas de acolhimento contemplem e viabilizem a apropriação do espaço, o acesso aos direitos sociais e a proteção aos direitos linguísticos.

## Referências

- ABRANTES, V. V. Brasil e a 'Diplomacia Da Saúde': um recorte temporal da atuação do estado na pandemia de COVID-19. *Boletim de Conjuntura*, v. 4, p. 11-27, 2020a.
- ABRANTES, V. V. The Dead Ones Thebes Has Disavowed? human rights, the Covid-19 pandemic and the return of Antigone. *Boletim de Conjuntura*, v. 5, p. 152-154, 2021.
- ABRANTES, V. V.; ROMERO, T. G. . Vozes silenciadas das migrações de crise no Brasil: 'Para que Língua de Acolhimento?'. *E-civitas*, v. 13, p. 263-286, 2020.
- ABRANTES, V. V.. Brasil e Costa Rica no Combate a Pandemia de COVID-19. *Boletim de Conjuntura*, v. 3, p. 74-85, 2020b.
- ACHOTEGUI, J. *La inteligencia migratoria: manual para inmigrantes en dificultades*. Madrid: Nuevos Emprendimientos Editoriales, 2017.
- BAENINGER, R. A.; PERES, R. G. Migração de crise: a imigração haitiana para o Brasil. *Revista Brasileira de Estudos da População*, v. 34, n. 1, p. 119-143, 2017.
- BHABHA, H. K. *O local da cultura*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.
- BIZON, A. C. C.; CAMARGO, H. Acolhimento e ensino da língua portuguesa à população oriunda de migração de crise no município de São Paulo: por uma política do atravessamento entre verticalidades e horizontalidades. In: BAENINGER, R. et al. (Orgs.). *Migrações Sul-Sul*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Secretaria Nacional de Assistência Social. *O papel da assistência social no atendimento aos migrantes*, maio de 2016. Disponível em:

[https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Guia/guia\\_migrantes.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Guia/guia_migrantes.pdf)  
. Acesso em: 12 nov. 2022.

GIFE – Grupo de Institutos Fundações e Empresas. Migrações e Refugiados: Um guia para investidores sociais privados e organizações filantrópicas, GIFE, 2020. Disponível em: <<https://www.empresascomrefugiados.com.br/materiais-de-referencia> >. Acesso em: 12 set. 2022.

MAHER, T. J. M. A Educação do entorno para a interculturalidade e plurilinguismo. In: KLEIMAN, A. B.; CAVALCANTI, M. C. (Orgs.). *Linguística Aplicada: faces e interfaces*. Campinas: Mercado das Letras, 2007. p. 255-270.

MOITA LOPES, L. P. (Org.). *Por uma linguística Aplicada indisciplinar*. São Paulo: Parábola, 2008.

RIBEIRO, M. T. A.; CABRAL, C. H. P. L. “A dignidade humana frente às medidas sanitárias restritivas da OMS e dos estados em tempos de pandemia”. *Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras*, v. 2, n. 1, junho, 2020.

SIQUEIRA, E. C. V.; SILVA, M. P. ; COSTA, R. M. C. B. ; ABRANTES, V. V. ; FALCAO, W. H. M. M. . A PANDEMIA DE COVID-19, DIREITOS HUMANOS E REFÚGIO NO BRASIL. *Cadernos de Pesquisa Direito Internacional sem Fronteiras*, v. 2, p. 1-32, 2020.

SOUSA SANTOS, B. *O Futuro Começa agora: da pandemia à utopia*. São Paulo: Boitempo, 2021. p. 106.

SOUZA, M. A. ; ABRANTES, V. V. Um Recorte dos Impactos da Pandemia de Covid-19 nas Prisões do Brasil e do Uruguai. In: 11º Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2021, Porto Alegre. *Anais do 11º Congresso Internacional de Ciências Criminais*. Porto Alegre: Editora Universitária - Edipucrs, 2020. v. 1. p. 1-15.

SQUEFF, T. de A. F. R. C. *Le Décolonialisme Comme Matrice Théorique pour la Fondation des Droits de l'Homme*. *Latin American Human Rights Studies*, v. 1, n.1, 2021a .p. 1-26.

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, 2021b.

## 1.2. Direitos Humanos Para Refugiados Na Pandemia<sup>2</sup>

### A. Introdução

O ano é de 2019, as notícias internacionais são avassaladoras, um vírus começa a circular e matar muitas pessoas no mundo inteiro, as fronteiras dos países se fecham, o comércio entra em lockdown, as pessoas usam máscaras, álcool em gel e os países obrigam a população a ficarem em casa para conter a disseminação do vírus conhecido como coronavírus. O desespero das

---

<sup>2</sup> Trabalho apresentado por *Rafaela Garcia Lopes Pereira* (Advogada, mestranda pelo PPGIDH UFG, pós-graduada em Direito Internacional - UNESA, bacharelado em Direito - Unievangélica. E-mail: [rafaelaglp@gmail.com](mailto:rafaelaglp@gmail.com). Telefone (62) 981722472. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8500468853129704>. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8139-8572>)

governanças e das pessoas sobre as incertezas ainda tidas sobre o coronavírus alcançou níveis globais, o COVID-19 se espalhou rapidamente pelo mundo e até hoje não chegamos num fim, pelo contrário, enfrentaremos uma nova onda consequente de uma nova cepa.

E diante deste contexto apocalíptico a situação dos refugiados tornou-se mais problemática e preocupante. Ora, se já existia resistência dos países em receber os refugiados, muitos sequer reservam políticas públicas eficazes de enfrentamento migratório, com a pandemia então as crises migratórias só acentuaram e consequentemente potencializaram as violações dos direitos humanos.

Certamente, estar na condição de refugiado não seria uma escolha e sim uma necessidade, são por vários motivos que levam as pessoas deslocarem de seu país de origem. Entre as diversas causas das migrações, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) assevera que:

A migração é um reflexo altamente visível das desigualdades globais, seja em termos de salários, oportunidades no mercado de trabalho ou estilos de vida. Muitos decidem seguir em frente com a noção de que uma vida melhor pode ser obtida em outro lugar e que a migração pode reduzir as disparidades que existem entre suas circunstâncias e aquelas em lugares comparativamente mais ricos. Mas a capacidade de se mover também não é compartilhada igualmente. Características e recursos individuais como cidadania, meios financeiros, acesso à internet e habilidades linguísticas determinam a capacidade das pessoas de migrar.

No que tange aos refugiados, os fluxos migratórios vão além da busca por melhores condições de vida, buscam sobreviver à fome extrema, às guerras, às violações de direitos humanos, às crises humanitárias, climáticas, políticas etc. Nesse sentido, destaca-se o conceito dado pelo o Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) dos refugiados:

São pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião,



nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também devido à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados.

Não obstante, os refugiados possuem proteção internacional específica e os principais documentos a respeito são a Convenção da ONU de 1951 – Estatuto do Refugiado e o seu protocolo 1967, assim como a Declaração de Nova York (2016). Estes instrumentos tem inspirado e permeado inumeráveis leis e costumes internacionais, regionais e nacionais. O Estado brasileiro, por exemplo, ratificou o referido estatuto através da Lei nº 9.474/1997 e com isso passa a responsabilizar e amparar os refugiados, garantindo, pelo menos é o que está no papel, a eficácia dos direitos (humanos) fundamentais inseridos na legislação interna e internacional.

À vista disso, indaga-se o seguinte problema: houve violação de direitos humanos na pandemia em relação aos refugiados? O objetivo geral, que visa analisar a efetividade dos direitos humanos na pandemia em face dos refugiados, responde positivamente a problemática levantada, ou seja, os direitos humanos não produziram efeitos para os refugiados no contexto pandêmico. Ora, as dificuldades lastreadas como: barreiras linguísticas e culturais, preconceitos por serem estrangeiros somaram-se com os novos problemas carreados pela pandemia, vejamos (objetivos específicos): a) o direito de deslocar (ir e vir), muitos países fecharam suas fronteiras como medida de controlar a propagação do vírus e isso fizeram com que muitos refugiados arriscassem suas vidas para cruzar clandestinamente a linha fronteira b) direito à saúde – muitos países excluíram os refugiados da vacina, no começo. E não só por isso, mas esse grupo vive em situações precárias, sendo pessoas propícias a serem contaminadas pelo coronavírus; c) como não são nacionais do país escolhido do refúgio, apesar de possuir os mesmos direitos, é nítido que há uma desigualdade social, um tratamento insuficiente para quem precisa de um olhar mais afincado; d) Direito ao trabalho

- muitos dos refugiados, mesmo em subempregos, não puderam exercer haja vista a pandemia afetar esta área.

## **B. Metodologia**

A metodologia científica utilizada na investigação da presente pesquisa, que garantam explicações a temática explorada, adotou caminhos: a) quali-quantitativas (analisar quantitativamente e subjetivamente o fenômeno migração e pandemia); b) descritivos (descrever sobre refúgio e pandemia sob a problemática levantada) e c) bibliográfico.

## **C. Resultados**

Segundo ACNUR, estima-se que 70 milhões de migrantes foram impactados pela pandemia, os reflexos recaíram principalmente no mercado de trabalho, no acesso à saúde pública e no controle fronteiriço (RODRIGUES; CAVALCANTE; FAERSTEIN, 2020, p.1). A realidade é que muitos ficaram à mercê da sua própria sorte tendo em vista da maioria dos países focar a preocupação em controlar a crise sanitária alastrada pelo COVID-19 em relação aos nacionais. Portanto, percebe-se, em tempos pandêmicos, que os refugiados passaram despercebidos, se já não eram.

## **D. Considerações Finais**

As palavras direitos e humanos juntas criam uma redundância lógica, afinal os direitos humanos não seriam para humanos? Desde a emblemática Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU) em 1945, ainda lutamos para que nossos direitos sejam efetivos, protegidos e diante do cenário mundial atual (pandemia) promover direitos humanos deve ser um exercício constante para reafirmar a fé na dignidade da pessoa humana. Chegar a uma conclusão sobre os direitos humanos na pandemia em face dos refugiados nos remetem as seguintes reflexões: a) a pandemia afetou a todos, principalmente

para os indivíduos na condição de vulnerabilidade como os refugiados; b) Embora a pandemia fez com os números de deslocamentos caíssem, segundo, os fluxos migratórios não pararam e a situação dos refugiados, no contexto pandêmico, foi caótica, pois os países não se preocuparam em fomentar políticas públicas de enfretamento migratório cumulado com ação sanitária.

## Referências

- A DECLARAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em 15 de ago. de 2022.
- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2015/10/01/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/>. Acesso em 31 de ago. de 2022.
- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Protocolo de 1967 relativo ao estatuto dos refugiados. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf). Acesso em 25 ago. de 2020.
- BRÍGIDO, Eveline Vieira; UEBEL, Roberto Rodolfo Georg. Efeitos da pandemia da covid-19 nas migrações internacionais para o Mercosul e a união europeia: aspectos normativos e cenários políticos. **Boletim de Economia e Política Internacional- BEPI n. 27, maio/ago 2020**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10205>. Acesso em 14 de nov. de 2022.
- CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira das; MIESSA, Élisson. **Legislação de direito internacional do trabalho e proteção internacional dos direitos humanos**. Salvador: JusPodvim, 2013.
- HERRERA, Joaquim Flores. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. **Sequência**, v. 23, n. 44, p. 9-29, 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>. Acesso em: 02 mar. 2022.
- LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de Imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e globalização**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. Migrantes sob a perspectiva dos direitos humanos. **Revista Praia Vermelha**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 15-25, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/praiavermelha/article/view/5402/3977>. Acesso em: 12 ago. 2022.
- RODRIGUES, Igor de Assis; CAVALCANTE, João Roberto; FAERSTEIN, Eduardo. Pandemia de Covid-19 e a saúde dos refugiados no Brasil. **PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 30(3), e300306, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/KJshrr5QR8hXFFRqhy6Qv3g>. Acesso em: 27 out. 2022
- VASAK, Karel, **The internacional dimensions of human rigths**. Rev. e Trad. Philip Alston. Connecticut: Greenwood Press, 1982, v.1.
- WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

### 1.3. Mistanásia Social e COVID-19: um estudo sobre a vacinação do Brasil, a partir da análise da tutela dos imigrantes e dos debates no Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>3</sup>

#### A. Introdução

A partir da delimitação do tema, algumas questões importantes surgem para o correto entendimento da importância do objeto pesquisado, tais como: as relações existentes entre o conceito de Mistanásia Social e o processo de vacinação contra a COVID-19 no Brasil a partir da análise da tutela dos imigrantes como minorias no Brasil, vitimadas pela doença e pelo descaso do processo vacinatorio do que os demais segmentos sociais.

Além desta, o respeito à vida digna, enquanto alicerce da bioética, encontra amplo amparo na comunidade internacional, tendo sido objeto da Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, da ONU, 1975; da Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, 1975, também da ONU (DINIZ, 2017).

Os avanços da biotecnologia e da biologia molecular aplicados as ciências médicas fizeram surgir uma série de questionamentos sobre questões ético-jurídicas que passaram a assolar a relação médico/paciente, bem como as pesquisas envolvendo seres humanos. É desses dilemas éticos que se ocupa o Biodireito, o qual pode ser entendido como uma disciplina jurídica cujo principal objeto de estudo é a preservação da vida, dos valores éticos e

---

<sup>3</sup> Trabalho apresentado por *Fábio Rosa Neto* (Mestre em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, e-mail: [rosanetofabio@gmail.com](mailto:rosanetofabio@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7024-6127>) e *Gabriel Rodrigo de Sousa* (Mestrando em Direito pela UFU. Bolsista FAPEMIG. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4006-4781>)

garantia de proteção da dignidade da pessoa humana ante o progresso científico (DINIZ, 2017).

A Resolução nº 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Declaração nº 01/2020 da Corte Interamericana advertem os Estados Nacionais da necessidade de respeito aos Direitos Humanos, em especial daqueles grupos mais vulneráveis da sociedade, em especial com o fortalecimento do princípio *pro persona*, do princípio democrático e os princípios bioéticos voltados a preservação da vida e do direito à saúde, em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos e demais documentos interamericanos. (LOUREIRO, 2022)

A mistanásia social está diretamente relacionada a temática posta por esse projeto de pesquisa. Derivada dos prefixos gregos *mis* (infeliz) e *thanatos* (morte), significando morte infeliz. Logo, o termo é analisado a partir da ótica das pessoas que morrem ao serem abandonadas socialmente pelo Estado (mistanásia passiva) ou em um processo de reificação do ser humano, a partir de experimentos, que visem a sua aniquilação (mistanásia ativa) (LOUREIRO, 2022).

Boaventura de Sousa Santos (2020), por sua vez, ao contextualizar a crise do coronavírus, a descreve como uma acentuação do capitalismo excludente e neoliberal. Para o autor, a vida em sociedade pós-pandemia deverá justamente ter o foco em alterar essa visão hegemônica de mundo que gera tanto desigualdade, em especial para os grupos marginalizados da sociedade, como os imigrantes, por exemplo. A cruel pedagogia do vírus, portanto, é apenas uma representação de um mundo construído por poucos e para poucos, em descompasso com os compromissos de igualdade formal e material, presentes na construção do Estado Democrático de Direito.

Para Hannah Arendt, o totalitarismo, substituído nos tempos atuais pelo preconceito com imigrantes, é uma proposta de organização da sociedade que propõe, destoante de qualquer senso de justiça e proporcionalidade, por meio da ideologia e do terror, promover o medo, valorizar o campo de concentração,

ou seja, a eliminação daqueles considerados inaptos para o convívio em sociedade. Logo, os seres humanos, independentemente do que fazem ou são, podem, a qualquer momento serem vistos como inimigos objetivos do Estado e encarados como supérfluos e descartáveis (LAFER, 1997).

Isso pode ser percebido pela análise da pesquisa desenvolvida pela PUC Minas em parceria com o Núcleo de Estudos da População (Nepo) da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp-SP), publicada no livro *Impacto da Pandemia de Covid-19 nas Migrações Internacionais*, que dentre os resultados alcançados apontou que apenas 182 dos 2.475 imigrantes participantes daquela pesquisa tiveram apoio de associação ou qualquer outro tipo de órgão que atenda imigrantes, durante a pandemia, isso pôde ser atribuído a suspensão dos atendimentos da Polícia Federal e a impossibilidade de renovação de documentos diversos dificultou amplamente o acesso de imigrantes internacionais ao auxílio emergencial, de acordo com Chaves (2020, apud FERNANDES *et. al.*, 2020)

Diante do exposto, o presente projeto de pesquisa possui a seguinte indagação: *a partir da construção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é possível considerar que o processo vacinatório no Brasil representou um exemplo de violação de direitos humanos dos imigrantes? Em outras palavras, o Estado brasileiro escolheu quem morreria ou viveria a partir de critérios de nacionalidade, tendo como base a aplicação do que se denomina mistanásia social?*

## **B. Metodologia**

A partir do exposto, a pesquisa adotará metodologia de cunho dedutivo quanto à forma de abordagem.

A escolha fica justificada, pois o presente trabalho, é norteado a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. Ademais, o raciocínio dedutivo é aquele que pretende extrair uma ideia de outras anteriores e,

diante disso, uma vez aceita as anteriores, a posterior ou as posteriores serão automaticamente aceitas, ficando simultaneamente demonstradas.

Em relação aos procedimentos, a pesquisa adotará uma pesquisa de cunho bibliográfico e de documentos jurisprudenciais nacionais e internacionais para a comprovação ou não sobre os fenômenos destacados. Essa escolha fica justificada pelo fato do trabalho adotar como parâmetros as decisões e recomendações da Corte IDH e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre essa temática, ou outras organizações internacionais. Além disso, necessário será analisar artigos, capítulos e livros que versam sobre questões não somente atinentes ao Biodireito ou a Bioética, mas também conforme mencionado alhures, da Filosofia e da Antropologia que analisem de maneira mais pormenorizada as questões atinentes aos fenômenos da migração e as desigualdades sociais advindas deste processo.

Para isto, a análise dos objetivos se dará por método essencialmente descritivo, sem adentrar ao mérito das questões com emissões de opiniões dos pesquisadores sobre os assuntos abordados.

### **C. Resultados**

Mediante análise dos textos e pesquisas até então observadas, percebeu-se que o processo de vacinação de imigrantes contra a COVID-19 no Brasil careceu de implementação de políticas públicas e regulamentos que desse efetividade a vacinação desse grupo minoritário, principalmente quando observado o grupo de migrantes irregulares ou ilegais.

Conforme visto, os migrantes em território brasileiro, assim como em outros países enfrentam diversas barreiras naturais, como por exemplo o medo da deportação, barreiras linguísticas, desconfiança da vacina, o que demanda uma atuação comissiva do Estado para romper essas barreiras, facilitando o acesso a informação verdadeira e promovendo políticas públicas por exemplo.

Notou-se que durante o período pandêmico o Estado não agiu de maneira comissiva na tutela dos direitos humanos de migrantes no Brasil, inclusive podendo ser percebido a suspensão de atendimento ao público de serviços essenciais à tutela da dignidade humana dos migrantes, como exemplo a emissão e atualização de documentos pela Polícia Federal, que não só atrapalha a política de vacinação, mas também diversos outros programas de assistência social.

Salienta-se que apesar da pesquisa encontrar-se em andamento, pelos resultados já analisados, não se espera uma mudança no diagnóstico final do trabalho.

#### **D. Considerações Finais**

A presente pesquisa teve como objetivo buscar respostas sobre a violação de Direitos Humanos de migrantes no processo brasileiro de vacinação, bem como se houve uma atitude comissiva esperada para a tutela desse grupo minoritário, inclusive dos migrantes irregulares, com a instauração de políticas públicas e acesso à informação para quebrar barreiras naturais do processo migratório.

É percebido que os migrantes durante o período da pandemia do COVID-19 em solos brasileiros enfrentaram diversas dificuldades de tutela de sua dignidade, tanto no que concerne à saúde por meio de vacinação, quanto pela ausência de assistência social necessária.

Alguns serviços essenciais foram suspensos para atendimento, como o caso da emissão de documentos pela Polícia Federal, o que dificultou o acesso à cadastros ou serviços assistenciais que demandavam regularidades e formalidades essencialmente burocráticas, como exemplo do auxílio emergencial.

#### **Referências**



CIDH. Resolução no 1/2020: **Pandemia e Direitos Humanos nas Américas, 2020**. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao1-20-pt.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2021.

CtIDH. **Declaração 1/2020 de 09 de abril de 2020**. Disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/ep\\_27\\_2020\\_port.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/ep_27_2020_port.pdf). Acesso em: 29 mai. 2021.

DE OLIVEIRA MAGALHÃES DA SILVA LOUREIRO, C. R. Mistanásia social, Covid-19 e direitos humanos: um tratado internacional para o enfrentamento das pandemias. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 22, n. 3, p. 135-157, 15 set. 2022. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1896>. Acesso em: 28 out. 2022

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt**. Estudos avançados, v. 11, pp. 55-65, 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/9Sr35XjVCx9L7Ws7QypPMrG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 out 2022.

FERNANDES, Durval et al. Impactos da pandemia de Covid-19 nas migrações internacionais no Brasil: resultados de pesquisa. **Campinas, SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” - Nepo/Unicamp, 2020**.

OPAS, Organização Pan-Americana da Saúde. **Imunização contra COVID-19 em refugiados e migrantes: princípios e principais considerações**. Orientação provisória 31 de agosto de 2021. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/344793>. Acesso em: 12 out. 2022.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Editora Almedina. 2020.

### 1.3 Violações De Direitos Humanos Durante a Pandemia: sobre a possibilidade de Responsabilização Estatal Diante da Corte Internacional De Justiça<sup>4</sup>

#### A. Introdução

A pandemia causada pelo vírus COVID-19 estabeleceu um cenário global poucas vezes antes visto. Considerando a evolução do Direito Internacional no século XX e a consolidação dos Direitos Humanos e Migratórios nos âmbitos universal e regional, é possível afirmar que, para a atual conjuntura global internacionalizada e fortemente influenciada pela Diplomacia e pelo Direito, esta é realmente uma situação sem precedentes. Durante a

---

<sup>4</sup> Trabalho apresentado por *Augusto Guimarães Carrijo* (Graduando em Direito. Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista CNPq. Email: [augustocarrijo@hotmail.com](mailto:augustocarrijo@hotmail.com). Esta apresentação reflete os resultados finais de minha pesquisa patrocinada pelo CNPq.)

pandemia, iniciativas coletivas propostas pelas maiores Organizações Internacionais do mundo não conseguiram unir todos os Estados em um só plano de ação, e estratégias individuais foram adotadas ao redor do globo, deixando migrantes desamparados. Atitudes consideradas excepcionais passaram a ser rotineiras e desafios às propostas de cooperação global se tornaram estratégias políticas. Além disso, restrições de direitos foram instituídas em larga escala e tentativas de responsabilização estatal pela disseminação do vírus foram efetuadas.

Nesse cenário repleto de incertezas, é importante entender os limites legais e obrigações que existem no direito internacional e aos quais os Estados estão obrigados. Além disso, também é crucial saber até que ponto um Estado pode atuar, até que sua ação - ou omissão - possa ser considerada um ato ilícito, e sua responsabilidade acionada diante de um tribunal internacional. Especificamente, no escopo desta pesquisa, se - e como - os Estados podem ser responsabilizados, por violarem direitos humanos, incluindo àqueles relacionados ao direito de migrar, perante a Corte Internacional de Justiça.

Os tratados de direitos humanos preveem a garantia do direito à vida e do direito à saúde e impõem obrigações positivas aos Estados. Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu artigo 6º, estabelece que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.” De acordo com o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, o direito à vida, é um cuja proteção efetiva é o pré-requisito para o gozo de todos os outros direitos humanos (2018). Desta forma, o direito não deve ser interpretado de maneira restrita e inclui o direito de indivíduos estarem livres de atos e omissões que possam causar sua morte não natural ou prematura (COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, 2018). Nos termos do pacto, “privação de vida” envolve um dano fatal previsível e evitável, ou lesão, causada por um ato ou omissão.

Embora as violações do direito à vida sejam comumente associadas ao uso arbitrário de força letal por parte de autoridades do Estado, atos públicos, privados e omissões no setor da saúde pode muito bem violar esse direito e desencadear a responsabilidade estatal, conforme declarado pelo Corte Europeia de Direitos Humanos (2012, p. 31). Assim, os Estados têm o dever positivo de adotar as medidas necessárias para salvaguardar a vida dos indivíduos sob sua jurisdição e fazer tudo o que puderem prevenir riscos evitáveis (COCO, A.; DIAS, T, 2020).

Por outro lado, o direito humano à saúde também impõe um importante dever aos Estados, uma vez que estabelece que os indivíduos devem desfrutar do mais alto padrão atingível de saúde física e mental (NAÇÕES UNIDAS, 1966). Em particular, o PIDESC impõe obrigações importantes quanto à realização do direito em seu artigo 12.2. Com efeito, os Estados têm a obrigação de controlar as doenças, tanto individualmente quanto por meio da cooperação internacional, agindo no sentido de, entre outras coisas, disponibilizar tecnologias relevantes, usando e melhorando a vigilância epidemiológica e a coleta de dados de forma desagregada, a implementação ou melhoria dos programas de imunização e outras estratégias de controle de doenças infecciosas (COCO A.; DIAS T., 2020; COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, 2000).

Não menos importantes, são aqueles direitos conectados à migração. Para os migrantes especiais, como os refugiados, que saem de seu país por algum motivo de perseguição pautado em raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social ou opinião política, a garantia de seus direitos humanos relacionados à migração não pôde ser ignorada em meio a pandemia (ACNUR, 1951). Este período foi de especial vulnerabilidade para esse grupo que se viu desamparado por seu país de origem e buscando ajuda nos Estados para os quais se destinavam. No âmbito americano, à luz da Declaração de Cartagena de 1984, esta tópico se faz ainda mais evidente,

levando em conta a categoria criada por esta declaração relativa à violação massiva e generalizada de direitos humanos (ACNUR, 1984).

A Corte Internacional de Justiça começou a lidar com questões de direitos humanos de uma forma mais direta e passou a decidir casos focando diretamente em alegações de violações dos direitos humanos (SIMMA, 2012, p. 590). Na Opinião Consultiva sobre a construção de um muro, de 2004, por exemplo, a Corte considerou que a construção da barreira de separação por parte de Israel no território Palestino ocupado representou uma série de violações de obrigações erga omnes e jus cogens, destacando-se, entre elas, as obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos aos quais Israel é parte (SIMMA, 2012, p. 591).

No caso Ahmadou Sadio Diallo, a Corte analisou diretamente os direitos humanos de Diallo como tais e não tentou traduzi-los como direitos do Estado de origem de Diallo, o que era uma manobra comum na jurisprudência da Corte no século XX. Além disso, a CIJ passou a referir-se mais à jurisprudência da ONU e dos órgãos regionais de monitoramento (SIMMA, 2012, 593), incluindo tribunais regionais. Outrossim, atualmente a Corte está analisando o caso da aplicação da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, entre Myanmar e Gambia, no qual Gambia, enquanto Estado-parte da Convenção, busca a responsabilização de Myanmar pelas condutas adotadas, tomadas e conduzidas contra os membros do grupo Rohingya, uma minoria étnica, racial e religiosa. O povo Rohingya, inclusive, foi forçado a se deslocar para Bangladesh, fugindo da política genocida do Estado de Myanmar.

Nesse sentido, aparentemente, a Corte não só começou a abordar questões de direitos humanos, e, portanto, abriu uma oportunidade para os Estados apresentarem reivindicações relacionadas às obrigações de direitos humanos durante a pandemia, como aqui proposto, mas também, a Corte naturalizou a apreciação de órgãos da ONU e de jurisprudência de tribunais regionais, o que auxilia na elaboração de uma discussão em torno de violações

de convenções dos direitos humanos. Ademais, o caso *Gambia v. Myanmar* pode constituir um precioso precedente para “terceiros Estados” entrarem na Corte em nome dos interesses da comunidade, buscando a responsabilização de Estados que violem obrigações erga omnes e erga omnes partes.

## **B. Metodologia**

Trata-se de uma pesquisa de cunho aplicado, na área do Direito Internacional, que foi desenvolvida através de uma abordagem qualitativa e adotando uma natureza exploratória para compreender a possibilidade de responsabilização do Estado perante a CIJ por suas violações de direitos humanos. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, principalmente no que se refere a jurisprudência dos principais tribunais internacionais, instrumentos normativos relevantes, doutrina existente e artigos relativos à área desta pesquisa.

## **C. Resultados**

Materialmente, os seguintes resultados foram obtidos, ou, em outras palavras, as seguintes conclusões foram atingidas. Casos de Direitos Humanos na Corte Internacional de Justiça são possíveis desde que as regras da Corte de jurisdição e admissibilidade sejam seguidas. Embora supostas violações de jus cogens; erga omnes; ou direitos humanos, não deem jurisdição automática para a Corte analisar um caso por conta da natureza dessas violações per se, caso algumas das fontes de jurisdição da Corte sejam acionadas; uma disputa existir, envolvendo um interesse legal ou um direito – concedendo standing para o Estado aplicante – a Corte poderia julgar um caso relativo a direitos humanos.

Portanto, tem-se o seguinte: No presente momento do direito internacional, é possível que um Estado que tenha cometido violações de direitos humanos, incluindo àqueles relacionados à migração, durante a

pandemia seja levado à CIJ para fins de responsabilização estatal. Isso deverá ser feito por um terceiro-estado, que, embora não tenha sofrido nenhum dano individual, o fará em nome da comunidade internacional, a partir do interesse coletivo que todos Estados possuem na proteção de obrigações erga omnes. Para tanto, este terceiro-estado deverá provar que as obrigações que busca defender são, por natureza, erga omnes, ou erga omnes partes. Nesse sentido, dois dos principais requisitos preliminares de admissibilidade estarão presentes: tanto a existência de uma disputa, quanto o standing do terceiro-estado aplicante. Assim, restaria satisfazer-se de que a CIJ possui jurisdição sobre o caso. Para tanto, alguma das fontes de jurisdição da Corte, deverá estar presente. Questões políticas à parte, este é o caminho para levar um Estado que violou direitos humanos durante a pandemia à Corte Internacional de Justiça.

#### **D. Considerações Finais**

Entendemos que é possível um Estado ser responsabilizado perante a Corte Internacional de Justiça por violações de direitos humanos, incluindo àqueles conectados à migração, durante a Pandemia do COVID-19. Para tanto, compreendemos que é necessário que os requisitos de jurisdição e admissibilidade da Corte estejam presentes. Um terceiro Estado, assim como no caso *Gâmbia v. Myanmar*, deverá levar o Estado violador até a Corte. Assim, este terceiro Estado precisará comprovar que possui standing para tal. Isso poderá ser feito através da natureza erga omnes/ erga omnes partes das obrigações discutidas. Assim, concluímos que, questões políticas à parte, o caminho para tal responsabilização existe.

#### **Referências**

ACNUR. Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados. 28 de Julho de 1951. Disponível em:  
[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 20/10/2022

ACNUR. Declaração de Cartagena. 22 de Novembro de 1984. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf). Acesso em: 20/10/2022.

ANTONOPOULOS, Constantine. Counterclaims before the International Court of Justice. The Hague: TMC Asser Press, 2011.

BIRD, Anne. Third state responsibility for human rights violations. *The European Journal of International Law*, vol. 21, n° 4, pp. 883-900, 2011. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/21/4/2118.pdf>. Access 01.05.2021. Acesso em: 20/10/2022

CROOK, John. The International Court of Justice and Human Rights. *Northwestern Journal of International Law*, v.1, n.1, pp. 1-8, 2004

EAGLETON, Clyde. International Organization and the Law of Responsibility. In:

GAJA, Giorgio. The Approach of the International Court of Justice to injuries suffered by individuals. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 103, n. 125-130, p. 575, 2017.

HANQIN, Xue. *Jurisdiction of the International Court Justice*. Leiden: Brill, 2017.

HIGGINS, Rosalyn. The International Court of Justice and Human Rights. In: HIGGINS, Rosalyn. *Themes and Theories*. Oxford: Oxford University Press, v. 1, chap. 5.14, pp. 639-654, 2009..

ICJ. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Judgment of 30 November 2010. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 20/10/2022

ICJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Judgment of 22 July 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/178/judgments>. Acesso em: 20/10/2022

ICJ. Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain). Judgement of 24 July 1964. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19640724-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 20/10/2022

ICJ. Basis of the Court's jurisdiction. In: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. ICJ. The Hague, 2021. <https://www.icj-cij.org/en/basis-of-jurisdiction>. Acesso em: 20/10/2022

ICJ. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion of 9 July 2004. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 20/10/2022

ICJ. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). Judgment of 20 July 2012.

ICJ. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Advisory Opinion of 28 May 1951. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 20/10/2022

ICJ. South West Africa (Liberia and Ethiopia v. South Africa). Judgment of 21 December 1962.

ICJ. South West Africa (Ethiopia/Liberia v. South Africa). Judgment of 18 July 1966.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001.

JAYAKUMAR, S.; KOH, Tommy. *Pedra Branca: The Road to the World Court*. Singapore: NUS Press, 2009.

KATTAN, Victor. 'There was an elephant in the court room': Reflections on the role of Judge Sir Percy Spender (1897-1985) in the South West Africa Cases (1960-1966) after half a century. *Leiden Journal of International Law*, [Leiden], v. 31, n. 1, p. 147-170, 2018.

- KAWANO, Mariko. Standing in the Contentious Proceedings of the International Court of Justice. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 55, pp. 208-236, 2012.
- PCIJ. S.S. Wimbledon (United Kingdom; France; Italy; Japan v. Germany). Judgment of 17 August 1923.
- RIPHAGEN, Williem. Reports on State responsibility by Special Rapporteurs - Fourth Report. *YbILC*, v. II/1, 1983
- ROSENNE, Shabtai. *The Law and Practice of the International Court, 1920–2005* - Vol. ii. 4 ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- SALVIOLI, Gabriele. *La Jurisprudence de la Cour permanente de Justice Internationale*. . In: *HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 12. London: Brill, 1926
- SCHWEBEL, Stephen. Human Rights in the World Court. In: SCHWEBEL, Stephen. *Justice in International Law: Selected Writings* pp. 146-168 Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- SEIDERMAN, Ian. *Hierarchy in International Law, the Human Rights Dimension*. Antwerp: Intersentia, 2001.
- SIMMA, Bruno. From Bilateralism to Community Interest in International Law. In: *HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 250. London: Brill, 1994.
- SIMMA, Bruno. Human Rights before the International Court of Justice: Community interest coming to life?. In: *Coexistence, Cooperation and Solidarity*. Leiden: Brill, 2011.
- TAMS, Christian. *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*. 1 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- TOMUSCHAT, Christian. Part Three Statute of the International Court of Justice, Ch. II Competence of the Court, Article 36. In: ZIMMERMANN, A.; TAMS, C.; TOMUSCHAT, C. (ed). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2019
- URS, Priya. Obligations erga omnes and the question of standing before the International Court of Justice. *Leiden Journal of International Law*, v. 34, pp. 505-525, 2021.
- 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.
- ZYBERI, Gentian. *The humanitarian face of the International Court Justice: its contribution to interpreting and developing international human rights and humanitarian law rules and principles*. 1 ed. Cambridge: Intersentia, 2008.

## 1.4 The Ukrainian Migrants Receptivity In The European Continent During The Ukraine Vs Russia Conflict: A Compared Analysis With The Afghan Migration Flows In Europe<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Paper presented by *Daniel Urias Pereira Feitoza* (Undergraduate at the Jacy de Assis Law School from the Federal University of Uberlândia (UFU). Researcher at the Studies and



## A. Introduction

Firstly, for better achieving the goals put out by this paper it is of great importance to understand how the conflicts here analyzed took place in the global paradigm. In this sense it is possible to argue that the ukrainian and russian conflict had its origins when the slavik country was still a part of the Soviet Union, being a key location for commerce, farming and belic strategies of the block.

In the the year 1931, extending until 1933, Ukraine fell victim to a genocide named Holomodor, conducted by the Staling government it resulted in the deaths of over a million people by starvation followed by the sanctions imposed in the region by the USSR as a way of retaliation for ukrainian resistance (TAMANINI, 2019).

Subsequently, Ukraine became an independent nation in 1991 and, although the scars of the domain of the USSR over the country still lingered, conquered some liberty. With the end of the Soviet Union the country had the third biggest nuclear arsenal in the world (Cirincione; Wolfsthal; Rajkumar, 2005) but being a nuclear nation didn't last long and in 1994 the entire arsenal was transferred for the russians during the ratification of the Budapest Memo, with that the country started turning its face to the west, negotiating terms of joining the European Union, plans that latter showed unfruitful.

The conflicts between the countries continued through the years with the annexation of Crimea to the russian territory in 2014 which was followed

---

Research Group in International Law (GEPDI-UFU), Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5374299256344083>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1841-145X>.) & *Pedro Lucchetti* (Undergraduate at the Jacy de Assis Law School from the Federal University of Uberlândia (UFU) with a study period at the University of Porto (UP) - Portugal. Researcher at the Studies and Research Group in International Law (GEPDI-UFU), Center for Studies in International Courts (NETI-USP) and International Critical Law Study Group (DICRI-UFU). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8513405321505466>.)

by the invasion of ukraine in 2022, both events that intensified the migration flows of refugee seekers in the european continent.

Now entering in the matter of the reception of this refugees on the rest of the european continent on what was called “Europe’s largest refugee crisis this century” (UNHCR 2022), as an answer to such crisis the EU countries opened their borders to the refugees and granted all newly arrived Ukrainians with a temporary protection status, a phenomenon that had never been seen by the block.

The temporary protective directive (TPD) was adopted in 2001 as a mechanism to permit a quick response to a mass influx of refugees (European Commission 2016), defining “mass influx” in a vague way that permits the EU to use such directive politically, those granted with this police will obtain a temporary residence permit as well as a series of social, labor and educational rights in the receiving countries, for an initial period of 1 year. Valid to notice that the implementation of the directive was followed by messages of solidarity by the EU, with the European Commission’s President von der Leyen (2022) affirming that “refugees from Ukraine deserve our solidarity and support, and so do the countries that welcome them.”.

Until the current crisis the EU had never used the TPD, arguing that there never was such a several migration crises in the continent and being the closest to that the Syrian crisis of 2015 and 2016 (Trauner 2016). Nevertheless, institutioning the TPD demands a qualified majority in the Council, and several member states considered the law as too liberal when compared to the regular refugee procedure due to the number of rights given to those who fall under the protection of the directive.

Another point that is valid to make in this research is the swiftness of the implementation of the directive, some argue that such measures were taken so fast because of the european fear from the russian invasion in their continent, while the “whiteness” or “Europeanism” of Ukrainians refugees can also be raised into consideration, with the bulgarian prime minister even

affirming that “this is not the refugee wave we have been used to, people we were not sure about their identity, people with unclear pasts, who could have been even terrorists.”, and “these people are Europeans”.

Moving on to analyze the second conflict that this paper aims to understand, in 2001, after 9/11 attacks, the US invaded Afghanistan. The purpose of the invasion was to capture Osama Bin Laden and other Al-Qaeda leaders and destroy the entire organization, and remove the Taliban regime which had supported Bin Laden from power. Walter Mignolo postulates that:

[...] the entire planet, with the exception of Western Europe and the United States, has one thing in common: they all have to confront invasion by Western Europe and the United States, whether as diplomatic or war-related, beneficial or disastrous. At the same time, Western Europe and the United States have something in common: a history of five-hundred years of invasion, whether diplomatic or armed, of the rest of the world (MIGNOLO, 2011).

Concerning the first goal, it was successfully achieved by NATO and the US. In this sense, since the withdrawal of the US and NATO (North Atlantic Treaty Organization) troops from Afghanistan, after 20 years of occupation, on August 15, 2021, the Taliban regained power in Afghanistan. The offensive took place shortly after the US withdrawal, following an agreement between Washington and the Taliban, the Doha Agreement where the organization commits to maintain human rights and peace respect in Afghanistan (MALEY; JAMAL, 2022).

Since the fall of Ashraf Ghani government, the Taliban closed several girls elementary schools and prevented millions depriving thousands of girls from pursuing an education. In March the education ministry affirmed that girls' schools would reopen once a new pedagogical plan was drawn up under the new Afghan code. According to the World Food Program, 23 million people, more than two-thirds of the country's population, are in food insecure condition. About 1 million children under 5 years old suffer from prolonged malnutrition (ONU, 2021).

These two reasons added to the oppression and control of freedom of expression, so that there are no manifestations against the Taliban regime. Thousands of Afghans began to seek refuge in Europe (SHEN, 2022). In this sense:

As a result, their reactions (Taliban) to this perceived threat to their life were similar to those of Ukrainians: Afghans tried to evacuate the country en masse in a few weeks, with many dying as they tried to leave. Although the United States and its (European) allies tried to evacuate as many Afghans as possible in the short time that was available, reactions of Americans and Europeans to these new arrivals were far more negative. [...] Although the situations in Ukraine and Afghanistan are (somewhat) comparable, the reactions of the American and European public to the reception of these two different groups of refugees are clearly different (CONICK, 2022).

Concerning this fact, recent studies demonstrates that Europeans feel less threatened by migrants that comes from Europe than those from non-european countries, like Afghans (CZAIKA; DI LILLO, 2018). Regarding both conflicts addressed in this survey, Ukrainian people have a reinforced value system between the rest of Europe taking into account that Ukraine has been taking efforts to join the European Union and the NATO, and, this contributes that Europeans and Americans have a more sympathetic sentiments towards the Ukrainian flows to other European States. With regards to Afghans, previous surveys have the opportunity to show that Americans and Europeans believes that migrants arising from Middle East, like Afghanistan, holds conservative values that distance them socially and politically which barriers policies of reception, inclusion and exterminate racism and xenophobia of those migrants in european continent (DAVIDOV; et al, 2020).

## B. Methodology

Concerning the methodology of this work, a bibliographic research is carried out, from the hypothetical deductive method of approach and the descriptive and explanatory methods regarding the objectives. Based on that,

qualitatively selected articles are used, as well as journalistic materials and other research sources such as international treaties, reports from important international organizations and doctrines of renowned authors for the development of this work.

### **C. Results**

As a result of the present work, the research can point out that there is a difference in the reception of Ukrainians and Afghanistsans insofar, regarding the Ukraine conflict there are common interests between the European Union, the United States and Ukraine that makes Ukrainian individuals have access and facilitated permanence in Europe.

### **D. Conclusion**

The present paper briefly analyzed the origin and the results of two conflicts that led to an intense migration flow to Europe, studying how the continent has received these different, european and non european, refugees. It can conclude that the Ukrainian refugees enjoy a vast array of rights and were welcomed more quickly by the EU countries than any other refugees had ever been. It concludes that the “European Fear” of the russian invasion as well as the Witness of the refugees had influence in the swiftness of the reception of these refugees, differently then what happened to the afghans that were fleeing their home country. In this sense, we can find more key similarities between Ukrainian and Afghan refugees than differences. This survey, that does not propose to reach exhaustive results on the subject in analyzes, was able to verify that there is a cover-up of a specific group to the detriment of another and this is intrinsically thanks to the chasm between the way in which Ukrainians and Afghans are seen under the perspective of global north and its interests.

## References

- MIGNOLO, Walter. Epistemic Disobedience and the Decolonial Option: A Manifesto. *Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, Vol. 1 Issue 2, pp. 44–66, 2011.
- MALEY, William; JAMAL, Ahmad Shuja. Diplomacy of Disaster: The Afghanistan 'Peace Process' and the Taliban Occupation of Kabul. *The Hague Journal of Diplomacy*, Vol. 17, Issue 1, pp. 32-63.
- FRANK, Julia. **Afeganistão praticamente inteiro exposto a passar fome, alerta agência da ONU**, ONU NEWS, Brasília. 14 dec. 2021. Available: <https://news.un.org/pt/story/2021/12/1773652>. Access: 15 nov. 2022.
- SHEN, Yang. Impacts of Afghanistan Refugee Crisis and Solutions for European Union. **Proceedings of the 2021 International Conference on Social Development and Media; Communication (SDMC 2021)**. London: Atlantis Press, 2022. Available: <https://www.atlantispress.com/proceedings/sdmc-21/125968523>. Access: 15 nov. 2022.
- CONICK, David de. The Refugee Paradox During Wartime in Europe: How Ukrainian and Afghan Refugees are (not) Alike. *International Migration Review*, Vol. 17, pp. 1-9, 2022. Available: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/01979183221116874>. Access: 15 nov. 2022.
- CZAIKA, M; DI LILLO, A. The Geography of Anti-Immigrant Attitudes Across Europe. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 44 Issue 15, pp. 2453–2479. Available: <https://doi.org/10.1080/1369183X.2018.1427564>. Access: 15 nov. 2022.
- DADIVOD, E. Direct and Indirect Predictors of Opposition to Immigration in Europe: Individual Values, Cultural Values, and Symbolic Threat. *Journal of Ethnic and Migration Studies*. Vol. 46, Issue, 3, pp. 553-573.
- TAMANINI, Paulo Augusto. O Holodomor e a memória da fome dos ucranianos (1931-1933): o ressentimento na história. V. 64 (2019): JAN/ABR *Historiografia e história intelectual Ibero-americana*. Available: <https://revistas.pucsp.br/revph/article/view/40777>. Access: 20 set. 2022.
- CIRINCIONE, Joseph; WOLFSTHAL, Jon B. RAJKUMAR, Miriam. *Deadly Arsenals: Nuclear, Biological, and Chemical Threats*, (Washington, DC, Carnegie Endowment for International Peace, 2005, pp. 378-379.
- UNHCR. **UNHCR Mobilizing to Aid Forcibly Displaced in Ukraine and Neighbouring Countries**. Available: <https://www.unhcr.org/news/briefing/2022/3/621deda74/unhcr-mobilizing-aid-forcibly-displaced-ukraine-neighbouring-countries.html>. Access: 15 nov. 2022.
- EUROPEAN COMMISSION. **Study on the Temporary Protection Directive: Final Report**, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016. Available: [https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-09/final\\_report\\_evaluation\\_tpd\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-09/final_report_evaluation_tpd_en.pdf). Access: 15 nov. 2022.
- TRAUNER, F. Asylum Policy - the EU's 'Crises' and the Looming Policy Regime Failure, *Journal of European Integration*, Vol. 38, pp. 311–325, 2016.

## *Grupo de Trabalho II – Cenário Internacional de Conflito*

## 2.1 A Condição de Refugiados do Povo Afegão e os Direitos Humanos: um Panorama da Situação Em Guarulhos/SP<sup>6</sup>

### A. Introdução

Diante de tenebrosas crises humanitárias no Oriente Médio, principalmente, no que tange ao século XXI, haja vista o crescente número de pessoas em situação de refúgio no Brasil, faz-se necessário um estudo cauteloso acerca das condições sociais dos migrantes em solo brasileiro. Portanto, tendo isto em vista, é fundamental repensar medidas e estratégias para que esta comunidade saia da negligência do Estado nacional e também dos regimes e Organizações Internacionais. Nesse sentido, a pergunta que se cabe aqui realizar é: Qual a situação atual do povo refugiado afegão no Brasil, em específico na cidade de Guarulhos?

Primordialmente, vale ressaltar que a retomada do poder pelo Talibã no Afeganistão se deu devido à uma medida do governo de Joe-Biden que retirou, após quase 20 anos de intervenção, as tropas estadunidenses do território. Esta medida foi pautada, principalmente, no alto custo de manutenção das tropas em solo estrangeiro. Portanto, com a saída do exército norte-americano, os fundamentalistas encontraram espaço para obter de volta o controle da capital, Cabul, que aconteceu em 15 de agosto de 2021. Além disso, é importante evidenciar que a ocupação das tropas estadunidenses teve início em 2001, logo após os atentados de 11 de setembro (G1, 2021).

---

<sup>6</sup> Trabalho apresentado por *Maria Paula Pereira Souza*, Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0265351789366364>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-9248-2251>>. Contato: <[uai.mariapaulasouza@gmail.com](mailto:uai.mariapaulasouza@gmail.com)> e Tábata Louise Araújo Sousa, Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Lattes: <<https://lattes.cnpq.br/5167113945699006>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-2190-539X>>.

A palavra talibã, do árabe pashto, significa aluno. Tendo isto em mente, o grupo extremista islâmico tem como objetivo principal impor a lei islâmica (e a interpretação que eles possuem dela) no país, a sharia. Nesse sentido, algumas das imposições que o grupo pretende colocar em vigor são: proibição de mulheres ao trabalho e à educação, obrigatoriedade do uso da burca, proibição de acesso a conteúdos relacionados e advindos do ocidente, punições extremas, execuções públicas e etc (G1, 2021).

Nesse viés, observa-se que a migração forçada – devido aos conflitos de ordem política, social e econômica nesta região e no Oriente Médio – destaca-se como elemento motriz dos êxodos em larga escala. Segundo, a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências, declara que a condição de refugiado consagra-se nas seguintes hipóteses:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:  
I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;  
II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;  
III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (BRASIL, 1997).

Assim, frente a essa problemática, consagra-se como um dos princípios fundamentais à dignidade humana, segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo XIV: “1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.” (NAÇÕES UNIDAS, 1948). Isto posto, observa-se no Brasil um alto índice de imigrantes reconhecidos em condição de refúgio. De acordo com dados do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE, 2022), aproximadamente 63.783 pessoas estão nessa situação. Devido ao alto contingente de solicitação de refúgio, nota-se a lentidão, no que concerne à análise e à decisão dos pedidos no Brasil, – de acordo com Carla Mustafa, assessora jurídica do Centro de Direitos Humanos



e Cidadania do Imigrante da cidade de Guarulhos (CDHIC), demora-se cerca de 4 anos para a obtenção de uma deliberação – as quais são de responsabilidade do CONARE, que é o órgão colegiado vinculado ao Ministério da Justiça.

Neste viés, apenas na cidade de Guarulhos, em São Paulo, aproximadamente 2.000 afegãos desembarcaram no Aeroporto Internacional de Guarulhos desde janeiro de 2022. (PROFISSÃO REPÓRTER, 2022). Logo, é possível perceber que as condições de estadia – até a regulamentação dos documentos e a concessão do refúgio pelo governo federal – são deficitários. Nesse sentido, os afegãos que desembarcam no aeroporto permanecem em uma ala disponibilizada pela prefeitura da cidade e recebem os primeiros cuidados de voluntários e de servidores da prefeitura. Segundo dados da ACNUR Brasil, este espaço mencionado anteriormente é considerado como “abrigo emergencial e temporário” e é oferecido pela rede pública do governo e de organizações da sociedade civil, porém, além de ser um recinto improvisado, não há a garantia de vagas. De acordo com a doutora e estudiosa do tema dos Direitos Humanos, Flávia Piovesan:

O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. (PIOVESAN, 2013, p.57).

Diante do exposto, urge medidas que executem a desburocratização do processo de solicitação de refúgio, dado que, a demora nos pareceres dificulta o acesso às políticas públicas por parte dos migrantes, e conseqüentemente, há violações em seus direitos fundamentais, como, por exemplo, a impossibilidade de estabelecer uma vida digna no território brasileiro, perpetuando, assim, uma situação de marginalização social.

Ademais, percebe-se a existência de disparidades entre diversas regiões do país, no que concerne a ampliação de políticas públicas que visem o

acolhimento dos migrantes, desse modo, carece de igual disseminação o amparo legal-institucional para que se possa abranger outros estados, para além de São Paulo.

Portanto, identifica-se no presente resumo, o despreparo governamental, a insuficiência de recursos e as consequências da exacerbada morosidade por pareceres do Estado brasileiro frente às várias solicitações de refúgio. Dessa maneira, estes problemas consagram-se como paradigmas a serem combatidos, uma vez que aos poucos há a degradação da dignidade da pessoa humana ante às instituições democráticas do país.

## **B. Metodologia**

No desenvolvimento deste, a pesquisa se caracteriza como descritiva, visto que se busca descrever as características e as relações que o fenômeno existente provoca. No que diz respeito à forma de abordagem, se utiliza do método dialético, já que por meio de fenômenos sociais, princípios, leis e argumentação, se provoca a discussão sobre o tema. Sobre a análise dos objetivos, se concentra em um estudo normativo e sobre o procedimento, utiliza-se tanto de bibliografias quanto de fontes documentais e entrevistas.

## **C. Resultados**

Levando em consideração, o contexto, os dados quantitativos e qualitativos expostos e as condições dos refugiados recém chegados no Brasil, é possível perceber que há um certo despreparo na acolhida destes em solo brasileiro. Nesse sentido, as alternativas propostas pelo governo para que se atenda, primeiramente, as necessidades do povo afegão não comporta a quantidade de pessoas que solicitam esta ajuda, seja pelo recurso ineficaz (levando em conta que o auxílio material entregue para estas pessoas vem de arrecadações de doações de ONGs, da sociedade civil e da prefeitura de Guarulhos), seja pela demora burocrática. Além disso, um dos problemas de

destaque acerca desta problemática é a baixa escala de contribuintes nos postos de ajuda, que de certa maneira, contribui para que a condição de carência se perpetue entre os afegãos.

Ainda, é importante ressaltar que o Brasil recebe um contingente alto de imigrantes e solicitações de refúgio, não apenas de afegãos, mas de diversas partes do globo, como vindos da Venezuela, do Congo e também da Síria (ACNUR, 2022). Embora não se justifique, é passível de certa compreensão as limitações de atuação do governo federal, das organizações nacionais e internacionais de ajuda humanitária e da ACNUR perante à situação demonstrada. E ainda, cabe ressaltar que o presente trabalho considera, em suma, a conjuntura específica da cidade de Guarulhos, principal porta de entrada aérea de refugiados de países que não fazem fronteira territorial com o Brasil.

#### **D. Considerações Finais**

Conclui-se que, devido à numerosa quantidade de pedidos de refúgio no Brasil, é difícil o reconhecimento abrupto de todas as solicitações enviadas ao ordenamento jurídico. Além do desconhecimento de muitos casos de penumbra social vivida por migrantes, por parte do governo federal brasileiro, que impede os refugiados de conseguir não somente oportunidades de acesso à saúde, educação, lazer e trabalho como também, a integração plena à sociedade brasileira. Portanto, é plausível considerar que há poucas possibilidades de efetivação ampla da lei de migração no Brasil, mantendo, assim, uma progressiva descrença nos aparatos da justiça da nação verde-amarela, que é reconhecida internacionalmente como um ótimo destino para um recomeço de vida. Em suma, deseja-se que deste trabalho acadêmico, propicie o entendimento acerca do problema das precárias condições sociais dos refugiados do Afeganistão no Brasil, visando democratizar o acesso ao conhecimento sobre migração, de maneira organizada e concisa, para que

novas pesquisas sejam feitas e que a pauta sobre migrações e refúgio seja matéria obrigatória nas agendas futuras da academia e dos espaços de poder.

## Referências

ACNUR. Dados sobre refúgio no Brasil. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em: 11 nov. 2022.

ACNUR. Informativos para a população afegã. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://help.unhcr.org/brazil/informativos-para-a-populacao-afega/>. Acesso em: 12 nov. 2022.

ACNUR. Refúgio em Números. [S. l.], 2021. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/#:~:text=Importante%20destacar%20a%20diversidade%20de,haitianos%20\(2%2C7%25\)](https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/#:~:text=Importante%20destacar%20a%20diversidade%20de,haitianos%20(2%2C7%25).). Acesso em: 12 nov. 2022.

APARTES. Ponto de recomeço. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/apartes/ponto-de-recomeco/#:~:text=Seus%20principais%20objetivos%20s%C3%A3o%20garantir,coordenadas%20com%20a%20sociedade%20civil>. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jul. 1997. Seção 1, p. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm). Acesso em: 10 nov. 2022.

G1. Talibã volta à capital do Afeganistão 20 anos após ser expulso pelos Estados Unidos: Grupo extremista islâmico defende uma rendição pacífica do governo afegão. O Talibã foi expulso da capital Cabul pelos Estados Unidos em 2001, dias após os ataques do 11 de setembro.. [S. l.], 15 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/08/15/taliba-cabul-20-anos-depois.ghtml>. Acesso em: 12 nov. 2022.

MIGRAMUNDO. Qual o caminho dos pedidos de refúgio no Brasil?. Disponível em: <https://migramundo.com/qual-o-caminho-dos-pedidos-de-refugio-no-brasil/#:~:text=Em%20teoria%2C%20o%20Conare%20admite,levar%20o%20dobro%20do%20tempo>. Acesso em: 5 dez. 2022.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional / Flávia Piovesan. – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Bibliografia. 1. Direito constitucional 2. Direitos humanos (Direito internacional) I. Título. CDU-347.121.1:341:342.

PROFISSÃO REPÓRTER. Refugiados no Brasil. Edição de 08/11/2022. Disponível em: [www.globoplay.globo.com](http://www.globoplay.globo.com). Acesso em: 9 nov. 2022.

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo 14. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/#:~:text=Artigo%2014-1,e%20princ%C3%ADpios%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas..> Acesso em: 11 nov. 2022.

## 2.2 O Agravamento da Vulnerabilidade das Mulheres Romani Frente à Guerra Na Ucrânia<sup>7</sup>

### A. Introdução

O povo romani é originário da Ásia, seus ancestrais deixaram o nordeste da Índia no começo do século XI devido a incursões islâmicas na região. Com a expansão do Islã para o oeste, diferentes grupos romani se deslocaram para o sudoeste da Europa - em torno de metade dessas pessoas foi presa e escravizada na região dos Bálcãs até 1864, enquanto os outros conseguiram mover-se e espalhar-se pelo resto da Europa. Nos dias de hoje estima-se que existam em torno de 12 milhões de romanis ao redor do mundo, ainda que a maioria deles siga no Velho Continente. Como sua origem não era de conhecimento geral, tendo se tornado quase esquecida com o passar do tempo até mesmo pelos próprios romanis, hipóteses errôneas e até mesmo fantasiosas foram se estigmatizando para explicar quem era esse povo e de onde eles vinham. A existência dessa identidade nebulosa contribuiu para uma manipulação das verdades que eram aceitas a respeito dessas pessoas. No início do século XIX, com os estudiosos da época categorizando plantas e animais nas novas colônias europeias se fez necessária a categorização das populações não-europeias e a questão de "raça" entrou em discussão, com a consequente hierarquização das mesmas. Nesse ínterim, a ideia de "mistura de raça" era vista como perigo tanto geneticamente quanto socialmente, essas e outras ideias eugênicas seguiram firmes na Europa, tendo sido a ideia de que sangue "não-europeu" poderia contaminar a raça superior alguns dos argumentos racionais utilizados para o extermínio de romanis e judeus durante o Holocausto (Hancock, 2008).

---

<sup>7</sup> Trabalho apresentado por *Clara Decol Sentanin*, Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia. Membro da Assessoria Jurídica para Migrantes e Pessoas em situação de risco – AJESIR. Lattes: <<https://lattes.cnpq.br/3771990063336883>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-5494-2365>>. Contato: <[sentaninclar@gmail.com](mailto:sentaninclar@gmail.com)>.

Quando adicionamos a lente do gênero para observar os fenômenos sociais e políticos que afetam esse grupo, percebe-se que as mulheres romani compõem uma fatia ainda mais marginalizada dentro desta etnia. Como aponta a ativista romani Anzhelika Belova (2021) do grupo "Romni Voice", "elas sofrem de multidiscriminação (...) porque ela é uma mulher e ela é uma mulher Roma." Se os romani como grupo étnico minoritário sofreram e sofrem os mais diversos tipos de violência nos últimos séculos no continente europeu, quando tornamos o olhar para as mulheres deste grupo, verifica-se um cruzamento de condições que as vulnerabilizaram ainda mais ao longo da história.

Durante a Idade Média, as mulheres romani era acusadas pelos cristãos de praticar bruxaria (Kelly, 2004); no Holocausto (1941-1945), foram tiradas vidas de em torno de 500,000 romanis; no pós-guerra na Bósnia-Hezergovina (1992-95) verificou-se a extrema marginalização de mulheres refugiadas romani (Erickson, 2017); desde os anos 70 há casos de políticas nacionais de limpeza étnica como o da esterelização forçada de mulheres romani na antiga Tchecoslováquia (Albert, 2017). Hoje (2022), observamos a violência étnica para com as mulheres desse grupo na Ucrânia, por meio de ataques verbais e físicos (Longo, 2022). Entretanto, dando um passo para além da estigmatização histórica, políticas escravistas e de limpeza étnica, verificamos formas de violência que confirmam a existência de estruturas colonialistas e racistas nas sociedades que abrigam os romani, que hoje se materializam na estigmatização pública, na violência étnica e nos limitados acessos desses povos à educação e à saúde (Kelly, 2004).

Os romani vivem à margem das sociedade europeias, a eles são delegados trabalhos negativamente associados com sua etnia - com o ser "cigano" - como limpadores de rua, mineiros, zeladores, catadores de sucata (Silverman, 1988). Quando olhamos para as mulheres do grupo, o que se observa é ainda maior vulnerabilidade: os índices de desemprego são maiores, os níveis de escolaridade menores, são altos os casos de violência doméstica -

não apenas advindas do parceiro, mas de outros membros da família (Erickson, 2017).

Tratando do cenário ucraniano, o que se noticia nos veículos midiáticos é o aumento dos ataques contra as populações roma desde 2018 - quando grupos nacionalistas receberam permissão do Estado ucraniano para se armar e proteger o país da iminente invasão russa (Gazeta do Povo, 2022), sendo parte desses grupos milícias neonazistas que têm os romani como alvo. No atual ambiente de conflito bélico, as mulheres romani, entendidas, portanto, como grupo vulnerável inserido no íterim de uma população marginalizada, são expostas a situações ainda piores do que habitualmente. Não apenas seus direitos passam a ser ainda mais cerceados, mas o estado de beligerância amparado por meios estatais e para-estatais faz com que seus corpos sejam caçados. Dessa forma, levanta-se o questionamento: Como e por quais motivos as condições de vulnerabilização desse grupo e, especialmente, de suas mulheres, vem se agravando com o advento do conflito bélico na região?

## **B. Metodologia**

A presente pesquisa caracteriza-se como analítica, já que tenta explicar o contexto de um fenômeno (agravamento da vulnerabilidade) no âmbito de um grupo (mulheres romani). Sua forma de abordagem é indutiva, pois procura-se inferir verdades e fazer correlações a respeito do caso. A análise do objetivo se dá de maneira explicativa-interpretativa, pois ela pretende explicar o fenômeno do agravamento da vulnerabilidade das mulheres romani frente ao conflito bélico na Ucrânia através de uma lente teórica de gênero, interpretando os fatos expostos por meio de uma teoria feminista. O que se faz, no presente texto, através de uma revisão bibliográfica de autoras do aporte feminista, também de autores e autoras que mapearam as diversas violências sofridas pelo grupo através da história e, por fim, também se utilizando da revisão de notícias referentes aos recentes ataques sofridos

pelos romani nos últimos anos, especialmente aqueles que possuem a Guerra da Ucrânia como cenário socio-político.

### C. Resultados

Em "As novas formas de guerra e o corpo das mulheres" Rita Laura Segato (2014) defende que "nessa esfera de para-estatalidade em expansão, a violência contra as mulheres tem deixado de ser um efeito colateral da guerra e tem se transformado em um objetivo estratégico desse novo cenário bélico". A autora discorre sobre o processo de informalização da guerra e de como o ataque ao corpo das mulheres se tornou central nas dinâmicas dos conflitos bélicos - antes uma consequência da anexação de territórios e da conquista do inimigo, agora uma forma própria de estratégia com o objetivo de causar um dano que é ao mesmo tempo material e moral. Segato argumenta que na informalidade desses "conflitos que, na prática, não tem começo e final e não ocorrem dentro de limites temporais e espaciais claros" se faz necessário agredir estes corpos que são frágeis para ameaçar a coletividade e mostrar que não existem limites para sua crueldade, já que não existem outros meios documentais ou símbolos que digam quem detém a autoridade jurisdicional da situação; dessa maneira, o antigo limite que era traçado entre a violência permissível nas ações de guerra se dissolve. A autora cita Münkler (2005) quando este destaca em sua obra "a eficácia do estupro como instrumento de limpeza étnica de baixo custo: uma forma de eliminação sem o custo das bombas nem a reação dos Estados vizinhos". O ataque ao corpo das mulheres se torna mais eficaz que o ataque aos órgãos de poder do Estado, porque ele humilha e emascula o inimigo.

Tanto a violência sofrida pelas mulheres roma durante e após as guerras entre Estados na região dos Bálcãs e mesmo em outros países da Europa quanto os ataques que estas sofrem atualmente na Ucrânia envolvem um processo de violência, humilhação e destruição que é perpetrado tanto por agentes estatais como para-estatais. Entretanto, especificamente as



ocorrências relatadas nos últimos anos, e no âmbito do conflito atual demonstram perfeitamente o argumento de Segato (2014) quando ela aponta a informalização da guerra e o corpo das mulheres como alvo específico.

## D. Considerações Finais

As mulheres romani fazem parte de uma nação racializada e estigmatizada ao longo dos séculos, que habita um não-lugar às margens dos grandes centros. Por isso, em contextos beligerantes seus corpos se tornam alvos do Estado e de entidades para-estatais, que não apenas os violentam fisicamente mas os destituem de direitos.

## Referências

- ALBERT, Gwendolyn et al. Intersectional Discrimination of Romani Women Forcibly Sterilized in the Former Czechoslovakia and Czech Republic. *Health and Human Rights Journal*, Boston, Vol. 19, no. 2, p. (23-34), dezembro, 2017. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5739354/pdf/hhr-19-023.pdf>>.
- BELOVA, Anzhelika. ROMA WOMEN SUFFER FROM MULTIDISCRIMINATION: SHE IS A WOMAN; SHE IS ROMA, AND SHE IS INSIDE THE COMMUNITY. *Ukrainian Woman's Congress*, 2021. Disponível em: <<https://womenua.today/en/news-2021-03-23/>>.
- ERICKSON, Jennifer. Intersectionality theory and Bosnian Roma: Understanding violence and displacement. *Romani Studies*, vol. 27, no. 1, p. (1-28), janeiro, 2017. Disponível em: <<https://www.liverpooluniversitypress.co.uk/journals/article/50846>>.
- HANCOCK, Ian. (2008). The “Gypsy” Stereotype and the Sexualization of Romani Women. In: Glajar, V., Radulescu, D. (eds) “Gypsies” in European Literature and Culture. *Studies in European Culture and History*. Palgrave Macmillan, New York. Disponível em: <[https://doi.org/10.1057/9780230611634\\_10](https://doi.org/10.1057/9780230611634_10)>.
- KELLY, J. A., et al. Gender roles and HIV sexual risk vulnerability of Roma (Gypsies) men and women in Bulgaria and Hungary: an ethnographic study. *AIDS Care*, vol. 16, p.(231-245), 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/09540120410001641075>>.
- KOTTASOVÁ, Ivana. Refugiados ciganos que fogem da guerra na Ucrânia dizem estar sofrendo discriminação. *CNN*, 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/refugiados-ciganos-que-fogem-da-guerra-na-ucrania-dizem-estar-sofrendo-discriminacao/>>
- LONGO, Ivan. Vídeo que mostra mulheres ciganas agredidas com pênis de borracha na Ucrânia gera revolta. *Revista Fórum*, 2022. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/global/2022/3/22/video-que-mostra-mulheres-ciganas-agredidas-com-pnis-de-borracha-na-ucrania-gera-revolta-111897.html>>
- MENDEL, Iuliia. Aumentam os ataques contra ciganos na Ucrânia. *Gazeta do Povo*, 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/mundo/aumentam-os-ataques-contra-ciganos-na-ucrania-01665h5cmo9qtfiww4yxwtaue/>>.

SEGATO, R. L. Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres. *Sociedade e Estado* [online]. 2014, v. 29, n. 2, pp. (341-371). Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-69922014000200003>>.

SILVERMAN, Carol. Negotiating 'Gypsiness': Strategy in Context. *The Journal of American Folklore*, Bloomington, vol. 101, no. 401, pp. (261-75), 1988. Disponível em: <<https://doi.org/10.2307/540467>>.

### 2.3. Tráfico Internacional de Mulheres Negras e Latinas: Uma Visão de como a Colonialidade Atua Dentro na Seletividade do Tráfico e do seu Combate<sup>8</sup>

#### A. Introdução

É notório que vivemos em uma sociedade patriarcal, onde o homem, branco, europeu, heterossexual e cristão (BRAGATO, 2014, p.222) está no topo. Quijano explica esta sociedade como sendo reflexo do “sistema-mundo ocidentalizado cristiano-cêntrico capitalista patriarcal moderno colonial” (QUIJANO, 1992) - uma sociedade que impôs padrões quando a chegada às Américas em 1492 e ainda os impõe através da colonialidade. Foi nesse ano em que se deu início a conquista - ou invasão - e colonização dos europeus, denominando o latino-americano como “outro”, encobrimo sua cultura original, entretanto nesse mesmo ano, por meio da teoria do “encobrimento do outro” (DUSSEL, 1993) teve o começo da modernidade, como consequência criando um laço entre valores da modernidade e a colonização.

A subjugação do outro, contudo, não se limitou ao período da colonização, estendendo-se mesmo após o fim de tal laço político, tendo início o que se chamou de colonialidade do poder, conceituada por Quijano em meados de 1989. Esta está atrelada a ideia de como a concentração na Europa do capital, dos assalariados, do mercado de capital, enfim, da sociedade e da cultura

---

<sup>8</sup> Trabalho apresentado por *Dara Célia Andrade Santos*, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, sob orientação da Prof. Tatiana Squeff. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-8203-1254>>. Contato: <[darandradesantos@ufu.br](mailto:darandradesantos@ufu.br)>.

associadas a essas determinações sendo assim desempenha um papel de primeira ordem nessa elaboração eurocêntrica da modernidade (QUIJANO, 2005, p. 125), colocando em evidência sua relação com o controle de capital, recursos, trabalho entre outras denominações existentes até hoje.

Segundo Ballestrin (2013, p. 9), a colonialidade enquanto prosseguimento do ambiente colonial, pode ainda ser composta por outros dois elementos: ser e saber. Enquanto a primeira está atrelada ao controle sobre os seres por meio da tradição e senso comum, sendo assim, Torres (2008, p. 96) refere-se à colonialidade do ser como um processo pelo qual o senso comum e a tradição são marcados por dinâmicas do poder de caráter preferencial, discriminando pessoas e tomando por alvo determinadas comunidades, enquanto a segunda, pelo mesmo autor, esclarece que a colonialidade do saber refere-se ao rol da epistemologia e as tarefas gerais da produção de conhecimento na reprodução de regime colonial.

Ademais, sobre o primeiro, Fanon (2008, p. 94) diz que no momento em que “eu começo a sofrer por não ser branco no mesmo grau que o homem branco impõe a discriminação em mim, faz de mim um nativo colonizado, rouba-me todo valor, toda individualidade, diz-me que sou um parasita no mundo”, reafirmando a sustentação do pensamento eurocêntrico na atualidade através da colonialidade do ser. Trata-se, assim, de um cenário estrutural que cega e justifica as atrocidades contra as minorias, confirmando a sedimentação e ampliação de uma visão classista e racista nascida na Europa com a virada da modernidade. Noutros termos, ele explica a vantagem que aqueles que detêm o poder em suas mãos têm sobre os países do Sul Global e os sujeitos que habitam as suas margens, que, em suma, denota o controle de um país a partir do interesse de alguns poucos.

O esquecimento das minorias deriva desse pensamento eurocêntrico e individualista enraizado anos atrás, o que, infelizmente persiste até os dias atuais (através da citada colonialidade). Um exemplo material desse contexto está na escassez de informações sobre o tráfico de mulheres negras e latinas,

ou mesmo a existência de uma proteção específica a estas, especialmente considerando o número de mulheres desses grupos que são traficadas anualmente. Quando comparado aos dados encontrados de mulheres brancas, nota-se uma discrepância bastante grande, pois existem muito mais informações (e notícias) sobre essas do que sobre aqueles grupos citados.

À luz do exposto, nota-se que a desvalorização da mulher existe em qualquer sociedade em virtude da existência de uma hierarquia de gênero proveniente do patriarcado colonial. Contudo, tais dados também denotam o dia-a-dia da mulher negra e latina, as quais restam invisíveis ao Estado e aos centros de poder na sociedade, tal como se percebe pelo descaso no tocante aos dados disponibilizados ao público sobre o tráfico de pessoas que preenchem aquelas características.

## **B. Metodologia**

Apresentando natureza qualitativa, baseando-se na teoria colonial e buscando o entendimento do porquê as mulheres negras/latinas traficadas serem esquecidas pela sociedade.

No que tange ao procedimento, serão priorizados estudos bibliográficos que abordam o tráfico internacional de mulheres e o colonialismo/colonialidade. Ademais, visando não só descrever e ponderar sobre os documentos internacionais existentes sobre o combate ao tráfico de pessoas, como também contextualizar tal esquecimento a partir da coleta de dados de forma indireta, utiliza-se também da técnica documental. Quanto à abordagem, utilizar-se-á do método dedutivo, baseado na análise dos aspectos gerais e jurídicos a fim de compreender o tráfico internacional de mulheres e o seu combate.

Já no que diz respeito à análise dos objetivos, usar-se-ão os métodos histórico e descritivo. Histórico, pois busca-se explicar as consequências do período colonial e do tráfico de escravos no atual contexto de tráfico de pessoas e da sua ineficácia para com as mulheres negras e latinas. Já o método

descritivo é utilizado na tentativa de se aprofundar a compreensão sobre o grupo social minoritário alvo dessa conduta ilícita que é o tráfico internacional.

### C. Resultados

Parte-se do pressuposto de que os perfis das vítimas em sua maioria são mulheres jovens entre 15 e 25 anos, em sua maioria de classe econômica considerada baixa, conseqüentemente com falta de escolaridade, morando em lugares sem nenhuma infraestrutura, exercendo atividades laborais com baixos salários, que mal conseguem dar-lhes sustento digno. Em virtude de tais características, as quais derivam do patriarcado instaurado pelo colonialismo e mantido pela colonialidade, tornam-se, portanto, alvos fáceis de traficantes, que, por meios fraudulentos, fazem promessas de falsos trabalhos e montantes vultuosos.

Nota-se também que a construção normativa sobre o tema do combate ao 'tráfico de pessoas' no plano internacional gira em torno, desde os primórdios, das mulheres brancas. Por exemplo, avulta-se a edificação da "Convenção internacional relativa à repressão do tráfico de mulheres brancas", em Paris no ano de 1910, e o "Acordo para a repressão do tráfico de mulheres brancas", igualmente firmado em Paris no ano de 1904. Além disso, é bom denotar que logo em 1933, o Chefe de Governo responsável na época, também teve a sua concordância com a proteção em relação aos acordo/convenção de proteção para mulheres brancas (BRASIL, 1933), ignorando mais uma vez a outra parcela de mulheres que precisava de proteção.

É válido frisar que, desde o século XIX, o tráfico de pessoas negras já era de enorme preocupação, em que pese ele ser ainda restrito ao tema específico da escravidão - cujo bem jurídico tutelado é distinto ao do tráfico de pessoas, centrando-se no quesito "propriedade" em detrimento da finalidade do deslocamento, que era a "exploração física/laboral e sexual" - e, ainda, no

plano internacional, não ser aplicado às colônias dos Estados europeus. Nesse passo, a criação de um documento voltado à proteção de mulheres europeias e brancas, confirma não só o empenho em proteger o ideal de pureza feminina (VENSON; PEDRO, 2013, p. 63), como também valida o pensamento de que só elas eram importantes para o plano internacional, mantendo-se, com isso, algumas das características do sujeito passível de tutela desde a matriz tradicional de direitos humanos (como ser branco e europeu), tal como aponta a teoria decolonial.

#### D. Considerações Finais

Toda essa situação pode ser considerada fruto da colonialidade do poder (QUIJANO, 1992; 2005), onde prevalece o pensamento e as vontades dos homens, brancos, europeus, cristãos, heterossexuais que detêm o poder, baseado na opressão de raças. Esse racismo enraizado enquanto uma consequência do que ocorreu no passado, mas que ainda permanece na atualidade, portanto, mostra a invisibilidade dos povos não brancos, os colocando como inferiores e às margens em qualquer situação, denotando, ainda, a existência de uma relação vertical, entre subordinantes e subordinados, onde, obviamente, o dominante impõe o seu pensamento, restando aos outros acatar a sua ideia.

#### Referências

- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista brasileira de ciência política*, p. 89-117, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepol/a/DxkN3kQ3XdYYPbwwXH55jhv/#>. Acesso em: 18 jul. 2022.
- BRASIL. Decreto 22.776 de 30 de maio de 1933. Rio de Janeiro, 30 mai. 1933. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1933/D22776.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1933/D22776.html). Acesso em: 17 jul 2022
- DUSSEL, Enrique "1492 o encobrimento do outro. A origem do „mito da modernidade“, trad. de Jaime A. Clasen." *Voices, Petrópolis* (1993).
- FANON, Frantz; NEGRA, Pele; BRANCAS, Máscaras. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EdUFBA, 2008.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. A topologia do Ser e a geopolítica do conhecimento. *Modernidade, império e colonialidade. Revista crítica de ciências sociais*, n. 80, p. 71-114, 2008. Disponível em: [http:// REVISTA.PERSPECTIVA.326 www.kilombagem.net.br/wp-](http://REVISTA.PERSPECTIVA.326.www.kilombagem.net.br/wp-)

content/uploads/2015/07/MALDONADO-TORRES-Topologia-do-Ser.pdf. Acesso em: 07 ago. 2022.

PONTES, Felipe. Maioria das vítimas de tráfico de pessoas é negra, mostra relatório. Agência Brasil - Brasília. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-07/maioria-das-vitimas-de-traffic-de-pessoas-e-negra-mostra-relatorio>. Acesso em: 9 mai. 2022

QUIJANO, Aníbal; WALLERSTEIN, Immanuel. Americanity as a concept, or the Americas in the modern world. *International social science journal*, v. 44, n. 4, p. 549- 557, 1992.

QUIJANO, Aníbal (2000), “Coloniality of Power, Ethnocentrism, and Latin America”, *NEPANTLA*, 1(3), 533-580.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *A colonialidade do saber: Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

VENSON, Anamaria Marcon; PEDRO, Joana Maria. Tráfico de pessoas: uma história do conceito. *Revista Brasileira de História*, . São Paulo, v. 33, no 65, p. 61-83 - 2013.

## 2.4. A Atuação da CSVM da UFU na Integração Local: Uma Análise Sobre o Impacto da Organização na Garantia dos Direitos dos Refugiados na Cidade de Uberlândia<sup>9</sup>

### A. Introdução

No que se refere ao tema das migrações forçadas, o que se observa é um aumento significativo de sua relevância no sistema internacional nos últimos anos, haja vista o expressivo crescimento de fluxos migratórios (SILVA, 2017, p. 163). Apesar de configurar uma das mais dramáticas formas de mobilidade humana, os deslocamentos forçados se tornaram uma realidade crescente nos últimos anos, fazendo com que o Brasil, assim como o restante do globo, assistisse a um crescimento dos números de indivíduos à procura de proteção em razão de temor legítimo de perseguição motivada por raça, religião,

---

<sup>9</sup> Trabalho apresentado por *Luara Dias Santos*, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1477622665942799>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-9202-2749>>. Contato: <[diasluara00@gmail.com](mailto:diasluara00@gmail.com)> e *Joana D'arc Moreira*, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1251195231329842>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-6483-4659>>. Contato: <[moreira.joanadarc31@gmail.com](mailto:moreira.joanadarc31@gmail.com)>.

opinião política, grupo social, nacionalidade ou diante de situações de grave e generalizada violação de direitos humanos (CAVALCANTI; OLIVEIRA; SILVA, 2021, p. 9; BRASIL, 1997).

Nesse sentido, é interessante compreender também a inserção local de migrantes forçados. Tal questão perpassa diversos fatores e configura um processo complexo que envolve aspectos sociais, culturais, econômicos, jurídicos, étnicos, geográficos e estatísticos, além de ter uma relação bastante próxima com a política externa e doméstica do país, uma vez que demanda consideráveis esforços, tanto do indivíduo acolhido quanto da sociedade que o recebe (MOREIRA, 2012 apud MOREIRA, 2015, p. 82). Assim, a integração é entendida como um mecanismo de solução a longo prazo para os desafios impostos pela migração forçada a partir de três dimensões principais: a jurídica, que diz respeito à garantia de direitos, por parte do Estado acolhedor, à essa população; a econômica, que envolve a criação de meios de sobrevivência que garantam um padrão de vida digno dentro da sociedade em questão; e, por fim, necessita de um processo sociocultural que envolve adaptação e aceitação que permita ao migrante fazer parte da vida social do país em que foi acolhido, podendo contribuir ao mesmo tempo que é inserido na sociedade (DRECHSLER, 2019, p. 24-25).

É nesse contexto que se insere a iniciativa Cátedra Sérgio Vieira de Mello (CSVM), que vem trabalhando no Brasil de modo a formar uma rede de atuação em ensino, pesquisa, extensão e advocacy, configurando uma importante rede de proteção, além de serem centrais no processo de integração local de migrantes forçados. À vista disso, a atuação das CSVM, desde 2003, em alguma medida, impactou a inclusão de um parágrafo no Pacto Global para Refugiados, assinado em 2018, que prevê a criação de uma rede acadêmica a nível global, integrando universidades, institutos de pesquisa e o próprio ACNUR, haja vista o entendimento de que o estímulo à produção de conhecimento acerca do tema de migrações forçadas é capaz de corroborar no alcance dos objetivos do Pacto. Dessa forma, é possível



consolidar o reconhecimento da comunidade internacional acerca da importância das Instituições de Ensino Superior (IES) no processo de construção da proteção da população em situação de migração forçada, especialmente no que diz respeito à integração local desse grupo (BLANES et al., 2020, p. 15-17).

Sendo assim, no que tange à integração, as legislações estatais e suas respectivas sociedades podem se posicionar de forma mais aberta ou restritiva em relação à chegada de migrantes no país. Portanto, destaca-se que a atuação do ACNUR e das próprias Cátedras na tentativa de estabelecer contatos e parcerias, tanto com o poder público, quanto com Organizações Não Governamentais (ONGs) e outras instituições da sociedade civil com vistas a implementação de projetos de assistência a essa população de atenção se torna bastante relevante para esse processo de integração (MOREIRA, 2012 apud MOREIRA, 2015, p. 83-84).

Dessa forma, é interessante notar o trabalho de significativa importância que as universidades vêm desempenhando no Brasil ao longo dos últimos 19 anos da Cátedra Sérgio Vieira de Mello. Durante esse período, foi notado um crescimento do engajamento das IES em diferentes âmbitos, mas especialmente na ampliação do conhecimento especializado sobre a questão migratória no país e na melhoria no processo de acolhida (BLANES et al., 2020, p. 17). Nessa conjuntura se insere a CSVM da Universidade Federal de Uberlândia, que vem atuando nos eixos supracitados, bem como promovendo os Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito dos Refugiados (CSVM-UFU, 2022, p. 12).

A CSVM-UFU foi criada em 02 de outubro de 2020 com uma parceria estabelecida entre o ACNUR e a UFU, e foi idealizada como uma rede interinstitucional, que reúne núcleos e Grupos existentes na Universidade, sob a coordenação do Núcleo de Pesquisas e Estudos em Direitos Humanos. Os primeiros anos de atividade da Cátedra foram muito influenciados pelos impactos da pandemia do COVID-19, especialmente porque esse contexto

aumentou a preocupação com a implementação de um projeto desse tipo (CSVM-UFU, 2022, p. 7). Sendo assim, o objetivo central do trabalho é analisar como a CSVM da UFU se insere dentro do processo de acolhimento de refugiados no município. Portanto, a pergunta de pesquisa norteadora deste trabalho é: quais os impactos da atuação da CSVM-UFU na integração local de refugiados na cidade de Uberlândia? Em outras palavras, busca-se entender melhor como essa organização atuou no processo de integração e como ela afetou a garantia de direitos humanos desse grupo na comunidade.

## B. Metodologia

Essa pesquisa está interessada em entender que influência uma organização da sociedade civil pode ter na solução de conflitos existentes no sistema internacional contemporâneo, especificamente no caso dos refugiados. O número de refugiados no Brasil cresceu exponencialmente nos últimos anos e, conseqüentemente, a necessidade de se pensar soluções para garantir a inserção efetiva desses indivíduos na sociedade. A partir disso, surgiu o interesse de compreender especificamente a atuação da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da UFU, de seus Núcleos e Grupos, bem como de seus parceiros nesse processo durante os anos de 2020 e 2022.

Ademais, o procedimento para o levantamento das informações foi bibliográfico, visto que foi realizada uma busca por artigos que abordassem o tema aqui discutido, por meio de um levantamento teórico em bancos de dados e revistas acadêmicas, bem como documental, a partir da análise das informações encontradas no Relatório Bianual da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da Universidade Federal de Uberlândia, documento que aborda as experiências e ações do projeto desde sua criação até os dias atuais e que está em processo de publicação. Este relatório discute, de forma qualitativa, as ações desenvolvidas ao longo dos dois primeiros anos de atuação da CSVM-UFU no município, apresentando um levantamento de

dados das atividades promovidas pela rede interinstitucional que compõem a Cátedra.

Diante disso, esse estudo foi de caráter analítico, uma vez que tem como objetivo avaliar os dados disponíveis sobre a atuação da CSVM-UFU no contexto da cidade de Uberlândia, a fim de analisar o impacto da mesma sobre o processo de integração de refugiados e outros migrantes forçados na cidade. Ainda, foi de abordagem dedutiva e, segundo seus objetivos, exploratória-explicativa, pois partiu de um esforço de compreender, por meio da análise dos dados supracitados, a influência da Cátedra SVM UFU na rede de apoio de refugiados do município de Uberlândia, especialmente quando pensamos em atividades que garantem acesso a direitos.

Ademais, é necessário salientar o caráter preliminar dessa investigação, haja vista o fato das atividades e ações da CSVM-UFU terem um caráter contínuo, ou seja, vão permanecer em exercício e, conseqüentemente, novos resultados continuarão sendo gerados. Diante disso, não se pretende com essa pesquisa esgotar a identificação das áreas de impacto da Cátedra, mas evidenciar os principais resultados alcançados a partir das ações feitas nesses dois primeiros anos de atuação.

### **C. Resultados**

A integração local deve ser analisada como um processo intersubjetivo, que está associado às experiências dos sujeitos com a sociedade que o recebe, ao mesmo tempo que envolve a interação entre diferentes atores como instituições públicas, privadas e ONGs (ACNUR, 2014 apud MOREIRA, 2015, p. 86). Diante disso, dentro dos eixos de atuação da Cátedra, destaca-se os esforços para a difusão de conhecimento acadêmico por meio de ações de ensino e pesquisa, dentre as quais reitera-se os 15 minicursos organizados, 6 disciplinas ofertadas e 9 capacitações, além de 69 produções bibliográficas dentro da temática. Além disso, um dos espaços de atuação mais relevantes é o da extensão, dada a capacidade dessas atividades de impactar a realidade

da população migrante, dentre elas evidencia-se a organização de 37 eventos, o oferecimento de cursos de ensino de português como língua de acolhimento e o atendimento de cerca de 105 pessoas para apoio com assistência jurídica, questões trabalhistas e de violência contra mulher. Ainda, a Cátedra procura atuar no campo do advocacy, especialmente a partir da implementação de ações voltadas à promoção de políticas públicas de garantia de direitos dos migrantes em situação de vulnerabilidade (CSVM-UFU, 2022, p. 23-33).

Ademais, salienta-se a criação da ação afirmativa para imigrantes no âmbito da Universidade Federal de Uberlândia, a partir da iniciativa e proposta da Cátedra Sérgio Vieira de Mello, do Núcleo de Pesquisas e Estudos em Direitos Humanos e da Assessoria Jurídica para Migrantes em Situação Irregular ou de Risco. Nesse sentido, a resolução aprovada pelo Conselho Universitário apresenta três pontos centrais: a permissão do ingresso facilitado em todos os espaços de ensino; o reconhecimento como beneficiários da sua política os solicitantes de refúgio e outras formas de autorização de residência humanitária; e, por fim, a adequação das exigências documentais no processo de reconhecimento de diplomas à situação especial desses migrantes, além da isenção de cobrança de taxas. À vista disso, é importante reiterar que a revalidação dos diplomas e a facilitação da entrada da população migrante em situação de vulnerabilidade na universidade permite a retomada dos projetos de vida (CSVM-UFU, 2022, p. 35-38).

#### **D. Considerações Finais**

Ao analisar a atuação da CSVM-UFU enquanto instrumento, pode-se depreender que ela corrobora para o crescimento da confiança e do bem-estar geral dos indivíduos, principalmente por promover ações de ensino, pesquisa, extensão e advocacy, que são responsáveis pela integração social de migrantes forçados em Uberlândia.

Dessarte, as atividades desenvolvidas pela CSVM-UFU a tornam um ator fundamental na comunidade na qual está inserida, especialmente pelo

seu envolvimento em atividades que aumentam a cooperação entre diferentes atores, ao mesmo tempo que permite uma inserção dos refugiados e outros migrantes forçados que são recebidos pela sociedade. Assim, fica evidente a capacidade e importância da atuação da CSVN para ampliar os debates e o avanço das políticas relacionadas à migrações forçadas no Brasil, bem como corroborar para a consolidação dos direitos humanos e humanitários promovidos pelo ACNUR. Ainda, os dados apresentados evidenciam a importância e o alcance da atuação de organizações da sociedade civil na busca de soluções para a problemática relacionada aos migrantes forçados e as consequências de conflitos internacionais.

## Referências

- BLANES, J. S. et al. 15 anos de cátedra Sérgio Vieira de Mello no Brasil: universidades e pessoas refugiadas. São Bernardo do Campo, SP : Universidade Federal do ABC, 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2020/10/15-Anos-C%C3%A1tedra-Sergio-Mello.pdf> . Acesso em: 18 out. 2022.
- BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de Julho de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm). Acesso em: 11 ago. 2022.
- CÁTEDRA SÉRGIO VIEIRA DE MELLO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA (CSVN-UFGD). Relatório Bianual: Cátedra Sérgio Vieira de Mello - Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, p. 41, 2022. No prelo.
- CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T.; SILVA, B. G. Relatório Anual 2021 – 2011-2020: Uma década de desafios para a imigração e o refúgio no Brasil. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2021.
- DRECHSLER, C. A. F. Apoio Governamental à Integração de Imigrantes e Refugiados Portugal: como modelo para aplicação no Brasil. Tese (mestrado em Migrações, Inter-Etnicidades e Transnacionalismo) - Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, p.126, 2019. Disponível em: [https://drive.google.com/drive/u/0/folders/1QxKop4ikxQ6Q\\_qz\\_ePamMjgvWOae3cEx](https://drive.google.com/drive/u/0/folders/1QxKop4ikxQ6Q_qz_ePamMjgvWOae3cEx). Acesso em: 19 out. 2022.
- MOREIRA, J. B. O papel das Cátedras Sérgio Vieira de Mello no processo de integração local dos refugiados no Brasil. Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, [S. l.], v. 4, n. 8, p. 81–96, 2015. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes/article/view/4314>. Acesso em: 18 out. 2022.
- SILVA, D. F. O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas. Revista Brasileira De Estudos De População, 2017, pp. 163–170. Disponível em: <https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0001>. Acesso em: 20 out. 2022.

## 2.5. Manipulação das Questões Humanitárias em Tempo de Conflitos: Diferença de Orçamento para Questão Militar e Humanitária<sup>10</sup>

### A. Introdução

O contexto da pesquisa é a estrutura da ajuda financeira externa de aliados políticos para a Ucrânia, com foco na análise do orçamento e da sua devida distribuição notadamente quando é enviado de parceiros com histórico de rivalidade em relação à Rússia como é o caso dos Estados Unidos da América (EUA) e União Europeia (UE).

A pesquisa se justifica na demonstração que a ajuda financeira à Ucrânia terá dois papéis: o militar e o humanitário, que serão analisados a partir dos relatórios emitidos pelos departamentos de segurança dos Estados envolvidos.

O problema da pesquisa é: Porque o orçamento enviado à Ucrânia pelos Estados aliados privilegiou a segurança militar, política e estatal em detrimento da segurança humana?

O objetivo geral é demonstrar que os Estados sempre irão privilegiar mais segurança territorial e militar do que a segurança humana em tempos de conflitos armados.

Os objetivos específicos são: (i) analisar os orçamentos enviados pelos EUA e a União Europeia; (ii) Verificar a aplicabilidade da segurança humana nos conflitos armados intraestatais.

---

<sup>10</sup> Trabalho apresentado por *Murilo Seri Fagundes*, Mestrando em Relações Internacionais pela Universidade Federal do ABC (UFABC). Especialista em Direito Internacional pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4570021715256102>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-6535-5417>>. Contato: <[murilopfagundes@gmail.com](mailto:murilopfagundes@gmail.com)> e *Paula Santos Vieira*, Mestranda em Relações Internacionais da Universidade Federal do ABC (UFABC). Advogada (OAB-SP) e Consultora Legal Estrangeira (BAR-FL). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1619556060516573>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-8957-9386>>. Contato: <[psvieira.adv@gmail.com](mailto:psvieira.adv@gmail.com)>.

O Escopo Temporal é o conflito entre a Rússia e a Ucrânia e os orçamentos enviados pelos EUA e a UE e Geográfico é a Euro-Ásia.

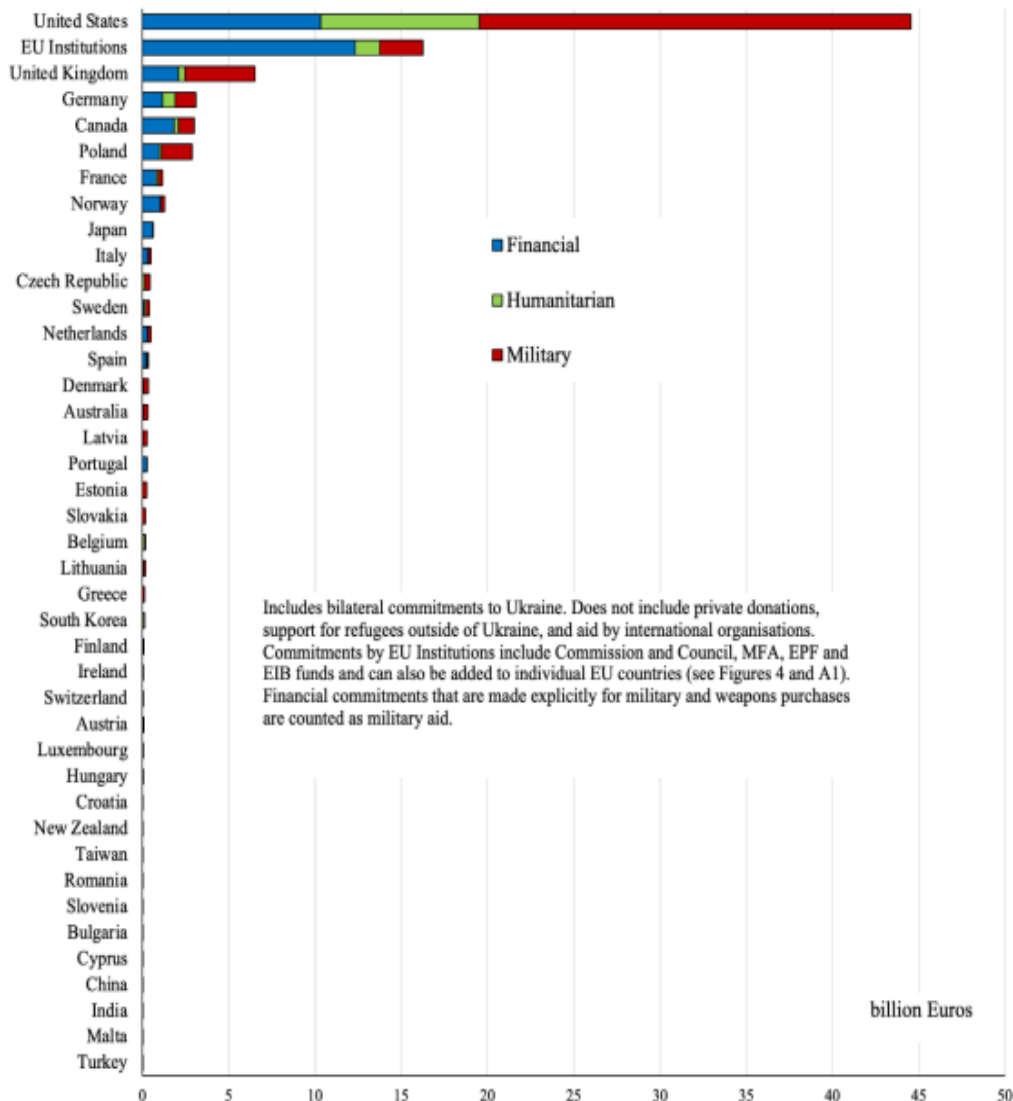
Para analisar o porquê da divisão dos recursos enviados pelos países aliados, será apresentado no artigo a definição de segurança humana nos termos da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Comissão de Segurança Humana (CSH) em 2003 em relação à Segurança Internacional, tema mais abordado no século XXI.

Para cumprir o objetivo, o artigo foi dividido em dois alvos, o item 1 se trata das definições como a noção de Segurança Internacional (SI), fundada sobre a perspectiva realista das relações internacionais (CARVALHO, 2012), a de Segurança Humana a fim de não deixar dúvidas de que este tema está intrinsecamente ligado ao escopo da pesquisa para a qual foi usada a literatura de Pauline Kerr (2013), e a posição das escolas de Relações Internacionais.

Em um segundo item se encontram todos os dados dos orçamentos e ajuda prestada pelos Estados aliados e sua finalidade que será demonstrada através de planilhas desentranhadas do rastreador de suporte oficial junto com os três tipos de ajuda enviada para a Ucrânia em razão do conflito com a Rússia: financeiro, humanitário e militar.

Será também apontado quais são estes aliados e o montante que cada um enviou até o momento da redação deste estudo, procurando demonstrar os interesses de cada um desses aliados ou sua disposição em ajudar dentro do escopo humanitário.

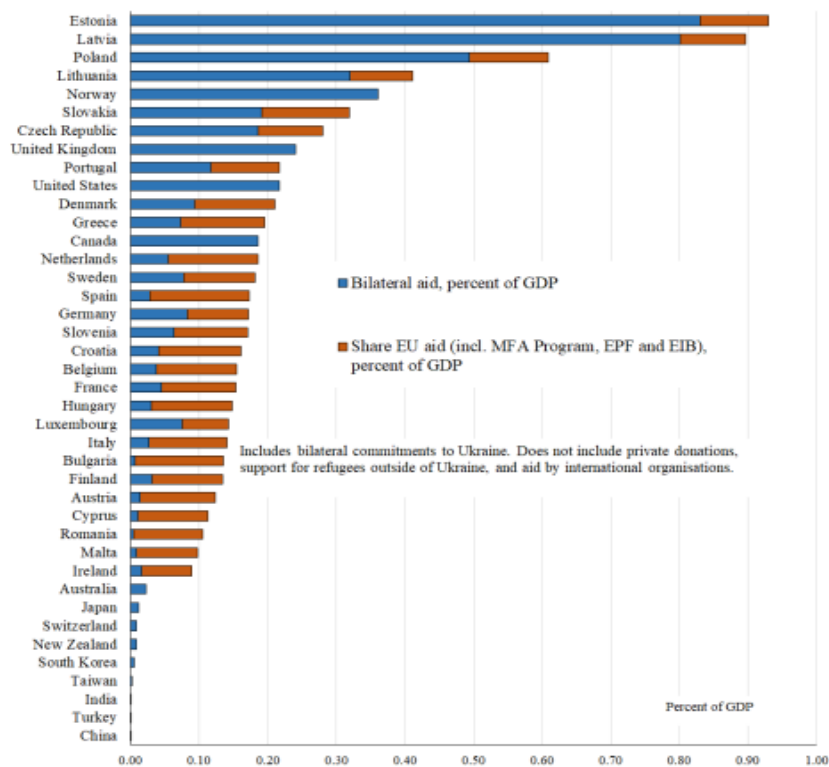
Na imagem abaixo é demonstrada a ajuda dos Estados aliados à Ucrânia, separadas em ajuda financeira, humanitária e militar.



**Fonte:** O rastreador de suporte da Ucrânia: quais países ajudam a Ucrânia e como? Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/262746/1/KWP2218v5.pdf>.

Na imagem abaixo podemos analisar a ajuda financeira enviada pelo bloco europeu e Estados de forma bilateral, à Ucrânia, sendo detalhado para cada área (COMISSÃO EUROPEIA, 2022).





**Fonte:** O rastreador de suporte da Ucrânia: quais países ajudam a Ucrânia e como? Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/262746/1/KWP2218v5.pdf>.

Os EUA, enviaram 820 milhões de dólares em assistência de segurança militar à Ucrânia, além dos outros valores enviados anteriormente:

Os Estados Unidos já comprometeram cerca de US \$7,6 bilhões em assistência de segurança à Ucrânia desde o início do governo Biden, incluindo aproximadamente US \$6,9 bilhões desde o início da invasão não provocada da Rússia em 24 de fevereiro. Desde 2014, os Estados Unidos comprometeram mais de US \$8,8 bilhões em assistência à segurança à Ucrânia (BREASSEALE, 2022).

Além da ajuda financeira e os empréstimos ou o aluguel dos equipamentos militares, os EUA enviaram radares contra artilharia, munições de armas-letais e foguetes de artilharia de alta mobilidade (BREASSEALE, 2022). O valor para ajuda humanitária foi de 9,38 bilhões de dólares, muito aquém do orçamento militar enviado pelos EUA.

## B. Metodologia

Para obter os resultados e respostas acerca da problematização sobre o conteúdo dos orçamentos enviados a Ucrânia e sua distribuição apresentada no artigo, será feita a análise metodológica de característica qualitativa e documental com forma de abordagem dedutiva e com análise comparativa dos dados encontrados nos gráficos e documentos, além da bibliografia estrutural da matéria para definição dos conceitos usados no artigo como, por exemplo, segurança humana.

### **C. Resultados**

Em resposta ao problema de pesquisa, foi observado que os orçamentos enviados pelos aliados têm como privilégio a segurança militar, estatal e política do Estado Ucrâniano para manter o Estado Ucrâniano estrategicamente entre o Leste Europeu e a influência Russa.

Como observado no decorrer da pesquisa, quando Estados estão em conflitos armados, no qual o objetivo é a manutenção territorial, como é o caso da guerra entre Ucrânia e Rússia, a luta pela soberania estatal deixa de lado a questão humanitária, que é somente levado em consideração nas últimas instâncias.

Analisando os orçamentos enviados pelos aliados da Ucrânia, podemos perceber que a causa militar é sem dúvida, o foco principal quando se pensa sobre a soberania do Estado e totalidade de seu território.

### **D. Considerações Finais**

A diferença de orçamento entre o militar e a ajuda humanitária é de bilhões de dólares e euros. Geralmente a causa humanitária ganha espaço pela mídia, pela comoção social no mundo e pelas organizações internacionais humanitárias, por ter um grande fluxo migratório decorrente do conflito armado.

A segurança humana nem sequer entra na análise de conflitos entre Estados, mas os direitos humanos, a ajuda humanitária entra na análise quando, principalmente a UE, abre as suas portas para mais de 7,2 milhões de migrantes e estipula um orçamento específico para manutenção desta população nos 27 Estados-membros. Por se tratar de uma análise de conflito ainda em andamento, até o momento do fim de nossa análise, o orçamento se encontrava com disparidade de números a favor da proteção do território em detrimento da segurança humana.

## Referências

- ANTEZZA, Arianna. FRANK, André. FRANK, Pascal. FRANZ, Lukas. KHARITONOV, Ivan. KUMAR, Bharath. REBINSKAYA, Ekaterina. TREBESCH, Christoph. Ukraine Support Tracker: Which countries help Ukraine and how? In: Make Your Publications Visible (ECONSTOR). Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/262746/1/KWP2218v5.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.
- BREASSEALE, Todd. \$820 Million in Additional Security Assistance for Ukraine. In: U.S. Department of Defense - DoD News. Publicação em 01 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.defense.gov/News/Releases/Release/Article/3081993/820-million-in-additional-security-assistance-for-ukraine/>. Acesso em: 05 set. 2022.
- CARVALHO, Mônica de. “Segurança humana: a questão do cotidiano no campo das relações internacionais. In: NASSER, R. M. (org.). O Silêncio das Missões de Paz. São Paulo, UNESP, Programa San Tiago Dantas de Pós-graduação. 2012.
- COMISSÃO EUROPEIA. Assistência macrofinanceira. Disponível em: [https://economy-finance.ec.europa.eu/international-economic-relations/candidate-and-neighbouring-countries/neighbouring-countries-eu/neighbourhood-countries/ukraine\\_en](https://economy-finance.ec.europa.eu/international-economic-relations/candidate-and-neighbouring-countries/neighbouring-countries-eu/neighbourhood-countries/ukraine_en). Acesso em: 11 set. 2022.
- COMISSÃO EUROPEIA. European Civil Protection and Humanitarian Aid Operations. Disponível em: [https://civil-protection-humanitarian-aid.ec.europa.eu/where/europe/ukraine\\_en#:~:text=Since%2024%20February%2C%20the%20European,%E2%82%AC13%20million%20for%20Moldova](https://civil-protection-humanitarian-aid.ec.europa.eu/where/europe/ukraine_en#:~:text=Since%2024%20February%2C%20the%20European,%E2%82%AC13%20million%20for%20Moldova). Acesso em: 11 set. 2022.
- ESTEVEZ, P. (2009). “A paz democrática e a normalização da sociedade internacional”. In: NASSER, R. M. (org.). Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões. São Paulo, UNESP, Programa San Tiago Dantas de Pós-graduação.
- FETTWEISS, Christopher. “Nothing to Fear but Fear Itself: The National Security Policy of the United States. (Cap. 05) In: The Palgrave Handbook of National Security. Ed. CLARKE, Michael. HENSCHKE, Adam. SUSSEX, Mathew. LEGRAND, Tim. Editora: Palgrave Macmillan, 2022.
- Kerr, Pauline. Human Security. Cap. 8. In: Contemporary Security Studies. Coor. Alan Collins. Ed. Oxford, 2013.
- O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Conselho Europeu sobre a Ucrânia, os pedidos de adesão da Ucrânia, República da Moldávia e Geórgia, Balcãs Ocidentais e relações externas, 23 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/23/european-council->

conclusions-on-ukraine-the-membership-applications-of-ukraine-the-republic-of-moldova-and-georgia-western-balkans-and-external-relations-23-june-2022/. Acesso em:

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (2009). La sécurité humaine en théorie et en pratique: application du Concept de Sécurité Humaine et Fonds des Nations Unies pour la Sécurité Humaine. Unité sur la Sécurité Humaine, Bureau de la Coordination des Affaires Humanitaires, Nations Unies. Disponível em: <https://www.unocha.org/sites/dms/HSU/Publications%20and%20Products/Human%20Security%20Tools/Human%20Security%20in%20Theory%20and%20Practice%20French.pdf>. Acesso em: 01 set. 2022.

SZUCS, Agnes. EU countries receive \$3.7B from budget to host Ukrainian refugees Poland, Romania main beneficiaries of advanced EU payments. In: Anadolu Agency. Publicação: 28 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.aa.com.tr/en/europe/eu-countries-receive-37b-from-budget-to-host-ukrainian-refugees/2575627>. Acesso em: 10 set. 2022.

UNHCR (2022a) - United Nations High Commissioner for Refugees. Portal de dados operacionais: situação dos refugiados na Ucrânia. Disponível em: <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>. Acesso em: 23 set. 2022.

UNHCR - United Nations High Commissioner for Refugees. Disponível em: <https://www.unhcr.org/ukraine-emergency.html>. Acesso em: 15 set. 2022.

UNITED NATIONS. Human security now: protecting and empowering people / Commission on Human Security. In: Commission on Human Security. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/503749?ln=en>. Acesso em:

USA - United States. Cooperação de Segurança dos EUA com a Ucrânia. Ficha técnica sobre a assistência de segurança dos EUA à Ucrânia. Disponível em: <https://www.state.gov/u-s-security-cooperation-with-ukraine/>. Acesso em: 15 set. 2022.

VERGUN, David. Biden Signs Lend-Lease Act to Supply More Security Assistance to Ukraine. In: U.S. Department of Defense - DoD News. Publicação em 09 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.defense.gov/News/News-Stories/Article/Article/3025302/biden-signs-lend-lease-act-to-supply-more-security-assistance-to-ukraine/>. Acesso em: 01 set. 2022.

## 2.6. A extraterritorialidade do "non-refoulement" - um estudo da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>11</sup>

### A. Introdução

O presente resumo expandido analisa a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (‘CEDH’) no tocante à extraterritorialidade da obrigação de “non-refoulement”, isto é, a possíveis violações do dever de um

---

<sup>11</sup> Trabalho apresentado por *Laura Marques de Oliveira*, Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia, sob orientação da prof. Tatiana Squeff, como parte de sua iniciação científica (bolsa FAPEMIG). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4619530715037270>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-3661-6996>>. Contato: <[lauram.oliv@outlook.com](mailto:lauram.oliv@outlook.com)>.

Estado não devolver um sujeito à jurisdição de um país que promove risco à vida de tal sujeito. A pesquisa abrange, especificamente, os casos *Alsaadoon and Mufdhi v. The United Kingdom* (2010) e *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (2012) da CEDH. Conforme o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, mais de 84 milhões de pessoas foram forçadas a se deslocar até a metade de 2021 e, dentre elas, 4,4 milhões solicitam asilo (UNHCR, 2021). A agência destaca que conflitos internos, desigualdades socioeconômicas, e os impactos da pandemia da COVID-19 e da mudança climática são os principais fatores contribuintes para tal contexto (UNHCR, 2022).

No Direito Internacional, a instituição de asilo territorial denota um mecanismo milenar de proteção dos direitos humanos e se relaciona diretamente com a aplicação do *non-refoulement*, uma obrigação já consolidada por tratados internacionais e pela jurisprudência de cortes regionais e internacionais (CIDH, 2018, p. 64, para. 200.2). Todavia, a aplicação extraterritorial dessa obrigação gera debates entre cortes, tribunais e especialistas em diversas regiões do mundo. Enquanto o sujeito se encontra territorialmente no Estado que o protege, a proteção decorre de uma ação dentro da soberania estatal. Em contrapartida, quando a ação ocorre, por exemplo, em uma embaixada ou um consulado do Estado que o protege, situados no território do Estado do qual o sujeito deseja se proteger, ela decorre de uma derrogação da soberania do Estado territorial (CIJ, 1950, p. 275).

Logo, ainda que o sujeito esteja sob a jurisdição do Estado que o protege, cada caso precisa ter a sua legalidade justificada juridicamente (CIJ, 1950, p. 275). Caso a base jurídica não for comprovada, a concessão da proteção ao sujeito se torna ilegal por conferir uma oposição e interferência à operação de justiça do Estado territorial, sendo contrária à aplicação das leis domésticas e da jurisdição dos tribunais domésticos legalizados constitucionalmente (CIJ, 1950, p. 284).

Por conseguinte, a forma extraterritorial do non-refoulement apresenta uma disputa clara entre os limites da soberania estatal e da proteção dos direitos humanos, que, muitas vezes, resulta em Estados negando a entrada de migrantes e refugiados e os devolvendo a um país onde eles têm sua vida em risco. Paralelamente, o Estado que fornece a proteção fora de seus limites soberanos atua sob um contexto instável: o sujeito protegido deve permanecer nas premissas diplomáticas ou ser transferido para a jurisdição e soberania de um terceiro Estado? Se permanecer, haverá tempo limite para mantê-lo ali? Se decidir devolvê-lo ao Estado territorial, quais garantias o Estado territorial necessita prover para confirmar a segurança? Se for transferido, como assegurar que o terceiro Estado ofereça um ambiente devidamente seguro a ele? (WILDE, 2022, p. 200).

A aplicação extraterritorial do non-refoulement já foi debatida pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no emblemático “Asylum Case” (1950) e o subsequente “Haya de la Torre Case” (1950), pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (HCR) no caso “Mohammad Manuf v. Romênia” (2009) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso “The Pacheco Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia” (2013) e na opinião consultiva OC-25/18 “La institución del Asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección” (2018). A jurisprudência de cortes internacionais e regionais configura uma importante ferramenta de análise para o desenvolvimento do Direito Internacional no tema, pois a própria CIDH retoma casos do HRC, CEDH e da antiga Comissão Europeia para afirmar o reconhecimento da aplicação do princípio de não-devolução a pessoas em uma embaixada ou consulado (CIDH, 2018, p. 61, para. 189).

No tocante à CEDH, o caso *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (2012) discorre sobre a tentativa de onze nacionais da Somália e treze da Eritreia de entrar no território da Itália por meio de navios, os quais foram interceptados por autoridades italianas em águas internacionais, forçadamente

encaminhados para navios italianos que rumavam para Trípoli e entregues às autoridades da Líbia em 6 de Maio de 2009 (CEDH, 2012, para. 13). Quatorze dos nacionais receberam o status de refugiado em junho do mesmo ano (CEDH, 2012, para. 16). Frente a isso, a CEDH reconheceu que a Itália violou o Artigo 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, cuja provisão proíbe a sujeição de um indivíduo à tortura ou a tratamento desumano e degradante, por expô-los a este risco ao retorná-los à Líbia e ao risco de serem repatriados à Somália e à Eritreia (CEDH, 2012, para. 219.6-7). Para fundamentar a decisão, a corte considerou relatórios oficiais da Anistia Internacional, da Federação Internacional de Direitos Humanos e do Centro de Advice on Individuals Rights in Europe (AIRE) que demonstraram que a situação de direitos humanos a solicitantes de asilo era desastrosa na Líbia, Somália e Eritreia (CEDH, 2012, para. 103).

Já o caso *Al-Saadoon and Mufdhi v. UK* aborda, no cenário da invasão dos Estados Unidos, com forças do Reino Unido e Austrália, ao Iraque em 2003, a prisão de dois iraquianos por autoridades britânicas e de sua detenção em instalações sob a jurisdição britânica, os quais, posteriormente, foram entregues ao Iraque onde eles enfrentariam a pena de morte sem quaisquer tentativas de negociação por parte dos britânicos. A CEDH afirmou que o Reino Unido violou o Artigo 2 e 3 da Convenção por ter permitido violações ao direito à vida e à proteção contra a tortura desses nacionais (CEDH, 2010, para. 140). Ademais, a corte entendeu que a situação não caracteriza asilo diplomático, pois os aplicantes não buscaram a proteção da jurisdição britânica, mas, sim, foram forçados a permanecer sob ela devido à detenção (CEDH, 2010, para. 140-1).

Nesse sentido, cabe responder à questão: como o sistema europeu, por meio da CEDH, concebe a extensão da obrigação de não-devolução extraterritorialmente à luz do asilo diplomático nas decisões *Al-Saadoon and Mufdhi* e *Hirsi Jamaa*?

## B. Metodologia

Quanto à metodologia, o resumo expandido em questão utiliza do tipo de pesquisa analítica por se valer de um aprofundamento no tema e a forma de abordagem corresponde à hipotético-dedutivo, que parte da observação de um fenômeno geral, a extraterritorialidade do “non-refoulement”, para formular a hipótese de que a CEDH reconhece a aplicação do princípio em situações em que a proteção conferida ocorre fora do território soberano do Estado que o protege, estando somente sob a sua jurisdição. A partir da elaboração da hipótese, há a dedução de consequências que serão testadas pela pesquisa, as quais, no trabalho em questão, partem do pressuposto de que a CEDH, embora aponte violações da obrigação de não-devolução, não caracteriza os casos como solicitações de asilo diplomático. Assim, visa-se buscar evidências na jurisprudência ressaltada que comprovem ou neguem a veracidade da hipótese estipulada. Realiza-se um conjunto de distintas maneiras de análises de objetivos, que se inicia pela análise descritiva ao definir o princípio do non-refoulement, a sua aplicação extraterritorial e a instituição de asilo diplomático. Desse modo, prossegue-se a pesquisa com a análise exploratória, pois essa propicia construir a hipótese e testá-la mediante o estudo do levantamento bibliográfico e documental realizado. O resumo expandido é caracterizado por procedimento bibliográfico, pelo estudo da literatura de autores especialistas e juristas internacionais renomados de Direito Internacional e de Direitos Humanos, e documental com a leitura de decisões da CEDH.

## C. Resultados

O caso Hirsi Jamaa reitera que o Direito Internacional permite o exercício extraterritorial da jurisdição de um Estado somente em circunstâncias excepcionais que sejam justificadas a partir de fatos particulares de cada caso. Contudo, ela aponta a existência da



excepcionalidade em situações nas quais o Estado possui controle exclusivo e pleno sobre uma embarcação, que transporta sujeitos solicitantes de asilo e esteja em águas internacionais. Nesse sentido, a jurisdição estatal se estende extraterritorialmente e o princípio de non-refoulement é devidamente aplicado (CEDH, 2012, para. 73).

Como os fatos do caso apontam a tentativa dos refugiados em pedir asilo dentro do território italiano, a CEDH não realiza qualquer menção à conexão da extraterritorialidade do non-refoulement, que deveria ter sido concedido em águas internacionais, com asilo diplomático. Apesar disso, o juiz Pinto de Albuquerque submeteu uma opinião concomitante na qual afirma que, embora não haja o dever estatal de concessão de asilo diplomático, a proteção internacional de um solicitante de asilo se torna mais necessária quando este ainda se encontra no país que pose risco a sua vida, integridade e liberdade pela proximidade das “fontes do risco”. O juiz ressalta que tal obrigação existe no regime de Direito Internacional de Direitos Humanos, pelo qual a falha estatal de tomar medidas positivas de proteção constitui uma violação (ALBUQUERQUE, 2012, p. 70).

O caso *Al-Saadoon and Mufdhi* retoma excertos do *Asylum Case* da CIJ e da obra *Oppenheim’s International Law* editada por Sir Robert Jennings para reafirmar que o Estado que deseja conceder asilo diplomático precisa legitimá-lo com base jurídica. Todavia, abre a possibilidade de excepcionalmente existir um direito, não um dever, de fornecer tal asilo quando há razões convincentes de que a vida do solicitante esteja ameaçada por ação arbitrária estatal (CEDH, 2010, para. 94). Paralelo a isso, as cortes domésticas britânicas reconheceram a existência do dever de proteção extraterritorial somente quando houver evidência de que Estado territorial objetivasse submeter o solicitante a um tratamento tão degradante que este configuraria um crime contra a humanidade (CEDH, 2010, para. 139).

## D. Considerações Finais

O resumo expandido em questão permite a conclusão de que a jurisprudência da CEDH, especificamente nos casos Al-Saadoon and Mufdhi (2010) e Hirsi Jamaa (2012), reconhece a extraterritorialidade do princípio de não-devolução em casos excepcionais, como quando os solicitantes de asilo se encontram em uma embarcação que está exclusiva e plenamente sob a jurisdição do Estado ao qual eles buscam a proteção, sem valer da derrogação da soberania de um Estado territorial, ou quando esses se encontram detidos pelas autoridades de um Estado que ocupa o território de outro.

Em ambos os casos, comprova-se factualmente por relatórios de organizações não-governamentais ou por declarações governamentais de que a devolução dos solicitantes levaria-os a sofrer violações à vida e à integridade. Ademais, percebe-se que a CEDH se distancia da instituição do asilo diplomático, em um, por não referenciar o termo em qualquer parágrafo do e, em outro, por explicitamente negar a relação dos fatos com a concessão desse tipo de asilo. Quando este foi abordado no caso de 2010, ela oferece uma interpretação restritiva e rígida na categorização do risco que aciona tal proteção.

## Referências

ALBUQUERQUE, Pinto. Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque in the Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy (Application no. 27765/09). Grand Chamber of the European Court of Human Rights: Estrasburgo, 23 fev. 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>. Acesso em 15 nov. 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). Case of Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom (Application no. 61498/08). Grand Chamber of the European Court of Human Rights: Estrasburgo, 4 out. 2010. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97575>. Acesso em 15 nov. 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy (Application no. 27765/09). Grand Chamber of the European Court of Human Rights: Estrasburgo, 23 fev. 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>. Acesso em 15 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Opinión Consultiva OC-25/18 solicitada por la república del Ecuador - La Institución Del Asilo y su reconocimiento como Derecho Humano en el Sistema Interamericano de Protección (Interpretación Y Alcance De Los Artículos 5, 22.7 Y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Costa Rica, 30 maio 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_25\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf). Acesso em 10 nov. 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Asylum Case (Colômbia v. Peru). Corte Internacional de Justiça: Haia, 20 nov. 1950. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em 10 nov. 2022.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). Global Appeal 2022. UNHCR: Geneva, 2022. Disponível em: [https://reporting.unhcr.org/globalappeal2022#\\_ga=2.192172330.1678263665.1653935581-2047525387.1653476593](https://reporting.unhcr.org/globalappeal2022#_ga=2.192172330.1678263665.1653935581-2047525387.1653476593). Acesso em 29 maio 2022.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). Refugee Data Finder, 2021. Disponível em: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>. Acesso em 29 maio 2022.

WILDE, Ralph. Diplomatic asylum and extraterritorial non-refoulement: The foundational and enduring contribution of Latin America to extraterritorial human rights obligations. In: GIBNEY, Mark et al. *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*. USA: Routledge, 2022.

## 2.7. A Hostilidade da Política Migratória Brasileira: Uma Análise a Partir da Migração Afegã<sup>12</sup>

### A. Introdução

De acordo com a Convenção de Montevideu de 1933, para que um Estado seja reconhecido como tal é necessário que este tenha: povo, território, governo e soberania externa (capacidade de manter relações com outros países). Partindo de uma perspectiva realista, em que o sistema internacional é caracterizado como anárquico, a prioridade dos Estados se torna a sua própria segurança e, portanto, a de seu povo. Para que isso aconteça é necessário um controle efetivo de seu território, tanto de maneira interna, exercendo o controle de seu próprio povo, quanto de maneira externa, por meio da monitorização das fronteiras.

Surge, nesse sentido, uma tensão a respeito das distribuições de populações e a crença de que a soberania dos Estados estaria menos exposta à riscos se a mobilidade dos indivíduos pudesse ser controlada. Assim, as leis migratórias são implementadas visando determinados grupos de migrantes,

---

<sup>12</sup> Trabalho apresentado por *Natália França Gatti Lopes*, Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1550349554940194>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-2255-4982>>. Contato: <[natalia.lopes@ufu.br](mailto:natalia.lopes@ufu.br)>.

aqueles que são considerados “ameaças” à segurança nacional. As fronteiras acabam se tornando lugares que reforçam e intensificam a vulnerabilidade de grupos estigmatizados e desrespeitados, alvos de práticas xenofóbicas, racistas, entre outros tipos de intolerância. (MBEPPE, 2019).

Com a ascensão do regime extremista Talibã novamente no Afeganistão em agosto de 2021, grande parte da população afegã esteve sob temor de perseguição, seja por conta da religião, gênero, sexualidade ou opinião política. Por isso, milhares de afegãos saíram às pressas do país e outros milhões ainda tentam sair. Assim como outros países, o Brasil tem acolhido os imigrantes afegãos desde a tomada do governo pelo grupo terrorista. Ainda que o Brasil tenha seguido o princípio de non refoulement, os imigrantes afegãos estão longe de terem seus direitos humanos protegidos.

No dia 03 de setembro de 2021, o Ministério da Justiça e Segurança Pública e das Relações Exteriores concedeu por meio da Portaria Interministerial número 24 visto temporário e autorização de residência para fins de acolhida humanitária para nacionais afegãos, apátridas e pessoas afetadas pela situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário no Afeganistão. Do momento da concessão até outubro de 2022, cerca de 6,3 mil vistos foram autorizados a afegãos e destes, estima-se que 2,8 mil tenham entrado no Brasil.

O que se presenciou recentemente foi um cenário utópico em que imigrantes afegãos estavam morando em uma parte de um saguão do Aeroporto de Guarulhos em São Paulo, por conta da alta demanda de imigrantes e a falta de vagas em abrigos, em outubro de 2022. Nota-se, dessa forma, a dificuldade do Estado brasileiro de acompanhar e de amparar os imigrantes afegãos, tendo em vista a sua negligência com as políticas públicas voltadas a imigrantes.

## **B. Metodologia**

A hipótese dessa pesquisa é de que as políticas brasileiras, por priorizarem a segurança nacional sobre a proteção dos direitos humanos, possuem um caráter hostil e tendem a criminalizar o migrante, com a permanência da visão de que o imigrante seria um “estranho”, questão diretamente relacionada a raça e a classe social a qual esse imigrante pertence. O presente estudo consiste em uma pesquisa explicativa analítica que busca identificar a causa dessa hostilidade por meio de uma análise histórica e filosófica, utilizando-se de procedimentos bibliográficos para selecionar conceitos que melhor se encaixassem na argumentação. Ademais, também serão aplicados procedimentos documentais com o objetivo de legitimar o argumento da fragilidade das políticas públicas brasileiras para os migrantes, em especial aqueles de risco, por meio da apresentação de dados de vistos humanitários e solicitações de refúgio concedidos a imigrantes afegãos.

### C. Resultados

Apesar dos mais de 2,5 mil imigrantes afegãos que ingressaram no Brasil em 2022, apenas 94 solicitações de refúgio foram concedidas a esses imigrantes e nos relatórios trimestrais de 2022 da OBMigra, não há nenhum dado sobre autorizações de residência concedidas aos imigrantes afegãos. Cabe aqui ressaltar a importância de um imigrante de risco ser reconhecido como um refugiado, haja vista que esse possui uma condição específica e deve receber uma proteção específica do Estado. De acordo com um relatório publicado pela ACNUR em 2021, o tempo médio de espera do processamento de uma solicitação de refúgio é de 2,4 anos. Além de ser um processo demorado e detalhista, as autoridades oferecem pouco ou nenhum auxílio, seja pela falta de humanização ou pela falta de competência e recursos, principalmente no que se diz respeito à barreira do idioma.

A chegada em massa desses imigrantes é vista pela população nacional como uma “invasão”, a ideia de que tais imigrantes irão “roubar” os empregos

dos nacionais, sem mencionar a prática xenofóbica da associação dos imigrantes afegãos com o terrorismo. Fica evidente que o Estado compactua com a situação de vulnerabilidade do imigrante, inclusive ao criminalizá-lo por chegar ao país por vias irregulares ou por estar em uma situação irregular dentro do país, sendo que não há nenhum tipo de esforço estatal para que o imigrante seja considerado um cidadão.

#### D. Considerações Finais

Ainda que o fenômeno da globalização e a cooperação internacional estejam em evolução, a questão dos migrantes de risco (refugiados) é colocada em segundo plano, principalmente pela justificativa normalizada da garantia dos direitos humanos somente após a garantia da segurança nacional. Ressalta-se que esse é um tema de alto grau de complexidade e que está relacionado a questões de alteridade e classe social, mas que ainda assim são de responsabilidade estatal e não devem ser postergados.

#### Referências

- ACNUR. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Painel interativo de decisões sobre refúgio no Brasil, 2021. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTk3OTdiZjctNGQwOC00Y2FhLTgxYTctNDNIN2ZkNjZmMwViliwidCI6ImU1YzZmM3OTgxLTY2NjQtNDEzNC04YTBjLTY1NDNkMmFmODBiZSIsImMiOjh9&pageName=ReportSection>>. Acesso: 15 nov. 2022.
- ALVES, Laís Azeredo. “Crimigração como prática securitária no Aeroporto Internacional de Guarulhos (2010-2017)”. Repositório Institucional UNESP, 2019. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/181209>>. Acesso em: 13 nov. 2022.
- GIMENES, Thaísa. O Subsistema Penal de Exceção: a Criminalização do Migrante e o Tráfico de Pessoas. Repositório Institucional UNILA, 2022. Disponível em: <<http://dspace.unila.edu.br/123456789/6443>>. Acesso em: 12 nov. 2022.
- MBEMBE, Achille. A ideia de um mundo sem fronteiras. Tradução de Stephanie Borges. Revista Serrote, 2019. Disponível em: <<https://www.revistaserrote.com.br/2019/05/a-ideia-de-um-mundo-sem-fronteiras-por-achille-mbembe/>>. Acesso em: 13 nov. 2022.
- PATRIARCA, Paola. Brasil recebeu 2,8 mil afegãos de janeiro a setembro de 2022; maioria é homem e tem entre 25 e 40 anos. G1, São Paulo - 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/10/18/brasil-recebeu-28-mil-afegaos-de-janeiro-a-setembro-de-2022-maioria-e-homem-e-tem-entre-25-e-40-anos.ghtml>>. Acesso em: 08 nov. 2022.

Portaria Interministerial Nº 24, de 3 de setembro de 2021. Portal da Imigração: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021. Disponível em: <<http://dspace.mj.gov.br/handle/1/5336>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

Relatórios OBMigra: Relatórios Trimestrais. Portal da Imigração: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2022. Disponível em: <<https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-trimestrais>>. Acesso em: 14 nov. 2022

## 2.8. Pandemia, Migrações e Direitos Humanos: A Vulnerabilidade no Deslocamento Forçado de Indígenas Warao para o Território Brasileiro Durante a Emergência de Covid-19<sup>13</sup>

### A. Introdução

O presente trabalho possui como objetivo analisar e compreender os principais impactos decorrentes da pandemia de Covid-19 no movimento migratório de indígenas Warao advindos da Venezuela para o território brasileiro. Segundo Araújo (2021, p. 78), no cenário de emergência mundial de saúde pública decorrente da pandemia do novo coronavírus, os povos tradicionais configuram um coletivo a ser discriminado pela própria doença em si, de modo que, se os povos tradicionais, dentre os quais a classificação dos indígenas se inclui, já padeciam de uma especial vulnerabilidade, o período pandêmico acentuou e intensificou as dificuldades anteriormente vivenciadas.

Por tais motivos, tornou latente a preocupação sobre a disseminação de Covid-19 em comunidades vulneráveis, onde as especificidades culturais acendem um alerta em razão de possuírem, historicamente, dificuldades de acesso à serviços básicos, como o de saúde, por enfrentarem barreiras

---

<sup>13</sup> Trabalho apresentado por *Laura Mourão Nicoli*, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3880119830688322>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3070-6197>>. Contato: <[lauranicoli14@gmail.com](mailto:lauranicoli14@gmail.com)>.

administrativas, financeiras, jurídicas e linguísticas, estando, portanto, em maior risco durante a pandemia (KLUGE, 2020, p. 1238).

Em especial, o povo indígena Warao, originário do litoral caribenho venezuelano, tem vivenciado uma situação de vulnerabilidade por décadas, ocasionada, sobretudo, pela vivência de experiências de exílio desde o século XX. Em 1920, a economia extrativista foi paulatinamente abandonada, os indígenas foram transformados em agricultores por meio da introdução do cultivo de ocumo chino através de missionários católicos oriundos da Guiana (ACNUR, 2021, p. 15) e os projetos de caráter desenvolvimentista a fim de potencializar a capacidade agrícola da região levaram uma série de doenças até a população indígena, provocando o surto de cólera um estonteante aumento do êxodo para os centros urbanos: em 2011, 12,78% da população residia em cidades (GARCIA-CASTRO, 2018, p. 35 apud MARÉCHAL et. al., 2020, p. 55).

Justifica a delimitação deste grupo de migrantes em razão da presença histórica desta comunidade indígena que, constituída originalmente há mais de oito mil anos na região do delta do rio Orinoco, representa o grupo humano mais antigo do atual território da Venezuela (GARCÍA-CASTRO, 2006; ACNUR, 2021, p. 13). Outrossim, constituem a segunda etnia mais populosa do país, com cerca de 49 mil indivíduos e, geograficamente, ocupam um território que se estende por todo o estado de Delta Amacuro e por parte dos estados de Monagas e Sucre, no delta do rio Orinoco (ACNUR, 2021, p. 13).

Assim, o recente fenômeno migratório, provocada pela crise socioeconômica da Venezuela e facilitada em razão da fronteira norte brasileira com o habitat tradicional desta etnia, explicita, desde o seu início, a precariedade habitual sofrida por esta população indígena. Os migrantes Warao no Brasil pertencem a certos grupos habituados a se deslocar temporariamente para os centros populares, em busca de recursos, durante as épocas de necessidade. Por suas condições particulares de minoria étnica monolíngue, discriminadas pela sociedade nacional moderna, estão sujeitos a



sofrer exploração e carência de cuidados alimentares e sanitários (GARCÍA-CASTRO, 2018, p. 32).

Para entender como o a pandemia e suas consequências socioeconômicas afetam especialmente tais comunidades, Araújo (2021, p. 71) se utiliza do conceito epistemológico de Sul formulado por Boaventura de Sousa Santos (2019), exemplificando que, na concepção do autor, o Sul “não representa um espaço geográfico, e sim um espaço tempo político, social e cultural”, no qual “coletivos são subjugados a modos de dominação conduzidos pelo capitalismo e pelo colonialismo”. Nesse sentido, haveria a existência de uma linha abissal, que representa “a fronteira entre a humanidade e a sub-humanidade”, separando a sociedade urbana de ditames coloniais e os povos de identidade cultural caracteristicamente tradicional.

Nesse sentido, no atendimento às necessidades desta população, questiona-se a efetividade da tutela de direitos proporcionadas pelo Estado brasileiro em contraposto às garantias da Lei de Migração (Lei nº 13.445/17) e documentos internacionais ratificados. De 2014 até o final de 2016, a Polícia Federal empreendeu uma série de deportações de indígenas venezuelanos nas cidades de Boa Vista e Pacaraima, motivadas, de acordo com nota da Secretaria de Comunicação da Prefeitura de Boa Vista, pelo “atendimento da demanda da população de Boa Vista que vem sendo abordada por pedintes, indígenas estrangeiros e outras pessoas oriundas de países de fronteira que não apresentam documentação legal para permanência em solo brasileiro”. Ainda, o Centro de Referência ao Imigrante (CRI), responsável por abrigar os imigrantes venezuelanos em Boa Vista, apresentava, desde antes da pandemia, uma série de problemas estruturais e de funcionamento, como condições precárias de saneamento (MPF, 2017, p. 9), que intensificam condições de propagação do vírus.

Nesse sentido, se os povos indígenas brasileiros enfrentavam dificuldades para acessarem a cidadania proposta pelas políticas públicas, ainda mais desafiador é para um povo indígena imigrante, que migra

forçadamente em busca de condições essenciais de vida para um país desconhecido e enfrenta, além do preconceito, barreiras de cunho financeiro, linguístico, social, dentre outros.

## B. Metodologia

Na análise da temática proposta, foi empregado o método de pesquisa analítica. Desenvolvida sob viés bibliográfico, a pesquisa analisou a legislação doméstica e documentos internacionais, artigos e livros que abordem a relação entre a pandemia e a vulnerabilidade exposta à parcela da comunidade Warao sujeita ao deslocamento forçado ao território brasileiro. Ademais, analisou informes, relatórios e pareceres de organismos internacionais que abordaram orientações acerca das medidas de proteção dentro dos parâmetros do Direito Internacional a serem adotadas em relação aos imigrantes e refugiados na duração do período de emergência de saúde global.

Outrossim, a pesquisa desenvolveu através da abordagem dedutiva, uma vez que permitiu a construção de explicações partindo de pressupostos gerais para a situação particular de migrantes do fenômeno migratório da comunidade Warao durante o episódio de emergência sanitária global da Covid-19.

Quanto à análise dos objetivos, o estudo foi desenvolvido com base no método exploratório de pesquisa, sobretudo textual-interpretativo, baseando-se na análise bibliográficas e documental de documentos jurídicos domésticos e internacionais, bem como estudos de base antropológica, selecionados de maneira qualitativa.

## C. Resultados

Em sede de resultados parciais, nota-se que a migração forçada vivenciada pelos migrantes da comunidade Warao, associado às

vulnerabilidades de populações indígenas, foram intensificadas com a pandemia, em razão das dificuldades de deslocamento, de postos de trabalho, de comunicação no idioma local e de acesso a postos de saúde qualificados, bem como de saneamento básico em habitações adequadas.

Nesse sentido, a emergência sanitária global acentuou vulnerabilidades previamente consolidadas quanto ao acolhimento de migrantes venezuelanos, especialmente indígenas, pelo Estado brasileiro, que insiste em recebê-los, ainda que em operações institucionais como a Operação Acolhida, sob o viés securitário de proteção ao território contra o ingresso de estrangeiros irregulares ou indocumentados, em que pese a revogação do Estatuto de Estrangeiro e os princípios constitucionais que regulamentam a nova Lei de Migração.

Outrossim, revela a inefetividade de os Estados adotarem um viés de indiferença ou rejeição diante das crises sanitárias, de modo que o paradigma da segurança global com base no recrudescimento dos sistemas de vigilância e incentivo à deportação contrariam a proteção legal de direitos garantidos, dentre outros, pela Lei de Migração, Estatuto do Refugiado e Convenção n.º 169/1989, sobre Povos Indígenas e Tribais, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 2004, que preconiza a política diferenciada de saúde indígena de modo a observar as suas “condições econômicas, geográficas, sociais e culturais”.

Noutros termos, as medidas realizadas pelo Estado brasileiro foram insuficientes para conter a propagação do vírus, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo a proteger direitos específicos das populações vulneráveis, no caso, migrante e indígena. É preciso, portanto, afastar propostas que visem militarizar o “acolhimento” de migrantes e refugiados sob a justificativa de respostas rápidas aos problemas enfrentados pelos venezuelanos, pressupondo, inclusive, uma falsa diminuição da demanda num curto espaço de tempo (SILVA, 2021, p. 402).

## D. Considerações Finais

O cenário pandêmico, além de revelar a (hiper)vulnerabilidade da população Warao no território brasileiro, evidencia a necessidade de mobilização de autoridades locais para garantir medidas de proteção, equipes multidisciplinares de atenção à saúde, qualificadas para enfrentamento do Covid-19, em observância aos mecanismos internacionais e nacionais de tutela dos indígenas, refugiados e migrantes, em território brasileiro, com vistas ao fortalecimento e garantia da promoção à saúde, em todos os níveis de assistência, respeitando, neste processo, as identidades indígenas culturais.

Em conclusão, a pesquisa revela a necessidade de políticas específicas para o enfrentamento da pandemia que considerem a situação particular de grupos vulneráveis, sobretudo de migrantes e indígenas, que somam condições que os separam do restante da sociedade urbana nos moldes das linhas abissais. Nesse sentido, dada a sua condição social, o olhar humanitário do Estado diante dos compromissos firmados nacional e internacionalmente se demonstra essencial quanto à garantia da dignidade humana da população Warao. Para este objetivo, o Sistema Interamericano oferece orientações, como a Resolução n.º 01/2020, intitulada “Pandemia e Direitos Humanos nas Américas”, que recomendou a adoção, pelos Estados, de medidas intersetoriais direcionadas à garantia dos direitos humanos de grupos historicamente excluídos ou em risco especial.

## Referências

ACNUR. Os Warao no Brasil: Contribuições da antropologia para a proteção de indígenas refugiados e migrantes. 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/04/WEB-Os-Warao-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2022.

ARAÚJO, J. L. P. A hipervulnerabilidade dos indígenas Warao no Norte do Brasil em tempos de pandemia. *Ambiente: Gestão e Desenvolvimento*, [S. l.], v. 14, n. 2, 2021, pp. 70-82. Disponível em: <<https://periodicos.uerr.edu.br/index.php/ambiente/article/view/962>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

GARCÍA-CASTRO, A. A. Los Warao en Brasil son refugiados, no inmigrantes. Cuestiones etnológicas y etnohistóricas. *Périplos: Revista de Estudos sobre Migrações*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 32–55, 2018. Disponível em: [https://periodicos.unb.br/index.php/obmigra\\_periplos/article/view/25456](https://periodicos.unb.br/index.php/obmigra_periplos/article/view/25456). Acesso em: 13 nov. 2022.

MARÉCHAL, C; VELHO, A. L. de B.; RODRIGUES, M. W.; BUENO, P. Transformações sociais e (re)territorialização Warao no Brasil: a trajetória de uma família frente à pandemia de covid-19. *Espaço Ameríndio*, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 46-87, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/108280/59638>. Acesso em 14. Nov. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer Técnico/SP/MANAUS/ SEAP n. 10/2017. Parecer Técnico acerca da situação dos indígenas da etnia Warao na cidade de Manaus, provenientes da região do delta do Orinoco, na Venezuela. 2017. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/parecer-tecnico-warao>. Acesso em: 09 nov. 2022.

KLUGE, H. H. P. et al. Refugee and migrant health in the Covid-19 response. *The Lancet*, v. 395, n. 10232, p. 1237–1239, abr. 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30791-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30791-1). Acesso em: 10 nov. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O fim do império cognitivo. A afirmação das epistemologias do Sul*. Belo Horizonte, MG: Autêntica Editora, 2019.

SILVA, S. Acolhimento Institucionalizado em Tempos de Pandemia: O Caso dos Venezuelanos em Manaus. In: BAENINGER, R.; VEDOVATO, L. R.; NANDY, S. (Coord.). *Migrações Internacionais e a Pandemia de Covid-19*. Campinas, SP: NEPO/UNICAMP, 2020. p. 391-406.

## 2.9. Fundamentos do Tratamento Discriminatório do Refugiado Não-Padrão na Europa e as suas Consequências: uma Análise do Caso Ucrainiano<sup>14</sup>

### A. Introdução

Existia um consenso no ocidente sobre os objetivos da Guerra Fria e os refugiados “criados” por ela (CHIMNI, 1998, p.350); a institucionalização da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 reforçou tal consenso, aplicando categorias aos migrantes e excluindo aqueles fora de suas classificações, possibilitando que os Estados capitalistas

---

<sup>14</sup> Trabalho apresentado por *Victória Magri Moreira de Carvalho*, Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia, Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEDPI), vinculado à Universidade Federal de Uberlândia e registrado junto ao CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9355402727346612>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1639-0878>. Contato: [victoria.carvalho@ufu.br](mailto:victoria.carvalho@ufu.br).

utilizassem esses refugiados como peões do conflito (ONU, 1948). O contexto da Guerra Fria fez com que as Nações Unidas classificassem os refugiados de acordo com sua nacionalidade, seu território de origem e o motivo da saída, que deveria prever a falta de proteção diplomática do seu país de origem.

Considerando as restrições dada à classificação e o cenário que a Europa perpassava à época, criou-se uma divisão entre o refugiado padrão e o não-padrão. O refugiado padrão seria aquele que fosse homem, branco, cristão e que estivesse fugindo de um território assolado pela ideologia comunista implantada pela União Soviética (CHIMNI, 1998, p.351). É a partir deste momento que se inicia, na Europa, a criação do mito da diferença, baseado na concepção eurocêntrica do refugiado aceito.

Com o fim da Guerra Fria e o desenvolvimento mundial com novas conceituações, os estatutos, convenções e acordos sobre refugiados foram se modificando; junto com eles, alterou-se também o modo de observar as pessoas refugiadas e os fluxos migratórios de países periféricos (CHIMNI, 2000, p.3). O que aconteceu, na verdade, foi a retirada dos valores ideológicos e geopolíticos dos refugiados, fazendo com que fosse tirado, do campo político, a sua importância.

Os países do Norte Global aumentaram suas políticas de non-entré, enviando aos refugiados do Sul a clara mensagem de que não eram bem-vindos o território e que não teriam um bom motivo para a entrada nos países; os refugiados passaram a ser considerados ameaças aos territórios que os recebiam, e os recursos demandados por eles se tornaram escassos, o que ameaçava a segurança da região. Uma das justificativas para essa elevação do mito da diferença era que os países de Terceiro Mundo enviavam um contingente muito grande de pessoas, além de serem privilegiadas ao poderem abusar da hospitalidade europeia (CHIMNI, 1998, p.357).

Os estudos de refugiados foram então alterados para estudos das migrações forçadas como uma estratégia do mundo ocidental em aplicar o humanitarismo atrelado ao conceito de globalização, buscando mais uma vez

legitimar a ordem mundial imperial que prevê o oferecimento de ajudas humanitárias vindo dos países superiores, os países do Norte, para os países dependentes a eles, os do Sul (CHIMNI, 2009, p.13).

É com essa globalização vigente e o campo da ajuda humanitária que foi dado, aos Estados desenvolvidos, o rótulo de protetor dos refugiados, gerando o que hoje percebemos como um cerceamento dos direitos desses indivíduos, que são considerados, na maioria das vezes, como ameaças à segurança dos Estados receptores (CHIMNI, 2000, p.3).

Sentindo-se justificados a fecharem suas fronteiras para os refugiados e de devolverem os refugiados aos países de origem, os países adeptos a essas políticas de diferenciação dos indivíduos causaram uma forte erosão dos princípios fundamentais do povo refugiado, aplicando o que Mbembe (2016) chama de Necropolítica.

Para o autor, “matar ou deixar viver” constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Exercitar a soberania é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder” (MBEMBE, 2016, p.123).

A fim de explicitar que as políticas (anti)migratórias e o sistema neoliberal fortalecem a necropolítica aplicada aos corpos refugiados, o autor se baseou no conceito de biopolítica de Foucault, outra importante base para os estudos das migrações forçadas.

O biopoder, para Foucault, era o domínio da vida do outro pelo poder soberano; a partir daí, o autor camaronês faz uma série de indagações sobre a real política sobre os corpos, aquela que determina a morte do corpo humano como ordem de poder (MBEMBE, 2016, p.123-124). O autor conecta o racismo e as fronteiras internacionais com a necropolítica imposta pelos Estados, indicando que a soberania determina suas fronteiras e decide a quem deixar sua nação disponível (MBEMBE, 2016, p.123).

O necropoder, portanto, não necessariamente vem de regras e políticas impostas aos corpos, ela pode se originar no descaso do Estado, que pode levar

a morte ou a exclusão de um povo em uma sociedade. Desta feita, ao controlarem os corpos e as vidas dos cidadãos refugiados em seu território, os países europeus abusam da sua soberania para a utilização do necropoder, deixando a população em estado de morte social (MBEMBE, 2016, p.123).

A necropolítica dos Estados europeus pode ser verificada a partir do contexto dos conflitos envolvendo a Rússia e a Ucrânia, que fez com que mais de seis milhões de ucranianos procurassem refúgios nos países vizinhos. Essa crise migratória foi vista de forma diferente pelos países europeus, mostrando dos governantes uma maior solidariedade; as fronteiras foram amplamente abertas inclusive em países considerados de extrema-direita, mas apenas para os refugiados ucranianos (UNHCR, s/d).

Nesse contexto, em países como a Alemanha, os refugiados são estabelecidos inicialmente em "campos temporários", onde são obrigados a aguardar o andamento das suas solicitações em condições ainda degradantes e impossibilitados de realizar uma reunião familiar. Recentemente, em abril de 2022, a Alemanha se tornou alvo de noticiários por sua política de refugiados sendo aplicada de forma inconsistente quando se trata de migrantes afegãos e ucranianos, nos indicando a aplicação da necropolítica nos Estados europeus quando se trata de refugiados que não se encaixam no padrão aceito pela instituição governamental.

Portanto, a presente pesquisa traz como problema a pergunta: pode-se perceber, portanto, que as regras europeias ainda reproduzem as limitações introduzidas pelo regime internacional de refúgio instituído ao final da Segunda Guerra Mundial? Se sim, quais as consequências deste comportamento?

Faz-se necessário enfatizar que o envio de ajuda humanitária para a população ucraniana é importante e urgente; mas não é único. Refugiados originários dos países do Oriente Médio, por exemplo, que sofrem por guerras há décadas, ainda são alvos de olhares inquietos e desconfiados. Para Tedros Ghebreyesus, diretor da Organização Mundial da Saúde (OMS),



“Infelizmente, a Ucrânia não é o único conflito em nosso mundo. Do Afeganistão a Myanmar, Iêmen, e meu próprio país, Etiópia, vivem uma infeliz realidade em que, muitas vezes, conflitos e doenças se juntam” (MARQUES, 2022).

Mesmo com essa situação alarmante dos refugiados considerados não-padrão, mulheres e crianças, de todas as classes sociais e grau de instrução vivem em situações precárias por sua origem. A morte por desnutrição e falta de medicamentos é recorrente nessa população, enfatizando a “culpa” das políticas dos Estados nessa situação.

De acordo com uma pesquisa feita pelo Instituto Ipsos em 28 países, os refugiados ucranianos são os mais aceitos e bem recebidos pelo governo e pela população local, em comparação, principalmente, com sírios e afegãos. Estes últimos são os considerados mais rejeitados na pesquisa, sendo que um terço das 20 mil pessoas entrevistadas se dizem contrários ao recebimento dessa população por diferenças religiosas, culturais, ideológicas e físicas, destacando ainda mais o racismo e xenofobia nas ações de acolhimento (CALLIARI, 2022).

## **B. Metodologia**

A presente pesquisa será desenvolvida a partir de uma abordagem hipotético-dedutiva, partindo de uma análise geral e histórica das políticas migratórias na Europa, principalmente no que tange o recebimento de refugiados não-padrão, e a situação de extrema vulnerabilidade na qual eles são mantidos em virtude da sua rejeição pelo bloco. Ainda, será utilizado este método de abordagem uma vez que, dadas as constantes violações de Direitos Humanos causadas pelas políticas de refúgio europeias, busca-se verificar a hipótese de que essas violações decorrem de uma contínua visão que divide o refugiado em "padrão" e "não padrão", excluindo deliberadamente os últimos de sua tutela.

Quanto à análise dos objetivos, a pesquisa parte de um método descritivo para relatar e analisar tanto a teoria crítica de direito internacional atrelada ao refúgio, como também as normativas europeia e internacionais relativas ao tema, além das próprias consequências da não concessão de tutela ao refugiado "não padrão" na Europa atualmente. Ademais, usa-se o método explicativo na medida em que se busca determinar a causa da rotineira negativa de proteção do sujeito do Sul Global ("não-padrão") no território europeu.

Quanto ao método de procedimento, utiliza-se da técnica documental, sobretudo, nas convenções e protocolos da União Europeia relativos ao refúgio, assim como os princípios, normas, regras e procedimentos relativos ao reconhecimento da condição de refugiado no plano internacional, utilizando-se de exemplos fáticos para a observação da rotineira violação dos direitos dos refugiados não-padrão.

Ademais, utiliza-se da técnica bibliográfica, para a análise e construção teórica do texto tendo como obras principais aquelas escritas por Bhupinder, S. Chimni e Achille Mbembe.

### **C. Resultados**

Observando os fatos expostos, tem-se claramente que os refugiados não-padrão são prejudicados pela necropolítica dos Estados; estes são impedidos de entrarem nos países, são confinados e criminalizados quando estão em nações europeias e sofrem crescentes desregulações de seus direitos, indicando-nos que o humanitarismo pregado pelas nações globalizadas é conceito vazio quando se trata das vidas de pessoas forçadas a se deslocarem, que se tornam descartáveis para a sociedade receptora (ZUBIZARRETA, 2018).

O mito da diferença destaca a existência do refugiado padrão e interfere nas relações dos Estados terceiro-mundistas, aplicando uma natureza fixa ao

fluxo de refugiados aceitos pelo território europeu e tirando a importância e diminuindo a existência dos refugiados não-padrão (CHIMNI, 1998, p.352)..

Partindo dessas premissas, podemos refletir acerca da modernidade e os modelos capitalistas atuais, indicando que as questões coloniais têm ainda seus impactos e extrapolam as fronteiras das nações (MBEMBE, 2016, p.133). Assim, existe certa recorrência de interligação entre o modelo econômico e a necropolítica (KAYSER, 2019); com o aumento da desigualdade social e desemprego, a instabilidade social gera uma inação do Estado em favor da vida de seus indivíduos.

Em países nacionalistas e/ou de extrema direita, existem discursos recorrentes como o do Premier Búlgado Kiril Petkov, que afirmou que “os refugiados (se referindo aos ucranianos) não são como os anteriores. Essas pessoas são europeias. Essas pessoas são inteligentes. São educadas” (PINOTTI, 2022). Ainda, de acordo com a ACNUR, a Polônia é um dos países com maior rejeição de migrantes forçados, mas se prepararam desde o início do conflito e receberam mais de três milhões de ucranianos em seu território (UNHCR, s/d). Esses discursos reforçam os estereótipos impostos nos refugiados não-padrão e incentivam o mito da diferença, nos indicando como a política migratória europeia é falha e tendenciosa desde 1951.

#### **D. Considerações Finais**

Quando observamos as políticas utilizadas na Europa nos dias atuais, percebemos que essa visão padronizada não foi alterada. Propostas de estabelecimento de cotas obrigatórias para recebimento de refugiados são recusadas, o Conselho de Segurança ainda discute as crises de refugiados como problemas de ameaça à soberania, e forças militares são utilizadas para impedir a entrada de migrantes irregulares no país. Em contrapartida, nada é feito para que o fluxo de tráfico humano, especificamente, seja diminuído; indicando a preocupação com o território do Estado e seus interesses, e não com a proteção e segurança dos refugiados.

Analisando a atuação da União Europeia e sua política de asilo e refúgio, tem-se que a utilização do Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA), atuante desde 1999 e reformado de acordo com os Regulamentos de Dublin, estabelece premissas de devolução e repatriação que visam o alívio do contingente populacional dos países europeus, mas não estão especialmente de acordo com o Estatuto do Refugiado.

A expulsão de afegãos em “troca” do recebimento de ucranianos, apoiadas em políticas de segurança e conceitos imperialistas, só nos destaca que a divisão entre o refugiado padrão e o não-padrão existe desde as origens do atual regime internacional de refúgio, e persiste nas atuais políticas apresentadas pelo Conselho da União Europeia sobre refugiados, culminando na impossibilidade do bloco de garantir a plena tutela dos direitos humanos dessa população e a sua própria inserção na sociedade (europeia) de forma legal e segura, aplicando necropolíticas nestes corpos vulneráveis, hipótese tratada no presente trabalho.

## Referências

- CALLIARI, Marcos. Brasileiros estão entre os que mais apoiam acolhimento a refugiados. IPSOS, 14 jun. 2022. Disponível em: <https://www.ipsos.com/pt-br/brasileiros-estao-entre-os-que-mais-apoiam-acolhimento-refugiados#:~:text=A%20compara%C3%A7%C3%A3o%20hist%C3%B3rica%20da%20mesma,a%2078%25%20no%20ano%20seguinte..> Acesso em: 14 nov. 2022.
- CHIMNI, Bhupinder S. Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: Um Manifesto. Tradução de Ricardo Flores Filho; Julio Cesar Veiga Bezerra e Alessandro Hippler. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n.1, p. 42-60, 2018.
- CHIMNI, Bhupinder S. Globalization, humanitarianism and the erosion of refugee protection. *Journal of Refugee Studies*, v. 13, n.3, p.243-263, 2000.
- CHIMNI, Bhupinder S. The Birth of a 'Discipline': From Refugee to Forced Migration Studies. *Journal of Refugee Studies*. v. 22, n. 1, p.11-29, 2009.
- CHIMNI, Bhupinder S. The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South. *Journal of Refugee Studies*, v. 11, n. 4, p.350-374, 1998.
- CONSELHO EUROPEU. Cronologia – Política de migração da UE. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-migration-policy/migration-timeline/>. Acesso em: 08 ago. 2022.
- HARKER, Sergio C. Necropolítica. Os centros de detenção de estrangeiros e a economia dos “maus corpos”. Instituto Humanitas UNISINOS. Disponível em:

<https://www.ihu.unisinos.br/categorias/593943-necropolitica-os-centros-de-detencao-de-estrangeiros-e-a-economia-dos-maus-corpos>. Acesso em: 11 ago. 2022.

JUBILUT, Liliana L. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Editora Método, 271 p., 2007.

KAYSER, Eric. Neoliberalismo e necropolítica. Instituto Humanitas UNISINOS. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/595098-neoliberalismo-e-necropolitica>. Acesso em: 12 ago. 2022.

MANTOVANI, Flávia. Ucrânianos são os refugiados mais aceitos no mundo, indica pesquisa. Yahoo Notícias. 6 jul. de 2022. Disponível em: [https://br.noticias.yahoo.com/ucranianos-s%C3%A3o-os-refugiados-mais-224900225.html?guccounter=1&guce\\_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce\\_referrer\\_sig=AQAAAMqNPjoYHcMbhq\\_u9hilSPHVP46UsW-Xd2nEwQEnzpkltr9MeWcMu31BqKNwWMxwIyFdMm-bMybTAea3cLDtBYInOrK9CrjcE02yFxGSNAedoBxRrt0zG4mqKFSV4pY4F3FyN3wM2a0bwnQ8VagOtTRYc0zP87-iMkgKadNUul20](https://br.noticias.yahoo.com/ucranianos-s%C3%A3o-os-refugiados-mais-224900225.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAMqNPjoYHcMbhq_u9hilSPHVP46UsW-Xd2nEwQEnzpkltr9MeWcMu31BqKNwWMxwIyFdMm-bMybTAea3cLDtBYInOrK9CrjcE02yFxGSNAedoBxRrt0zG4mqKFSV4pY4F3FyN3wM2a0bwnQ8VagOtTRYc0zP87-iMkgKadNUul20). Acesso em: 13 nov. 2022.

MARQUES, Lúcia. A urgência dos refugiados vai além da Ucrânia. CEE FIOCRUZ, 23 mar. 2022. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=A-urgencia-dos-refugiados-vai-alem-da-Ucrania>. Acesso em: 14 nov. 2022.

MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução de Renata Santini. Rio de Janeiro: Arte & Ensaios, n. 32, 2016, p.123-151 (título original: Necropolitics).

PARLAMENTO EUROPEU. Política de asilo. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/151/la-politica-de-asilo>. Acesso em: 09 ago. 2022.

PINOTTI, Fernanda. Como a Europa trata de forma diferente refugiados da Ucrânia e do Oriente Médio. CNN Brasil, 25 mar. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/como-a-europa-trata-de-forma-diferente-refugiados-da-ucrania-e-do-orientes-medio/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

UNHCR. Operation data portal:Ukraine refugee situation. Disponível em: <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>. Acesso em: 13 nov. 2022. ZUBIZARRETA, J. H. La necropolítica frente a los derechos humanos. CATDM, 2018. Disponível em: <https://cadtm.org/la-necropolitica-frentea-los>. Acesso em: 12 ago 2022.

## 2.10. A “Guerra Ao Terror” e o Direito Internacional Humanitário Frente à Flexibilização da Aplicabilidade da Convenção de Genebra no Afeganistão<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Trabalho apresentado por *Laila Maria Franco Oliveira*, Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Integrante do Assessoria Jurídica para Migrantes em Situação Irregular ou de Risco (AJESIR). Lattes: <<https://lattes.cnpq.br/5722133727884735>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-0920-9153>>. Contato: <lailadireitofu@gmail.com>.

## A. Introdução

A “guerra ao terror” é iniciada perante o fortalecimento da Doutrina Bush e do ideal de prevenção, fortalecendo o fundamentalismo. Em primeira análise, cabe reiterar que o Estado que se propõe, apenas em teoria e de forma assídua, como será elencado no presente trabalho, o berço da liberdade e da democracia, cerceia a dignidade humana a partir de violações incisivas aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento. Logo, a vida, a liberdade, a igualdade e a proporcionalidade são desvinculadas do ser, o qual é marginalizado e posto como um objeto necessário para a concretização de um fim determinado, como é exposto nos desastros ocorridos na base naval de Guantánamo, em Cuba, a partir da sequência de crimes de guerra orquestrados pela atuação de George W. Bush. Em meio ao contexto de polarização, Guantánamo apresenta a proposta de um complexo de detenção para terroristas, mas na realidade fática representa a falência das instituições enquanto uma proposta democrática, se tornando um símbolo de tortura. As medidas adotadas pelos norte-americanos após os atentados de onze de setembro de 2001 alteraram profundamente os moldes geopolíticos globais, de maneira que suas tentativas de supressão ocasionam um embate que declara, a partir de medidas incisivas e agressivas, que o oriente não é unilateralmente condicionado aos interesses da civilização ocidental.

As forças e as políticas dos EUA estão completando a radicalização do mundo islâmico, algo que Osama bin Laden vem tentando fazer com sucesso substancial, porém incompleto, desde o início dos anos 1990. O resultado, parece-me justo concluir, é que os Estados Unidos da América continuam a ser o único aliado indispensável de Bin Laden. (Scheuer, 2004).

As medidas aplicadas sob a justificativa de guerra preventiva fomentaram massacres diante do descumprimento de elementos estruturais e essenciais do Direito Internacional Humanitário, um conjunto de normas internacionais contidas em tratados aderidos de forma voluntária. Deste, ramifica-se a vertente do Direito da Haia, que dispõe acerca dos meios utilizados na guerra, e a vertente do Direito de Genebra, o qual é foco do

estudo em questão e afere a proteção de pessoas em meio aos conflitos deflagrados.

Os tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos incorporam obrigações de caráter objetivo, que transcendem os meros compromissos recíprocos entre as partes. Voltam-se, em suma, à salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados, na qual exerce função-chave o elemento do "interesse público" comum ou geral (ou *ordre public*) superior. Toda a evolução jurisprudencial, quanto à interpretação própria dos tratados de proteção internacional dos Direitos Humanos, encontra-se orientada nesse sentido (CANÇADO, 1991).

A Convenção de Genebra, estipulada em 1949, dispõe sobre a necessidade de cuidado humano para que indivíduos subalternos possam ser respeitados quanto ao seu sexo, raça, nacionalidade, religião, opiniões políticas e entre outros, sendo vedada a tortura, a discriminação, o risco desproporcional e o desrespeito à dignidade dos entes vulneráveis. Para que seja efetivada a aplicabilidade da convenção, o indivíduo deve ser reconhecido enquanto prisioneiro e, conseqüentemente, como portador do direito proveniente do Estatuto de Prisioneiro de Guerra. Não obstante, as proteções da Convenção de Genebra são demasiadamente relativizadas quanto à sua aplicabilidade aos detidos na Baía de Guantánamo, fator que ratifica precedentes para que tratamentos cruéis sejam implementados sem a previsão de aplicação das garantias previstas em Genebra, como exposto:

Como solicitado, segue um breve do que observei em GTMO. Em algumas ocasiões, entrei em salas de interrogatórios para encontrar um detento acorrentado ao chão pelos pés e mãos em posição fetal, sem cadeira, comida ou água. Na maioria das vezes, eles tinham urinado ou defecado em si mesmos e tinham sido deixados lá por 18 a 24 horas, ou mais. Em ocasião, ar condicionado estava baixo e a temperatura tão fria na sala que o detento descalço tremia de frio. Quando perguntei ao MP o que estava acontecendo, fui informado de que os interrogadores do dia anterior tinham ordenado esse tratamento e o detento não deveria ser removido[...], o detento estava praticamente inconsciente no chão, com um chumaço de cabelo ao seu lado. Aparentemente, ele literalmente havia arrancando os cabelos durante a noite [...] (CARDIA; ASTOLFI, 2014, p. 32).

A partir da relativização da aplicabilidade da Convenção de Genebra, os meios de atuação ocidental voltados ao oriente eram substancialmente expandidos e serviam de substrato de incentivo a crimes de guerra, impulsionando homicídios, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios. Tendo em vista o relato supracitado, é importante verificar a previsão legal negligenciada no processo de atentado à vida e demais bens jurídicos tutelados. Nos termos do artigo 5, Protocolo I, da III Convenção de Genebra, todos os indivíduos capturados em conflitos armados são considerados prisioneiros de guerra, salvo em casos de determinação contrária expedida por meio de tribunal competente. Apesar disso, para a política estadunidense, os capturados no Afeganistão não se aplicavam ao conceito de prisioneiro de guerra, despidendo-se das garantias elencadas pelo instrumento de aplicação do Direito Internacional Humanitário.

## **B. Metodologia**

O trabalho é elaborado a partir do método empírico-dedutivo de caráter explicativo a partir de um apanhado bibliográfico referente ao Direito Internacional Humanitário e a sua aplicação nos termos das Convenções de Genebra no contexto de litígios internacionais direcionados ao combate do terrorismo. Por conseguinte, é colocada em pauta a relativização da Convenção e o desacato à dignidade humana dos prisioneiros.

## **C. Resultados**

O resultado obtido pela pesquisa confirma a tese de que as violações supracitadas ocorreram de forma incisiva em função do sexo, raça, nacionalidade, religião e opiniões políticas no contexto de “Guerra ao Terror”. Os detentos na Baía de Guantánamo sofreram profundas agressões no que tange à dignidade intrínseca ao indivíduo a partir da relativização de seu estado enquanto prisioneiro, sendo estes considerados combatentes inimigos,



visto isso, não poderiam utilizar os dispositivos das Convenções. Nesse sentido, ocorre o enfraquecimento das Convenções de Genebra, que visam reduzir as barbáries da guerra, e o aviltamento do Direito Internacional Humanitário.

## D. Considerações Finais

A proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é da essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos (CANÇADO, 2007). A salvaguarda da vontade de um Estado sobre o direito de outro, nesse caso, elenca incontáveis violações que geram a reflexão acerca da soberania e da atuação do Direito Internacional Humanitário. Após os genocídios estabelecidos nas guerras mundiais, o indivíduo é colocado, novamente, como mero instrumento para a obtenção de um fim determinado. Nesse contexto, a guerra antiterror feriu as disposições que protegem a figura humana em conflitos armados e desrespeitou a jurisprudência e as regras de jurisdição internacional. Por fim, é exposto que a atuação estadunidense reitera que a escolha, a liberdade e a dignidade dos civis e das vítimas da guerra são negociáveis mediante a flexibilização de Tratados e Convenções, configurando a aceitabilidade expressa de crimes de guerra.

## Referências

- BRASIL. Decreto Nº 42.121, de 21 de agosto de 1957. Promulga as Convenções concluídas em Genebra, a 12 de agosto de 1949, destinadas a proteger as vítimas da guerra. Brasília, 1957. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D42121.htm#:~:text=DOS%20FERIDOS%20E%20ENFERMOS,-Artigo%2012&text=Os%20membros%20das%20f%C3%B4r%C3%A7as%20armadas,protegidos%20em%20t%C3%B4das%20as%20circunst%C3%A2ncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D42121.htm#:~:text=DOS%20FERIDOS%20E%20ENFERMOS,-Artigo%2012&text=Os%20membros%20das%20f%C3%B4r%C3%A7as%20armadas,protegidos%20em%20t%C3%B4das%20as%20circunst%C3%A2ncias).
- CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta. Tortura na Era dos Direitos Humanos. 1 ed. São Paulo: Edusp, 2014.
- CHOMSKY, Noam. Quem manda no mundo? / Noam Chomsky ; tradução Renato Marques. 1. ed. – São Paulo : Planeta, 2017
- Michael Scheuer. Imperial Hubris: Why the West Is Losing the War on Terror (Washington: Potomac Books, 2004).

VALENÇA, Rebeca Lemos. A APLICABILIDADE DO ESTATUTO DE PRISIONEIRO DE GUERRA: estudo de caso da baía de Guantánamo, Cuba. 79 p. Monografia (Bacharel em Relações Internacionais), Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2006.

TRINDADE, Antônio. A. Cançado, A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos jurídicos e Instrumentos Micos. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 10-11.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI. In: A. P. Cachapuz Medeiros (Org.) Desafios do Direito Internacional Contemporâneo. Brasília: Funag, 2007, p. 407-490.

## 2.11. Políticas Públicas para refugiados no Brasil: o estado da arte (2018-2022)<sup>16</sup>

### A. Introdução

Tendo em vista as iniciativas públicas para com os refugiados e a importância desta para o estudo de políticas públicas no Brasil, esta pesquisa objetiva: (i) analisar a literatura científica brasileira acerca das políticas públicas para refugiados no Brasil, de 2018 a 2022, e, (ii) refinar, dentre as pesquisas acerca dessa temática, as produções pertinentes a criação e avaliação das políticas públicas para refugiados, e descrever o enfoque e/ou perspectivas das pesquisas.

Pesquisas sobre o tema são insuficientes para a emergente situação, dificultando o conhecimento acerca do acolhimento de refugiados no Brasil. No intuito de disseminar conhecimentos acerca da temática, será feito um estudo sobre o estado da arte da literatura disponível sobre o tema, abrangendo o período de 2018 a 2022, no Portal da Capes, apresentando o que foi pesquisado, como e sob que enfoque e/ou perspectivas foi tratado o assunto apresentado na literatura científica. O estudo deriva da pergunta norteadora: A literatura científica brasileira concernente ao refúgio e às políticas públicas para integrar refugiados é suficiente para avaliar a atuação do Estado? Em

---

<sup>16</sup>Trabalho apresentado por *Laleska Rocha de Abrantes Carcará* (Mestranda em Relações Internacionais pela Universidade Estadual da Paraíba, <http://lattes.cnpq.br/0022014020478802>, <https://orcid.org/0000-0002-3554-3967>)

decorrência da pergunta exposta, levanta-se a hipótese de que existe escassez de pesquisas com foco em políticas públicas e refúgio.

Inicia-se com um número amplo de estudos que contém as palavras-chaves adotadas, para então sintetizar as descobertas de pesquisas anteriores relacionadas diretamente a políticas públicas e refugiados no Brasil, e então, concluir com ideias gerais dos estudos científicos.

## **B. Metodologia**

Com este estudo buscou-se revisar um tema já discutido na literatura de relações internacionais, através de uma revisão literária sobre o estado da Arte de políticas públicas para refugiados no Portal da Capes, de 2018 a 2022 e configura-se como uma pesquisa básica, propondo uma melhor compreensão dos estudos sobre políticas públicas para refugiados venezuelanos, com o intuito de gerar conhecimento sobre o tema. Em segundo, a pesquisa foi explicativa, bibliográfica, pois usou de materiais científicos cadastrados no Portal Capes, com método de procedimento histórico. Por fim, o método de abordagem foi indutivo, partindo da análise de políticas públicas para refugiados para assim, certificar-se da produção científica sobre o tema no Brasil conforme escolha das palavras-chaves.

## **C. Resultados**

Diante do material coletado e tendo como base os 16 artigos da busca com filtros, observa-se que nem todos tratam diretamente sobre as políticas públicas criadas, aplicadas aos refugiados. Ou seja, é necessária uma nova filtragem para analisar somente o conteúdo das pesquisas que conversem com o tema. Para isso, serão analisadas as palavras-chave dos estudos, e mantido no nosso banco de artigos somente os que tiverem "políticas públicas" e "refugiados".

**Tabela 1 - Artigos e Palavras-Chaves**

Nº	Artigo/Autor(a)	Palavras-Chaves
1	Mapeamento de políticas públicas para os refugiados no Brasil (França, Montagner e Ramos, 2019)	refugiados; políticas públicas; vulnerabilidade; saúde
2	O combate à exploração econômica dos refugiados: a necessidade de políticas públicas pautadas na dignidade (Reymão e Neto, 2019)	Refugiados; Exploração; Políticas públicas; Exclusão; Direitos Humanos.
3	Reflexos do racismo camuflado na política migratória brasileira e a intervenção judicial como esperança em obter o reconhecimento da condição de refugiados (Júnior e Moreira, 2021)	Direitos humanos; migração; refúgio; políticas públicas; Covid-19.
4	Como refugiados são afetados pelas respostas brasileiras a COVID-19? (Martuscelli, 2020)	COVID-19; refugiados; Brasil; políticas públicas
5	A integração local de refugiados no Brasil (Rezende e Fraga, 2020)	Direitos humanos; Imigração; Integração local; Refugiados

**Fonte:** Elaboração da própria autora

Após selecionar o material, de fato, relacionado com o tema em estudo, será feita análise minuciosa de cada artigo, para conforme indica a metodologia sugerida por Soares e Maciel (2000, p. 4), considerar “as categorias que identifiquem, em cada texto, e no conjunto deles as facetas sobre as quais o fenômeno vem sendo analisado”.

#### D. Considerações Finais

As pesquisas do tipo estado da arte focam sua análise na problematização e metodologia, seu objetivo central é o mapeamento, principalmente apresentando ao pesquisador como uma referência para a justificativa lacuna que a investigação que se pretende realizar poderá preencher. Nesse estudo, buscou-se estabelecer o estado da arte da literatura disponível sobre políticas públicas e refugiados, abrangendo o período de 2018 a 2022, no Portal da Capes, apresentando o que foi pesquisado, como e sob que enfoque e/ou perspectivas foi tratado o assunto apresentado na literatura científica.

O resultado após utilização de filtros e palavras chaves foi limitado quando se observa o contexto sociocultural vivido dentro dos 5 anos no Brasil. O que nos leva a confirmar a hipótese levantada no início da pesquisa, existe escassez de pesquisas com foco em políticas públicas e refúgio. Se faz necessário incentivo por parte da Academia, profissionais da área, interessados na temática, para fornecer estudos de ponta e possibilitar melhoria na forma em que os refugiados são assistidos no Brasil.

## Referências

- ABRANTES, V. V. Brasil e a 'Diplomacia Da Saúde': um recorte temporal da atuação do estado na pandemia de COVID-19. *Boletim de Conjuntura*, v. 4, p. 11-27, 2020a.
- CERVO, A. L. BERVIAN, P. A. Metodologia científica. 5.ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.
- ELIAS, C. S. et al. Quando chega o fim? Uma revisão narrativa sobre a terminalidade do período escolar para alunos deficientes mentais. *SMAD: Revista Electrónica en Salud Mental, Alcohol y Drogas*, v. 8, n. 1, p. 48-53, 2012. Acesso em 3 de setembro de 2022.
- FRANÇA, Rômulo Ataiades. RAMOS, Wilsa Maria. MONTAGNER, Maria Inez. Mapeamento de políticas públicas para os refugiados no Brasil. *Estudos e pesquisas em psicologia*, 2019, Vol.19 (1), p.89-106. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/43008/29719>. Acesso em 01 de setembro de 2022.
- REZENDE, H. L.; FRAGA, F. V. B. A integração local de refugiados no Brasil. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 20, n. 224, p. 229-237, 21 set. 2020.
- SOARES, M. B.; MACIEL, F. P. Alfabetização. Brasília: MEC; Inep; Comped, 2000. (Estado do Conhecimento, n. 1). Disponível em: <[http://www.publicacoes.inep.gov.br/arquivos/%7BE35088B3-B51D-482A-827D-66061A4AE11E%7D\\_alfabetiza%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www.publicacoes.inep.gov.br/arquivos/%7BE35088B3-B51D-482A-827D-66061A4AE11E%7D_alfabetiza%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em 3 de setembro de 2022.

### *Grupo de Trabalho III – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável*

## 3.1. O Direito Humano À Alimentação: O Brasil De Volta Ao Mapa Da Fome<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup>Trabalho apresentado por *Tainá Fagundes Lente* (Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Frutal. E-mail: [tainalenteadv@gmail.com](mailto:tainalenteadv@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5317052328681005>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5601-8013>.) e Loyana Christian de Lima Tomaz (Doutoranda em Biocombustíveis pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Mestra em Filosofia pela

## A. Introdução

Os objetivos de desenvolvimento sustentável são 17 finalidades propostas pela Organização das Nações Unidas (ONU) a serem alcançadas pelos países até o ano de 2030. Elas buscam diminuir a pobreza, preservar o meio ambiente e garantir a paz. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2022). Dentro das 17 metas, uma das mais relevantes é a número 2, qual seja, atingir um percentual de fome zero e procurar por uma agricultura sustentável.

O direito básico à alimentação é previsto em uma série de regramentos, nacionais e internacionais. No Brasil, ele aparece como um direito social, elencado no caput do art. 6º da Constituição, sendo que os direitos sociais possuem como função:

[...] distribuir a riqueza, para fins não apenas de eliminar, por benevolência, a pobreza, mas para compor o projeto de uma sociedade na qual todos possam, efetivamente, adquirir, em sua significação máxima, o sentido da cidadania, experimentando a beleza da condição humana, sendo certo que um dos maiores problemas que agridem a humanidade é a injustiça. (MAIOR, 2013, p. 4).

Internacionalmente, o direito à alimentação está previsto no art. 25.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de vários instrumentos vinculantes, como: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção sobre a Eliminação de Todas Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), dentre outros. (FAO-ONU, 2014, p. 2-3).

---

UFU. Professora do curso de Direito da UEMG – Unidade Frutal. E-mail: loyana.tomaz@uemg.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4045540656029211>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3595-0570>.

No Brasil, o problema da fome sempre foi uma realidade. Vasconcelos (2005, p. 440) relata que as raízes da fome no país datam desde o período colonial e que apenas no período da Ditadura de Getúlio Vargas (1937-1945) políticas de combate à fome começaram a ser pensadas.

O autor estudou as políticas públicas adotadas de 1937 (Ditadura Vargas) até 2003 (início do governo Lula). De 1930 a 1963, começaram algumas ações, como a criação do salário mínimo (mesmo que insuficiente), do Serviço de Alimentação da Previdência Social, da Comissão Nacional de Alimentação, a promulgação do Primeiro Plano Nacional de Alimentação e Nutrição em 1953 e a criação do Programa Nacional de Alimentação Escolar em 1954. (VASCONCELOS, 2005, p. 441-442). Apesar disso, o autor assinala que nesse período “o perfil epidemiológico nutricional brasileiro caracterizava-se, sobretudo, pela elevada ocorrência das doenças nutricionais relacionadas à miséria, à pobreza e ao atraso econômico [...]”. (VASCONCELOS, 2005, p. 443).

O período seguinte, de 1964 até 1984, correspondeu à ditadura militar. Nela, mesmo que afirmassem expansão econômica, 67% da população consumia uma quantidade de alimentos que não atendia suas necessidades. Nesta época aconteceu a criação dos Planos Nacionais de Desenvolvimento e do Programa Nacional de Alimentação e Nutrição, mediante ação da ONU. (VASCONCELOS, 2005, p. 443-444).

Na sequência, se trata do período pós-redemocratização. Vasconcelos (2005, p. 446-448) explica que o discurso social volta ao debate político. Apesar de tocar no tema da fome, o governo Sarney formulou planos econômicos (Plano Cruzado e Plano Verão), para trazer estabilidade ao Brasil, que acabaram por esvaziar as verbas dessa área. Em 1990, governo Collor, foi adotada uma política totalmente neoliberal, o que reduziu outra vez os recursos de combate à fome; nessa época, as verbas de programas de alimentação foram desviadas. Também não houve melhora significativa no governo Itamar Franco.

Finalmente, com o governo de Fernando Henrique Cardoso, foram lançados alguns programas de combate à fome, como o Programa Comunidade Solidária e o Bolsa Alimentação, mas “continuaram sendo desenvolvidos dentro dos moldes operacionais dos governos anteriores”. (VASCONCELOS, 2005, p. 448-449).

No ano de 2003 é iniciado o governo Lula e é implantado o Programa Fome Zero. O Fome Zero, segundo Takagi (2010, p. 54), surgiu em um contexto em que 44 milhões de brasileiros (30% da população) passavam fome, isso porque apesar do Brasil ser um grande produtor de alimentos, as pessoas não tinham renda. A miserabilidade era agravada pela crise econômica e pelo desemprego, típicos dos anos 1990/2000.

O Programa Fome Zero teve como objetivo adotar uma série de políticas que proporcionassem o aumento de renda das famílias, para combater a insegurança alimentar. Takagi bem coloca:

[...] o Projeto Fome Zero buscava atacar o problema da insegurança alimentar a partir da melhoria do nível de renda da população considerada pobre, uma vez que o problema da fome no Brasil está muito mais relacionado com a insuficiência de renda do que, propriamente, com a falta de oferta ou escassez de alimentos. [...] O projeto apontava que a pobreza é resultado de um modelo de crescimento perverso, assentado em salários muito baixos e que levava à crescente concentração de renda e ao desemprego. (TAKAGI, 2010, p. 54-55).

O Fome Zero seguiu em três frentes: políticas estruturais, políticas específicas e políticas locais. As políticas estruturais buscavam combater a causa da fome, como pela geração de emprego/renda e o incentivo à agricultura familiar. As políticas específicas se consubstanciavam em medidas emergenciais de combate à fome, como a ampliação da merenda escolar e os cupons para aquisição de alimentos. E as políticas locais, que eram ações direcionadas às especificidades dos municípios, a exemplo de bancos de alimentos, agricultura urbana e restaurantes populares. (TAKAGI,



2010, p. 56). O Programa foi um sucesso e o Brasil finalmente saiu do Mapa da Fome das Nações Unidas, no ano de 2014. (SECRETARIA ESPECIAL DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2014).

Entretanto, apesar dos esforços, já em 2022 o país retornou ao Mapa da Fome, sob o governo de Jair Messias Bolsonaro. (G1, 2022).

Nesse contexto, feito o apanhado histórico, o questionamento a que esse trabalho tem por objetivo responder é o de: quais seriam as causas do Brasil retornar ao Mapa da Fome em 2022? Ou seja, perquirir o que tenha acontecido com as políticas públicas de combate à fome do Brasil.

## **B. Metodologia**

Para este trabalho foi adotado o método de abordagem dedutivo. O método dedutivo é responsável por partir de uma premissa geral até o desenvolvimento de uma premissa específica. Além disso, é possível afirmar que se as premissas escolhidas forem verdadeiras os resultados também serão. (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2017, p. 65).

Tendo isso em vista, parte-se do estudo geral das políticas públicas de combate à fome adotadas pelo Brasil ao longo dos governos, principalmente a eficiência do Programa Fome Zero, para se chegar as causas da reinserção do Brasil ao Mapa da Fome em 2022.

Isso foi feito através de uma pesquisa qualitativa, que se interessa com a natureza dos fenômenos observados, mas também por meio de uma pesquisa quantitativa, mediante o agrupamento de dados importantes sobre a fome no Brasil.

Além disso, cabe salientar que o desenvolvimento do trabalho não escapa ao procedimento bibliográfico, visto que foi alicerçado na obra dos autores que estão listados nas referências, por meio de seus livros e artigos.

Dessa forma, o objetivo do trabalho foi atingindo ao descrever e interpretar os dados e as políticas públicas relativas à fome no Brasil nos últimos anos.

### C. Resultados

Como dito anteriormente, os esforços empregados no Fome Zero surtiram resultados. Em 2014 o Brasil havia reduzido em 82% o número de pessoas passando fome, segundo a ONU, o que foi responsável pela saída do país do Mapa Mundial da Fome. (SECRETARIA ESPECIAL DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2014).

Todavia, nos últimos anos, o Brasil vem enfrentando novamente o problema da fome. Em 2022, o país retorna ao Mapa da Fome das Nações Unidas (G1, 2022), com 4,1% da população passando fome, o que corresponde a cerca de 33 milhões de pessoas. (O GLOBO, 2022). Esse regresso se deve ao desmonte das políticas públicas de combate à fome realizado pelo atual governo de Jair Messias Bolsonaro.

Trisotto (2022) explica que a verba de seis ações (aquisição de alimentos, alimentação escolar na educação básica, ações de proteção social básica, ações de proteção social especial, formação de estoques públicos com agricultura familiar e construção de cisternas) para combate à fome foi reduzida em 38%, o que corresponde a uma perda de R\$ 3,6 bilhões em orçamento.

Além disso, segundo Turtelli (2022), o governo zerou o orçamento do programa Alimenta Brasil, que visava adquirir alimentos da agricultura familiar para doar aos que necessitassem. Esse programa era um dos principais voltados ao combate atual da fome e foi apresentado à Cúpula dos Sistemas Alimentares da ONU como um exemplo.

Finalmente, é preciso dizer que esse retrocesso também aconteceu em outras áreas, Sardi (2022) aponta que o Relatório do Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030 afirmou que o Brasil regrediu em 65% das 168 metas formuladas pela ONU.

## D. Considerações Finais

Diante disso, é evidente que o Brasil se debruça sobre o problema da fome desde suas origens, de forma que políticas só foram adotadas no governo de Getúlio Vargas.

Apesar dos avanços do período pós-redemocratização, a inclusão do discurso social no debate político, nos anos 2000 o país figurava no Mapa da Fome da ONU. Isso só mudou com o Programa Fome Zero, que reuniu um conjunto de medidas para melhorar a renda dos mais pobres e para distribuição de comida.

Todavia, mesmo que a fome parecesse ter sido superada, o Brasil volta em 2022 ao Mapa da Fome, através do desmonte e falta de investimento nas políticas públicas de combate à fome pelo governo Bolsonaro.

Isso reforça o dado de que o Brasil regrediu na maioria das metas de desenvolvimento sustentável estabelecidas pela Agenda de 2030 da ONU, aqui no tocante à meta número dois, de promover um mundo em que as pessoas não passem fome.

Ademais, revela também que o combate à fome deve ser uma política de Estado, sempre constante, e a preocupação com o direito humano à alimentação (previsto em tantos documentos) deve ser de todos os governos e orientações políticas.

## Referências

ONU. **Cadernos de Trabalho sobre o Direito à Alimentação:** O direito à alimentação no quadro internacional dos direitos humanos e nas Constituições. Disponível em: <https://www.fao.org/3/i3448o/i3448o.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2022.

G1. **Brasil retorna ao Mapa da Fome das Nações Unidas.** Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/07/06/brasil-volta-ao-mapa-da-fome-das-nacoes-unidas.ghtml>. Acesso em: 06 nov. 2022.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A vez do direito social e da descriminalização dos movimentos sociais. **MARICATO, Ermínia et al. Cidades rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**, v. 1, p. 83-89, 2013. Disponível em: [https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a\\_vez\\_do\\_direito\\_social\\_e\\_da.pdf](https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_vez_do_direito_social_e_da.pdf). Acesso em: 04 nov. 2022.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Sobre o nosso trabalho para alcançar os objetivos do Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 06 nov. 2022.

O GLOBO. **Entenda os números que mostram que 33 milhões de pessoas passam fome no Brasil**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/eleicoes-2022/noticia/2022/09/entenda-os-numeros-que-mostram-que-33-milhoes-de-pessoas-passam-fome-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 06 nov. 2022.

SARDI, Marchio Achilles. Brasil regrediu na maioria das metas de desenvolvimento sustentável contidas na Agenda de 2030. **Câmara dos Deputados**, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/909209-brasil-regrediu-na-maioria-das-metas-de-desenvolvimento-sustentavel-contidas-na-agenda-2030/#:~:text=Brasil%20regrediu%20na%20maioria%20das%20metas%20de%20desenvolvimento%20sustent%3%A1vel%20contidas%20na%20Agenda%202030,-19%2F09%2F2022&text=Relat%3%B3rio%20do%20Grupo%20de%20Trabalho,entre%20os%20quais%20o%20Brasil>. Acesso em: 06 nov. 2022.

SECRETARIA ESPECIAL DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. **Brasil sai do Mapa da Fome das Nações Unidas, segundo FAO**. Disponível em: <http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2014/setembro/brasil-sai-do-mapa-da-fome-das-nacoes-unidas-segundo-fao>. Acesso em: 06 nov. 2022.

TAKAGI, Maya. A Implantação do Programa Fome Zero no Governo Lula. **Fome Zero: Uma História Brasileira**. Organizadora: Adriana Veiga Aranha. – Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Assessoria Fome Zero, v. 1, 2010. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Fome%20Zero%20Vol1.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.

TRISOTTO, Fernanda. Sob Bolsonaro, programas de combate à fome encolhem 38%, e governo privilegia transferência de renda. **O Globo**, 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2022/10/programas-de-combate-a-fome-perdem-verba-enquanto-governo-privilegia-auxilio-brasil.ghtml>. Acesso em: 06 nov. 2022.

TURTELLI, Camila. Com escalada de fome no Brasil, governo destrói programa alimentar. **UOL**, 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/06/06/com-escalada-de-fome-no-brasil-governo-destroi-programa-alimentar.htm>. Acesso em: 06 nov. 2022.

VASCONCELOS, Francisco de Assis Guedes de. Combate à fome no Brasil: uma análise histórica de Vargas a Lula. **Revista de Nutrição**, n. 18, p. 439-457, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rn/a/dBtStfvTzwqWjvqQgSL5zqd/?lang=pt>. Acesso em: 04 nov. 2022.

### 3.2 O Compromisso Climático Das Empresas E A Proteção Dos Direitos Humanos Dos Migrantes<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup>Trabalho apresentado por *Julia Stefanello Pires* (Doutoranda em Direito Socioambiental (PUCPR), com período sanduíche na FAU-Erlangen-Nürnberg. Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos (UFGD). Analista em Empresas e Direitos Humanos (Proactiva). E-mail: [juliastefanello27@gmail.com](mailto:juliastefanello27@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6742989216453460>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9792-2076>.) e Maria Fernanda Lima (Bacharel em Direito

## A. Introdução

Prevê-se que mudanças climáticas levarão a situações de aguda violação de direitos humanos, por meio da privação do direito à moradia, à saúde, à integridade pessoal e aos deslocamentos forçados, entre outros (ONU, 2019). Assim, é de interesse de todos que as causas que podem levar a tais efeitos, não ocorram ou sejam mitigadas. As empresas com atuação global se desenvolvem como entidades integradas internacionalmente, no entanto, não são sujeitas a um único regulador (RUGGIE, 2014, p.13). Ao passo que ocupam posição de destaque no cenário econômico mundial, a ausência de um instrumento vinculativo que determine normas de atuação em respeito a direitos humanos e ambientais, permite que estes atores não-Estatais sejam grandes violadores desses direitos, sem que sejam penalizados por isso.

O impacto da atuação empresarial na economia global é de grande relevância, segundo a Organização não governamental (Ong) Global Justice Now, das 100 maiores entidades econômicas do mundo, 69 são empresas e apenas 31 são países. Neste sentido, Beck (2010, p. 25 - 31) explica que na modernidade tardia a produção de riquezas é “acompanhada pela produção social de riscos”, que constituem objetos de distribuição, assim como riquezas, de modo que se constituem em posições: de ameaça ou de classe.

Embora figurem entre os principais contribuintes para as emissões de GEE (IPCC, 2007, p.449), as empresas não estão vinculadas por um marco regulatório que relacione as suas atividades às questões climáticas. Ou seja, não são obrigadas a assumir a sua própria quota-parte de responsabilidade na emissão de GEE, nem são consideradas responsáveis pelas consequências e impactos das alterações climáticas.

Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) definem, em seu objetivo 13, a Ação Contra a Mudança Global do Clima, com o princípio de adotar medidas urgentes para combater as alterações climáticas e os seus impactos (PACTO GLOBAL). Os ODS definem prioridades e aspirações, demandando que as empresas estabeleçam metas, monitorem indicadores, mapeiem suas cadeias de valor, definam prioridades, dentre outras atividades de gestão necessárias para o atingimento dos objetivos estabelecidos.

Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU (PO's) não tratam especificamente de questões climáticas ou ambientais. Contudo, o documento declara que as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, incluindo não violar os direitos humanos e abordar quaisquer impactos negativos que as suas atividades possam causar (UN, 2011).

Enquanto os ODS apresentam uma agenda positiva, de ações a serem tomadas e objetivos a serem atingidos na promoção de direitos humanos e da própria Agenda 2030, as diretrizes dos PO's propõem que as empresas desenvolvam uma metodologia de devida diligência em direitos humanos, visando prevenir ou mitigar os impactos adversos causados por suas atividades, ou na sua cadeia de valor. Os dois compromissos são, evidentemente, complementares na promoção e respeito aos direitos humanos.

Em 2022 a Assembleia Geral da ONU aprovou uma resolução (ONU, 2022) que considera o meio ambiente limpo, saudável e sustentável como um direito humano. Este documento salienta que os efeitos das alterações climáticas têm uma série de consequências diretas e indiretas, resultando no aquecimento da Terra. Como resultado do aquecimento global, instala-se um desequilíbrio climático que altera os fluxos de precipitação, a acidez dos oceanos, a seca, etc. Tais mudanças podem impedir o gozo dos direitos humanos, tais como o direito à alimentação, à água limpa e até mesmo à vida.

Além disso, reconhece que como resultado das alterações climáticas, a geografia de alguns países está ameaçada, o que pode originar uma migração em massa, tanto ao nível nacional como internacional, uma espécie de migrante que não está protegida por nenhum documento internacional (SARLAT, 2020, p. 137-141).

O trabalho pretende analisar como o compromisso das empresas com os direitos humanos deve envolver o respeito aos direitos humanos dos migrantes climáticos, criando uma conexão entre a justiça climática e a atuação empresarial. Para isso, se desenvolverá em três partes: primeiramente, abordando as relações do compromisso com os direitos humanos e as questões migratórias climáticas; em um segundo momento, será compreendido o papel das empresas neste contexto, e, ao final, compreender como os compromissos com os ODS e os POs podem auxiliar na promoção dos direitos humanos dos migrantes climáticos.

## **B. Metodologia**

Para seu desenvolvimento, adotará o método dedutivo, proposto por Descartes (2014), partindo de uma hipótese genérica e, por meio de dedução, se buscará chegar a uma conclusão, a solução do problema encontrado, qual seja, a possibilidade de responsabilização das empresas pelos impactos causados pelas mudanças ambientais.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica exploratória, desenvolvida por meio de um estudo monográfico, dedicando-se a uma análise da questão do compromisso das empresas em respeitar os direitos humanos dentro do contexto das questões climáticas, incluindo-se a abordagem dos direitos dos migrantes climáticos.

## **C. Resultados**

As empresas contribuem para as causas das mudanças climáticas, ao desempenharem atividades altamente emissoras de gases de efeito estufa. Desta maneira, assumir um compromisso climático faz parte da responsabilidade empresarial em respeitar os direitos humanos, especialmente dos migrantes decorrentes das alterações climáticas. Além disso, no contexto local, os impactos climáticos podem intensificar questões como escassez de água, prejudicando plantações e a sobrevivência de comunidades no entorno das empresas, o que pode resultar em deslocamentos internos. Os princípios e diretrizes estabelecidos nos ODS, principalmente no objetivo n. 13, e nos PO's devem se transformar em metas e estratégias empresariais para o enfrentamento das mudanças climáticas e promoção dos direitos humanos dos migrantes.

No entanto, é importante observar que estes documentos são voluntários, e não prevêem sanções para as partes que não respeitam os seus termos e princípios. Estes documentos têm sido criticados porque, embora muitas empresas gozem do estatuto social de serem signatárias de tais compromissos, na ausência de um mandato ou da capacidade de monitorizar e verificar as práticas empresariais por parte dos organismos internacionais envolvidos, estas empresas têm espaço para continuar a violar direitos básicos (KINLEY; TADAKI, 2004, p. 951). Assim, necessário se faz que se compreenda como esses compromissos voluntários podem ser utilizados em atuações efetivas no engajamento das empresas com o tema.

#### **D. Considerações Finais**

O trabalho pesquisa a relação entre a promoção dos direitos humanos dos migrantes climáticos por parte de empresas, considerando as prerrogativas da justiça climática. O engajamento a partir das diretrizes estabelecidas nos ODS e nos PO's, as empresas podem efetivar metas e estratégias que resultem em ações eficazes no enfrentamento das mudanças



climáticas, e compromisso efetivo com os migrantes climáticos, especialmente os deslocados internos das localidades em que desenvolvem suas atividades.

## Referências

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

DESCARTES, René. Discurso do Método, 2003. Disponível em: <http://ateus.net/artigos/filosofia/discurso-do-metodo/>. Acesso em 10 de nov de 2022.

GLOBAL JUSTICE NOW. “69 of the richest 100 entities on the planet are corporations, not governments, figures show”. Disponível em <https://www.globaljustice.org.uk/news/2018/oct/17/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show>; Acesso em 10 de nov de 2022.

Intergovernmental Panel on Climate Change IPCC. **Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment**. Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, cambridge, nueva York, cambridge university Press, 2007.

KINLEY, David; TADAKI, Junko. From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 44, n. 4, p. 931-1023, 2004.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo: O Brasil e as Três Conferências Ambientais das Nações Unidas**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (Funag), 2006.

PACTO GLOBAL. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)**. Objetivo n. 13: Ação contra a mudança global do clima. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/13>. Acesso em 10 de nov de 2022.

RUGGIE, John Gerard. **Apenas negócios**. São Paulo: Planeta sustentável, 2014.

SARLAT, Rosália Ibarra. Indeterminación del estatus jurídico del migrante por cambio climático. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XX, 2020, pp. 135-167 Ciudad de México, ISSN 1870-4654

UNITED NATIONS (UN). Resolution n. A/76/L.75: The human right to a clean, healthy and sustainable environment. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3982508?ln=en>; Acesso em 10 de nov de 2022.

UNITED NATIONS (UN). **Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework**. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf); Acesso em 10 de nov de 2022.

### 3.3 O Processo De Habilitação De Casamento De Pessoas Imigrantes No Brasil: uma Análise Das Desigualdades Do Escopo Normativo Burocrático Nacional<sup>19</sup>

#### A. Introdução

A doutrina do Direito das famílias separa em três as eficácias ligadas ao casamento, sendo essas: pessoal, patrimonial e social (DIAS, 2021, p. 463). Especificamente, a primeira está ligada ao fato de que, ao iniciar a sociedade conjugal, os indivíduos estabelecem uma comunhão, possuindo direitos e deveres de forma paritária. Além disso, há a mudança do estado civil, um atributo da personalidade. Dito isso, se de forma ampla já é possível observar a repercussão do matrimônio para os sujeitos de direito, para aquele que se desloca de seu país se estabelecendo em outro, o acesso a celebração dessa modalidade de entidade familiar pode significar ainda mais.

Tal dedução encontra respaldo na pesquisa desenvolvida no Rio Grande do Sul que analisou o significado do casamento para os imigrantes haitianos da região do Vale do Taquari e concluiu que, para esses, se casar também é uma das estratégias de reconstrução de vida no local onde estão estabelecidos (ROGÉRIO, et. all, 2021, p. 247). Nessa seara, considerando as variadas nacionalidades presentes no território nacional, a relevância do casório também está situada na pluralidade de necessidades culturais e sentidos a esse atribuídos.

Para além disso, a atual política brasileira de imigração, instituída pela Lei n.º 13.445 de 2017, suscita um novo tratamento aos imigrantes sob um viés humanitário. De certo, o reconhecimento de quem migra como sujeito de direito e o princípio da igualdade de tratamento são novidades legislativas

---

<sup>19</sup>Trabalho apresentado por *Marina Knust da Silva* (Graduanda em Direito pela UFF, [marinaknust@id.uff.br](mailto:marinaknust@id.uff.br), <http://lattes.cnpq.br/5029936761419471>, <https://orcid.org/0000-0002-7026-6272>.)

(GUERRA, 2022, p. 1724). Paralelamente, a exclusão de práticas discriminatórias e a inclusão social são parte dos compromissos estabelecidos pelo Brasil na meta n. 10 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estabelecidos pela Organização das Nações Unidas, referente à redução das desigualdades (ONU, 2018).

Logo, o acesso a celebração de casamento em paridade com os nacionais durante a mobilidade faz valer não apenas as garantias fundamentais referente às entidades familiares, que são preservadas constitucionalmente, mas também o direito à igualdade, um dos pressupostos que regem tal diploma normativo vigente. Nesse contexto, para que o Estado reconheça a união entre os sujeitos com devida repercussão na esfera civil, é imprescindível que os futuros nubentes se habilitem para o casamento em procedimento administrativo prévio.

Em observância ao formalismo do procedimento, o Art. 1525 do Código Civil de 2002 dispõe sobre os documentos necessários para a instrução do requerimento de habilitação de casamento, dentre esses, a certidão de nascimento ou documento equivalente. Cumpre ressaltar que a possibilidade alternativa se refere principalmente à apresentação de certidão de divórcio para aqueles requerentes que já constituíram outro matrimônio previamente, já que é necessário dissolver um vínculo antes de iniciar outro.

De modo específico, aos imigrantes, são impostas algumas outras questões adicionais. Além de se sujeitar às condições legais brasileiras, de onde residem, devem apresentar os seus documentos na língua portuguesa – devendo ser traduzidos somente por intérprete habilitado, quando necessário –, com apostilamento nos cartórios de registros civis na maioria dos casos. Sendo o caso da existência de divórcio em outro país, a respectiva sentença estrangeira deve ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse contexto, dentre os diversos requisitos, incluindo os citados acima, possuir os documentos do país de origem pode ser o primeiro dos impasses. Deve-se frisar que, a situação atípica vivenciada pelo refugiado, e por

equiparação, pelo solicitante de refúgio, deve ser considerada no caso de exigência de apresentação de documentação de seu país de origem, conforme determina a Lei nº 9.474/97. Além disso, quando munidos de seus documentos escritos em outro idioma, muitos se veem frente a hipossuficiência econômica que os impede de arcar com os custos da tradução juramentada. Frente às burocracias do registro público, o imigrante em situação de vulnerabilidade no Brasil tem seu o direito à igualdade considerado ao requerer habilitação de casamento?

## **B. Metodologia**

O presente trabalho faz uso do método dedutivo ao analisar o requisitos impostos ao imigrante em situação de vulnerabilidade requerente no processo de habilitação de casamento e união estável, que é uma das etapas indispensáveis para o casamento e visa garantir a conformidade com a lei, afastando as causas suspensivas e os impeditivos para o matrimônio. Diante da interpretação do Direito das Famílias sob a ótica constitucional e internacional de direitos humanos, busca-se produzir uma análise documental normativa das legislações domésticas que dispõem a respeito do acesso ao registro público e adocumentação civil em relação à celebração de casamento, sobretudo da Lei de Registro Público, Lei n. 6.015 de 1973, e da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Decreto Lei n. 6.657 de 1942, a fim de explorar a viabilidade da aplicação dessas no contexto do grupo vulnerável em análise. Para além disso, uma revisão bibliográfica será feita com o levantamento de fontes doutrinárias e textuais sobre o tema.

## **C. Resultados**

Como resultado, pôde-se observar que as formalidades burocráticas impostas ao imigrante em situação de vulnerabilidade no processo de habilitação de casamento são impasses que extrapolam questões impeditivas

do exercício do direito de constituir família a partir do matrimônio no Brasil, se relacionando diretamente com o violação do Princípio de Igualdade de tratamento ao imigrante. Notou-se que a exigência da apresentação de determinados documentos afasta o acesso do imigrante ao registro público por diversos motivos, sendo os principais: as custas do apostilamento de documentos em cartórios de registro civil e da tradução juramentada e a inacessibilidade dos referidos documentos pela forma de saída do país e da relação do sujeito com sua embaixada e consulado.

#### D. Considerações Finais

Conclui-se que a efetiva igualdade de tratamento aos imigrantes proposta pela política de imigração nacional depende do reconhecimento por parte do Estado das vulnerabilidades dos que migram para além da condição de refúgio. Nesse contexto, o processo de habilitação de casamento proposto normativamente não considera o imigrante em situação de vulnerabilidade como possível requerente. Diante disso, a desigualdade de acesso ao direito à constituição de família permanece para os imigrantes.

#### Referências

BRASIL. Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973. 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2022. 7

BRASIL. Lei nº 9474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. [S. l.], 22 jul. 1997.

BRASIL. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Lei no 13.445, de 24 de maio de 2017. 2017. Lei de Migração. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm)>. Acesso em 31 ago. 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. / Maria Berenice Dias - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos / The new migration law in Brazil: progress and improvements in the field of human rights. *Revista de Direito da Cidade*, [S.l.], v. 9, n. 4, p. 1717-1737, out. 2017. ISSN 2317-7721. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/28937>>. Acesso em: 29 nov. 2022. doi:<https://doi.org/10.12957/rdc.2017.28937>.

ROGERIO, M. S. ., ROSA GAVIRIA MEJÍA, M., & STORCK PINHEIRO, F. MIGRAÇÃO HAITIANA E O CASAMENTO COMO PRÁTICA SOCIAL: A PRESENÇA DA MULHER HAITIANA E A DEMANDA PELO DIREITO DE CASAR. *Revista Direitos Culturais*, 16(39), p. 241-254. (2021) <https://doi.org/10.20912/rdc.v16i39.279> ONU. Organização das Nações Unidas. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>. Acesso em 6 dez. 2022.

### 3.4 O Compromisso Climático Das Empresas e a Proteção dos Direitos Humanos Dos Migrantes<sup>20</sup>

#### A. Introdução

Prevê-se que mudanças climáticas levarão a situações de aguda violação de direitos humanos, por meio da privação do direito à moradia, à saúde, à integridade pessoal e aos deslocamentos forçados, entre outros (ONU, 2019). Assim, é de interesse de todos que as causas que podem levar a tais efeitos, não ocorram ou sejam mitigadas. As empresas com atuação global se desenvolvem como entidades integradas internacionalmente, no entanto, não

---

<sup>20</sup> Trabalho apresentado por *Vinicius Villani Abrantes* (Discente do Programa de Pós-graduação em Estudos Linguísticos, na área de Linguística Aplicada, da Universidade Federal de Minas Gerais (POSLin/FALE/UFMG), com bolsa PROEX/CAPES. Graduando em Letras, com ênfase em Línguas Estrangeiras Modernas e Linguística Aplicada, pela Universidade Federal de Juiz de Fora (FALE/UFJF). Bacharel em Direito, pelo Instituto Metodista Granbery (FMG/IMG). Pesquisador associado ao Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional, no projeto de pesquisa: *Direito Internacional Crítico (GEPDI/DICRÍ/CNPq/UFU)*. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3848131609364323>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3850-2834>>. Contato: <[viniciusabrantes@ufmg.br](mailto:viniciusabrantes@ufmg.br)>.) e *Thiago de Souza Modesto* (Mestrando em Direito Público e Evolução Social e especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pós-graduando em Relações Internacionais: Geopolítica e Defesa pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Globalização, Relações Internacionais e Migrações” no Núcleo de Pesquisa em Direito (NUPED/UBM) e “Direito da União Europeia” no Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI) da Universidade Federal do Ceará (UFC). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9993356679979999>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-3841-0801>>. Contato: <[thiagomodesto.adv@hotmail.com](mailto:thiagomodesto.adv@hotmail.com)>.)

são sujeitas a um único regulador (RUGGIE, 2014, p.13). Ao passo que ocupam posição de destaque no cenário econômico mundial, a ausência de um instrumento vinculativo que determine normas de atuação em respeito a direitos humanos e ambientais, permite que estes atores não-Estatais sejam grandes violadores desses direitos, sem que sejam penalizados por isso.

O impacto da atuação empresarial na economia global é de grande relevância, segundo a Organização não governamental (Ong) Global Justice Now, das 100 maiores entidades econômicas do mundo, 69 são empresas e apenas 31 são países. Neste sentido, Beck (2010, p. 25 - 31) explica que na modernidade tardia a produção de riquezas é “acompanhada pela produção social de riscos”, que constituem objetos de distribuição, assim como riquezas, de modo que se constituem em posições: de ameaça ou de classe.

Embora figurem entre os principais contribuintes para as emissões de GEE (IPCC, 2007, p.449), as empresas não estão vinculadas por um marco regulatório que relacione as suas atividades às questões climáticas. Ou seja, não são obrigadas a assumir a sua própria quota-parte de responsabilidade na emissão de GEE, nem são consideradas responsáveis pelas consequências e impactos das alterações climáticas.

Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) definem, em seu objetivo 13, a Ação Contra a Mudança Global do Clima, com o princípio de adotar medidas urgentes para combater as alterações climáticas e os seus impactos (PACTO GLOBAL). Os ODS definem prioridades e aspirações, demandando que as empresas estabeleçam metas, monitorem indicadores, mapeiem suas cadeias de valor, definam prioridades, dentre outras atividades de gestão necessárias para o atingimento dos objetivos estabelecidos.

Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU (PO's) não tratam especificamente de questões climáticas ou ambientais. Contudo, o documento declara que as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, incluindo não violar os direitos humanos e abordar

quaisquer impactos negativos que as suas atividades possam causar (UN, 2011).

Enquanto os ODS apresentam uma agenda positiva, de ações a serem tomadas e objetivos a serem atingidos na promoção de direitos humanos e da própria Agenda 2030, as diretrizes dos PO's propõem que as empresas desenvolvam uma metodologia de devida diligência em direitos humanos, visando prevenir ou mitigar os impactos adversos causados por suas atividades, ou na sua cadeia de valor. Os dois compromissos são, evidentemente, complementares na promoção e respeito aos direitos humanos.

Em 2022 a Assembleia Geral da ONU aprovou uma resolução (ONU, 2022) que considera o meio ambiente limpo, saudável e sustentável como um direito humano. Este documento salienta que os efeitos das alterações climáticas têm uma série de consequências diretas e indiretas, resultando no aquecimento da Terra. Como resultado do aquecimento global, instala-se um desequilíbrio climático que altera os fluxos de precipitação, a acidez dos oceanos, a seca, etc. Tais mudanças podem impedir o gozo dos direitos humanos, tais como o direito à alimentação, à água limpa e até mesmo à vida. Além disso, reconhece que como resultado das alterações climáticas, a geografia de alguns países está ameaçada, o que pode originar uma migração em massa, tanto ao nível nacional como internacional, uma espécie de migrante que não está protegida por nenhum documento internacional (SARLAT, 2020, p. 137-141).

O trabalho pretende analisar como o compromisso das empresas com os direitos humanos deve envolver o respeito aos direitos humanos dos migrantes climáticos, criando uma conexão entre a justiça climática e a atuação empresarial. Para isso, se desenvolverá em três partes: primeiramente, abordando as relações do compromisso com os direitos humanos e as questões migratórias climáticas; em um segundo momento, será compreendido o papel das empresas neste contexto, e, ao final, compreender



como os compromissos com os ODS e os POs podem auxiliar na promoção dos direitos humanos dos migrantes climáticos.

## **B. Metodologia**

Para seu desenvolvimento, adotará o método dedutivo, proposto por Descartes (2014), partindo de uma hipótese genérica e, por meio de dedução, se buscará chegar a uma conclusão, a solução do problema encontrado, qual seja, a possibilidade de responsabilização das empresas pelos impactos causados pelas mudanças ambientais.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica exploratória, desenvolvida por meio de um estudo monográfico, dedicando-se a uma análise da questão do compromisso das empresas em respeitar os direitos humanos dentro do contexto das questões climáticas, incluindo-se a abordagem dos direitos dos migrantes climáticos.

## **C. Resultados**

As empresas contribuem para as causas das mudanças climáticas, ao desempenharem atividades altamente emissoras de gases de efeito estufa. Desta maneira, assumir um compromisso climático faz parte da responsabilidade empresarial em respeitar os direitos humanos, especialmente dos migrantes decorrentes das alterações climáticas. Além disso, no contexto local, os impactos climáticos podem intensificar questões como escassez de água, prejudicando plantações e a sobrevivência de comunidades no entorno das empresas, o que pode resultar em deslocamentos internos. Os princípios e diretrizes estabelecidos nos ODS, principalmente no objetivo n. 13, e nos PO's devem se transformar em metas e estratégias empresariais para o enfrentamento das mudanças climáticas e promoção dos direitos humanos dos migrantes.

No entanto, é importante observar que estes documentos são voluntários, e não prevêem sanções para as partes que não respeitam os seus termos e princípios. Estes documentos têm sido criticados porque, embora muitas empresas gozem do estatuto social de serem signatárias de tais compromissos, na ausência de um mandato ou da capacidade de monitorizar e verificar as práticas empresariais por parte dos organismos internacionais envolvidos, estas empresas têm espaço para continuar a violar direitos básicos (KINLEY; TADAKI, 2004, p. 951). Assim, necessário se faz que se compreenda como esses compromissos voluntários podem ser utilizados em atuações efetivas no engajamento das empresas com o tema.

#### D. Considerações Finais

O trabalho pesquisa a relação entre a promoção dos direitos humanos dos migrantes climáticos por parte de empresas, considerando as prerrogativas da justiça climática. O engajamento a partir das diretrizes estabelecidas nos ODS e nos PO's, as empresas podem efetivar metas e estratégias que resultem em ações eficazes no enfrentamento das mudanças climáticas, e compromisso efetivo com os migrantes climáticos, especialmente os deslocados internos das localidades em que desenvolvem suas atividades.

#### Referências

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

DESCARTES, René. Discurso do Método, 2003. Disponível em: <http://ateus.net/artigos/filosofia/discurso-do-metodo/>. Acesso em 10 de nov de 2022.

GLOBAL JUSTICE NOW. "69 of the richest 100 entities on the planet are corporations, not governments, figures show". Disponível em <https://www.globaljustice.org.uk/news/2018/oct/17/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show>; Acesso em 10 de nov de 2022.

Intergovernmental Panel on Climate Change IPCC. **Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment**. Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, cambridge, nueva York, cambridge university Press, 2007.

KINLEY, David; TADAKI, Junko. From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law. **Virginia Journal of International Law**, v. 44, n. 4, p. 931-1023, 2004.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo: O Brasil e as Três Conferências Ambientais das Nações Unidas**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (Funag), 2006.

PACTO GLOBAL. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)**. Objetivo n. 13: Ação contra a mudança global do clima. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/13>. Acesso em 10 de nov de 2022.

RUGGIE, John Gerard. **Apenas negócios**. São Paulo: Planeta sustentável, 2014.

SARLAT, Rosália Ibarra. Indeterminación del estatus jurídico del migrante por cambio climático. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XX, 2020, pp. 135-167 Ciudad de México, ISSN 1870-4654

UNITED NATIONS (UN). Resolution n. A/76/L.75: The human right to a clean, healthy and sustainable environment. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/3982508?ln=en>; Acesso em 10 de nov de 2022.

UNITED NATIONS (UN). **Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework**. Disponível em: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf); Acesso em 10 de nov de 2022.