
XXIII REVISTA DO CEPEJ

CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

SALVADOR-BA
2021



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO

XXIII REVISTA DO CEPEJ

CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

SALVADOR-BA
2021

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DO CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Edição eletrônica

Distribuição: Todo o território nacional

Revista do CEPEJ, v. 23 – 2021 – Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2021.

360 fls.

v. 23

ISSN 2595-3435

1. Direito – Periódico.

CDD 340.05

CEPEJ

Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas

DIRETORIA EXECUTIVA

Diretoria de Presidência: Bianca Silva Matos

Diretoria Administrativo-Financeira: Enzo Frederico Vago Pereira

Diretoria de Comunicação: Vinicius Andrade Freire Fornieles

Diretoria de Gestão de Pessoas: Laura Brandão de Jesus

Diretoria de Projetos: Warlen Alves de Oliveira Júnior

MEMBROS

Andreza Araújo Santos Pinto

Bárbara Raíssa de Oliveira Felipe

Bianca Silva Matos

Carla Kellen M. de Queiroz

Eduarda Longa Gomes

Enzo Frederico Vago Pereira

Gabriel Nunes Santos

Gabriela de Santana Bomfim

Karise Conceição Campos Brito

Laura Brandão de Jesus

Leonardo dos Santos Correia

Lara Bezerra de Melo do Nascimento

Luíze Pereira Ribeiro

Renata Reis de Rescala

Stephanie dos Santos Silva

Suzana Monteiro de Souza

Tainá Hage Cruz

Taís Silva Oliveira

Vinicius Andrade Freire Fornieles

Warlen Alves de Oliveira Júnior

COMISSÃO EDITORIAL

Editor-chefe: Professor Doutor Saulo José Casali Bahia (Universidade Federal da Bahia - Salvador, Bahia, Brasil).

Subeditora: Stephanie dos Santos Silva

Andreza Araújo Santos Pinto

Bianca Silva Matos

Carla Kellen Mota de Queiroz

Claudiana Lélis

Enzo Frederico Vago Pereira

Gabriel Nunes Santos

Gabriela de Santana Bomfim

Leonardo dos Santos Correia

Renata Reis de Rescala

Suzana Monteiro de Souza

Tainá Hage Cruz

Taís Silva Oliveira

Vinícius Andrade Freire Fornieles

Warlen Alves de Oliveira Júnior

CAPA

Bianca Silva Matos

CONSELHO DE PARECERISTAS AD HOC

Professor Doutor Adamo Dias Alves

Professora Doutora Adriane Medianeira Toaldo

Professor Doutor Adriano Marteleto Godinho

Professora Doutora Alessandra Marchioni

Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira

Professora Doutora Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães Ferreira

Professora Doutora Ana Rachel Freitas da Silva

Professor Doutor André Vasconcelos Roque

Professora Doutora Antonia Espindola Longoni Klee

Professor Doutor Antonio Carlos Efig

Professor Doutor Augusto Grieco

Professor Doutor Augusto Jobim do Amaral

Professor Doutor Bruno Gomes Borges da Fonseca

Professor Doutor Bruno Rotta Almeida

Professora Doutora Caroline Fockink Ritt

Professor Doutor Cesar Augusto Silva da Silva

Professora Doutora Cláudia Albagli Nogueira

Professora Doutora Claudia Luiz Lourenço

Professora Doutora Daniela Braga Paiano

Professora Doutora Débora Sotto

Professor Doutor Diógenes Faria de Carvalho

Professor Doutor Diogo de Almeida Viana dos Santos

Professor Doutor Edilton Meireles de Oliveira Santos

Professora Doutora Fernanda Busanello Ferreira

Professor Doutor Fernando René Graeff

Professor Doutor Flávio Batista

Professor Doutor Harrison Ferreira Leite

Professor Doutor Jair Aparecido Cardoso

Professor Doutor José Antônio Minatel

Professor Doutor José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins

Professor Doutor Jurandir Sá Barreto Jr.

Professora Doutora Karen Artur

Professora Doutora Larissa Clare Pochmann da Silva

Professor Doutor Lawrence Estivalet de Mello

Professora Doutora Luciane Cardoso Barzotto

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva

Professor Doutor Luiz Fernando Kazmierczak

Professora Doutora Maíra Cardoso Zapater

Professor Doutor Marcelo P. Maggio

Professor Doutor Marcelo Gomes Sodré

Professor Doutor Marcos Ehrhardt Jr.

Professor Doutor Marcos Jorge Catalan

Professor Doutor Marcus Orione Gonçalves Correia

Professora Doutora Maria Eugênia Ferraz

Professora Doutora Melissa Guimarães Castello

Professor Doutor Nelson Mannrich

Professor Doutor Paulo Márcio Reis Santos

Professor Doutor Pedro Ivo de Sousa

Professora Doutora Rafaela Alban Cerqueira

Professor Doutor Raphael Frattari Bonito

Professor Doutor Raphael Carvalho de Vasconcelos

Professor Doutor Ricardo Maurício Freire

Professor Doutor Roberto Castellanos Pfeiffer

Professor Doutor Sandoval Alves da Silva

Professor Doutor Victor Hugo Criscuolo Boson

Professor Doutor Vinicius de Negreiros Calado

Professor Doutor Vinícius Lott Thibau

Professor Doutor Vinicius Pinheiro Marques

Professor Doutor Vinícius Pacheco Fluminhan

Professor Doutor Vinicius Valentin Raduan Miguel

Professor Doutor Weliton Carvalho

Professor Doutor Wilson Engelmann

Professor Doutor Wilson Levy Braga da Silva Neto

SUMÁRIO

Ética na pesquisa e o Direito	12
Análise da situação do consumidor perante admissão legal da cláusula de tolerância nos contratos de incorporação imobiliária promovida pela Lei 13.786/2018	29
A incidência do ICMS na operação de leasing internacional	51
A interconstitucionalidade e o direito à proibição de discriminação pela orientação sexual no “ <i>Caso Atala Rizzo e crianças versus Chile</i> ”	71
A proteção de dados da criança entre 8 e 12 anos na Lei Geral de Proteção de Dados e o cenário de ensino à distância brasileiro durante a pandemia	94
Liberdade sindical, autonomia coletiva e razão neoliberal na reforma trabalhista francesa	111
A regulamentação brasileira sobre telemedicina: um impulso dado pelo Covid-19 em busca da garantia ao acesso à saúde	133
A saúde indígena no Brasil e a pandemia do novo coronavírus: uma análise a partir das perspectivas do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos	154
Criptomoedas bitcoin e a responsabilidade civil das exchanges pela falha na prestação dos serviços	180
Aposentadoria especial por exposição ocupacional ao benzeno em trabalhadores da indústria do petróleo	192
O direito dos refugiados no Brasil e a Nova Lei de Migração: as inovações da Lei 13.445/17 na proteção aos refugiados	215
O acesso à saúde pública brasileira por estrangeiros não residentes como forma de observância ao princípio da dignidade da pessoa humana	243
Os contratos eletrônicos e a proteção dos consumidores: uma análise crítica com base no Decreto Federal 7.962/2013	267
Organizações não governamentais como agentes do Direito Internacional Ambiental	284
A relativização da impenhorabilidade do bem de família suntuoso	298
Compreendendo o uso de crianças-soldados no cenário penal internacional: uma análise de suas causas e consequências	324
A parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro	345

EDITORIAL

A construção da XXIII Edição da Revista do CEPEJ nasce, como em versos parnasianos de Olavo Bilac em “A um Poeta”, através do esforço que concebe a estrutura de uma trama viva capaz de desnudar o conhecimento. Nesse sentido, o poema representa para nós a materialização de uma equipe que objetiva construir a lucidez através da ciência, proporcionando, portanto, um espaço democrático para divulgação do pensamento crítico dentro do direito.

A publicação de mais uma edição da revista representa o desejo da produção de um terreno fértil do diálogo científico e uma janela para que, baseados no pilar de um saber que não se esgota em suas quinze ou vinte páginas, os autores sejam personagens capazes de transcender o protagonismo das palavras na reverberação em outros espaços.

Por conseguinte, aos leitores, desejamos que a imersão nesse espaço de conhecimento seja inquietante e os questionamentos se ampliem.

Em conclusão, agradecemos a cada membro da Comissão Editorial responsáveis por proporcionar a concretização do primoroso trabalho para difusão dessa edição da Revista do CEPEJ. O agradecimento se estende a cada autor e pareceristas *Ad Hoc* que contribuíram e semearam a construção deste periódico.

Aproveitamos para nos solidarizar com as constantes perdas pela COVID-19 de mães, pais, filhos e filhas, fontes de conhecimento (dentro das suas diversas manifestações), sabedoria e acalanto.

Comissão Editorial da Revista do CEPEJ

PUBLICAÇÃO

Cópia manuscrita
Papel couchê e impressão
Publicação digital
Cada forma, manifestação

Anos passam rápido
E as palavras empoeiram
Mas significados ficam
Queiram ou não queiram

Ideias são passageiras
Mas com a letra tomam forma
E viram uma canção

As casas do pensar desmoronam
Mas as novas plantas baixas
Estão sempre em ascensão

Autora Anônima

ARTIGO DE CONVIDADO

ÉTICA NA PESQUISA E O DIREITO

*Jonnas Esmeraldo Marques De Vasconcelos**

RESUMO: Entendendo ética a partir da relação dialética entre liberdade e conflito, o presente artigo versa sobre questões valorativas na ciência e a sua relação com o direito. Para tanto, o tema é analisado em três distintas dimensões da pesquisa: nos objetivos, nos meios e no sujeito. Em cada uma delas, apontam-se conflitos que moldam as concepções éticas e as respostas jurídicas que visam regulamentar a liberdade da pesquisa.

Palavras-chave: Ética. Pesquisa. Direito.

ABSTRACT: While understanding ethics as a dialectical relation between freedom and conflict, this article explores ethical issues in science and their reflections on Law. In order to do that, the analysis is built upon three different dimensions of research: objectives, means and subject. In each one of them, we point out conflicts that shape ethical conceptions and legal responses that aim to regulate research freedom.

Key-words: Ethics. Research. Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Ética Nos Objetivos Da Pesquisa E O Direito; 2.1. A Regulação Das Finalidades; 3. Ética nos Meios da Pesquisa e o Direito; 3.1. Normas Internacionais e Nacionais; 3.2. Tendências Regulatórias; 4. Ética no Sujeito Pesquisador e o Direito; 4.1 As Fraudes Intelectuais e a Regulação Jurídica 5. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ética é um termo que comporta distintos significados a depender do ângulo de análise, bem como da matriz teórica escolhida. Em sentido etimológico, por exemplo, a palavra deriva do grego “ethos”, usada para expressar a ideia de “costume”, “caráter” ou “modos de vida”. Nas reflexões de juristas, o termo também tem sido tratado de diferentes maneiras. Para Renato Nalini, por exemplo, a ética seria a “ciência dos costumes” (NALINI, 2009, p.19), ao passo que, para Eduardo Bittar, ela corresponderia ao “exercício social da responsabilidade, reciprocidade e respeito” (BITTAR, 2015, p.25). O que se busca salientar com essas poucas ilustrações é que a multiplicidade de definições reflete a existência de um campo próprio do saber, onde uma miríade de reflexões teóricas é formulada em torno das normas morais.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais da UFBA. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Membro dos grupos de pesquisa TTDPS-UFBA (Transformação do Trabalho, Democracia e Proteção Social) e GLOPOLI-UFBA (Globalização da Política). E-mail: jm.vasconcelos@ufba.br

O presente texto segue as sugestões da interpretação do filósofo do direito Alaôr Caffé (2015), o qual enquadra a ética como contraparte do exercício da liberdade. Liberdade que, em sentido lógico, expressaria justamente a escolha dentre possibilidades. Afinal, sem alternativas, não haveria de se falar liberdade. Quando o ser humano se defronta com as possibilidades, ele valora as escolhas. Por isso, ética e liberdade são faces de um mesmo momento¹. Essa abordagem implica dois desdobramentos:

- (i) como, na sociedade, as alternativas são desigualmente distribuídas (variando com a classe, sexo e gênero, por exemplo), não há de se falar em uma ética universal, mas de “possibilidades éticas”²;
- (ii) como a possibilidade pressupõe a existência de alternativas, é o *conflito* entre elas que molda a ética. Por essa razão, quando se desconhece o conflito, este último resta “naturalizado”, sem alternativa, aniquilando-se a liberdade e a ética³.

Há, desse ponto de vista, uma dialética entre liberdade, conflito e ética. Nesse processo, observamos que o direito emerge como uma das instâncias do momento da valoração das condutas humanas, visto que modula o horizonte das liberdades e, com isso, os termos do conflito. Essa relação pode ser percebida, por exemplo, na análise da questão ética na ciência, sobretudo quando se reflete sobre a existência e a importância de valores na pesquisa.

Assim sendo, o objetivo desse artigo consiste em explorar alguns elementos dos dilemas éticos na ciência e a sua relação com o direito. Para tanto, o argumento do texto é construído a partir da decomposição de três dimensões de conflitos. Primeiro, o exame dos *objetivos*, isto é, as diferentes perspectivas em torno das finalidades do conhecimento. Segundo, a discussão sobre os *meios*, ou seja, as questões relativas aos limites valorativos nas técnicas e procedimentos de pesquisa. Terceiro, o olhar sobre o *sujeito*, que consiste nas variadas expectativas de condutas em torno do pesquisador. Dimensões que, apenas para fins

¹ “Sem liberdade não há ética. A liberdade supõe a operação sobre alternativas; ela se concretiza mediante a escolha, a decisão, a consciência do que se faz (...). Sob o ângulo especificamente ético, não há escolha, exercício da liberdade, definição ética se não houver avaliação, preferência a respeito das ações humanas. Eis por que na base da ética, como dissemos, encontra-se necessariamente a liberdade e a valoração; a ética só se põe no mundo da liberdade, da escolha entre as ações humanas avaliadas” (CAFFÉ, 2015, p.15-16)

² “Uma das principais determinantes das possibilidades éticas são as relações econômicas, as relações de produção e de reprodução social da vida material dos homens. Estas relações não são apenas relações queridas ou escolhidas pelos homens. São relações históricas e sociais determinantes do próprio homem”. (CAFFÉ, 2015, p.17)

³ “As ações éticas brilham justamente quando se opõem às tendências ‘naturais’ do homem. Se as ações seguissem apenas as tendências naturais do homem, não haveria lugar para o mundo ético”. (CAFFÉ, 2015, p.17)

didáticos e de exposição, podem ser diferenciadas, uma vez que constituem em conjunto a prática científica e seus dilemas éticos. Em todas as partes, ênfase especial será conferida ao papel do direito e à pesquisa jurídica.

2. ÉTICA NOS OBJETIVOS DA PESQUISA E O DIREITO

Em sendo a ciência entendida como o esforço racional voltado a compreender e manipular a realidade, a pesquisa consiste no conjunto de ações voltadas a essa ampliação do conhecimento. Acontece que, como alerta Pedro Demo, a ideia sobre o que é a realidade acaba por condicionar a maneira de tratá-la:

A ciência propõe-se a captar e manipular a realidade assim como ela é. A metodologia desenvolve a preocupação em torno de como chegar a isto: importante percebermos que a idéia que fazemos da realidade de certa maneira precede a idéia de como tratá-la (DEMO, 1985, p.20)

Nesse sentido, observa Marilena Chauí (2003, p.9) que uma das grandes diferenças epistemológicas entre a “ciência clássica” e a “ciência contemporânea” residiria justamente no fato de que a primeira julgava apreender a realidade “em si”, enquanto a segunda tomaria seus objetos como “constructos”. Enquanto a primeira implica a ideia de conhecimento “neutro”, a segunda reconhecera a interação entre sujeito e objeto, ainda que em graus diferenciados entre as chamadas ciências da natureza e ciências sociais.

Dentro da leitura contemporânea, Gilles-Gaston Granger (1994), por exemplo, observa que os ramos das ciências que estudam os fenômenos naturais construiriam suas análises em torno do que chamou de “fatos virtuais”, os quais são determinados exclusivamente dentro da rede de conceitos da teoria do pesquisador, não podendo ser confundidos com os “fatos da experiência”. A ciência buscaria, então, uma aproximação crescente, mas sempre incompleta, entre esses dois “fatos”⁴. Em sentido semelhante, Pedro Demo (1985) argumenta que as ciências sociais trabalhariam com o que chama de “objetos construídos”. Isso implica o entendimento de que a realidade social não seria captada de forma “pura” tampouco que ela

⁴ “Mas se quisermos sustentar que o poder de predição é uma condição *necessária* de validade, é importante considerar que uma teoria científica em geral não trata diretamente de fatos *atuais*, e sim do que chamei de fatos *virtuais*, ou seja, de fatos esquemáticos, *completamente determinados na rede de conceitos* da própria teoria, mas *incompletamente determinados enquanto realizáveis aqui e agora* numa experiência. Para tomar um exemplo muito simples, o tempo e a velocidade de queda de um corpo pesado num campo de gravidade de intensidade conhecida são perfeitamente determinados numa teoria mecânica elementar, como *fatos virtuais*. Essa teoria, porém, não determina completamente o *fato atual* da queda, e de modo algum pretende determiná-la” (GRANGER, 1994, p.48)

seja “inventada”, mas que ela é interpretada a partir de um ponto de vista⁵. Na metáfora topológica de Michael Löwy (2000), o conhecimento gerado pela ciência está mais para uma *pintura* da realidade, do que para um espelho dela⁶.

Compreendendo, então, a ciência como “visão de uma realidade”, alguns autores chamam à atenção que ela também se constitui como um discurso sobre tal realidade. Isso porque, segundo argumenta Eduardo Bittar (2015), o discurso científico é, a um só tempo, percurso em direção ao conhecimento e à transmissão desse saber. Assim, ao moldar a compreensão sobre a realidade, a ciência também incide sobre ela. Ou seja, a atividade científica engendraria não só um *saber-fazer* em busca de conhecimentos, mas também um *poder sobre os saberes* na sociedade⁷.

Como expressão daquilo que Michel Foucault (2006) chamou de “vontade de verdade”, a ciência pode, então, ser interpretada como parte dos “sistemas de exclusão” que controlam, selecionam e organizam os discursos sociais⁸. Nesse processo, discursos são interditados, segregados, proibidos e/ou hierarquizados, conformando relações de poder distintas. Isto se expressa, por exemplo, na relação conflituosa entre ciência e saberes tradicionais, entre os discursos científicos e os tabus etc.

Destarte, visto enquanto um poder, questões emergem sobre as finalidades do conhecimento científico. A ciência se desenvolveria a partir de quais interesses? Quais objetivos motivariam a pesquisa? Quais os usos conferidos ao conhecimento? Afinal, como já

⁵ “(a) ideia de objeto construído significa, num primeiro momento, que não trabalhamos com a realidade, pura e simplesmente, de forma imediata e direta, mas com a realidade assim como a conseguimos ver e captar. Temos da realidade uma visão mediada, ou seja, mediata. Vemos a partir de um ponto de vista. O problema do ponto de partida significa que não partimos sem ponto” (DEMO, 1985, p.45).

⁶ “(...) a verdade objetiva sobre a sociedade é antes concebida como uma *paisagem* pintada por um artista e não como uma imagem de espelho independente do sujeito; e, que, finalmente, tanto mais verdadeira será a *paisagem*, quanto mais elevado o *observatório* ou belvedere onde estará situado o pintor, permitindo-lhe uma vista mais ampla e de maior alcance do panorama irregular e acidentado da realidade social” (LÖWY, 2000, p. 14)

⁷ “Isso porque o discurso científico é a um só tempo percurso em direção ao conhecimento e percurso destinado à transmissão do conhecimento. De fato, assim é porque se trata de um *saber-fazer*, de um exercício textual que parte da linguagem natural para construir um universo de referências científicas que acabam por se exteriorizar numa linguagem formal. Além de se exercer na base de um *saber-fazer*, toda atividade científica se apresenta (...) como atividade prenhe da ideologia do *poder-do-saber*” (BITTAR, 2015, p.75-76)

⁸ “(As) grandes mutações científicas podem talvez ser lidas, às vezes, como consequências de uma descoberta, mas podem também ser lidas como a aparição de novas formas na vontade de verdade (...). Ora, essa vontade de verdade, como os outros sistemas de exclusão, apoia-se sobre um suporte institucional: é ao mesmo tempo reforçada e conduzida por todo um compacto conjunto de práticas como a pedagogia, é claro, como o sistema de livros, da edição, das bibliotecas, como as sociedades de sábios de outrora, os laboratórios hoje” (FOUCAULT, 2006, p.16-17)

alertava Paulo Freire (2006), o conhecimento pode ser produzido para despertar tanto uma postura crítica quanto passiva sobre o mundo⁹.

2.1. A regulação das finalidades

Para Granger (1994), os dilemas éticos são uma das características marcantes daquilo que chamou de “Idade da Ciência”. Trata-se, na visão do filósofo, do período de grande desenvolvimento e aplicação de conhecimentos científicos, que se acelerou na segunda metade do século passado¹⁰. Conhecimentos de energia nuclear, de engenharia genética, de computação, de aviação, dentre outros, deparam-se frequentemente com debates valorativos em torno de suas aplicações. Dentre exemplos paradigmáticos, podemos destacar o uso da bomba atômica no contexto da 2ª Guerra Mundial, as consequências do lixo radioativo, o buraco na camada de ozônio entre outros.

Tendo como pano de fundo as experiências históricas e os crescentes desafios sociais e ambientais derivados da aplicação de conhecimentos científicos nessa “Idade da Ciência”, o debate sobre a existência de limites éticos à pesquisa ganharia fôlego. Como sintetiza Granger:

O seu tema geral pode ser assim descrito: deve-se deixar à ciência em marcha a *liberdade total* de explorar todos os seus caminhos de pesquisa, sabendo que seus resultados poderão eventualmente ser utilizados contra o reconhecemos ser o bem coletivo? Ou ainda: são os cientistas *responsáveis* pelas consequências nefastas do saber que produziram? (...) Alguns, então, transferirão a responsabilidade da aplicação do saber aos governantes, em conformidade com a identificação aristotélica do ético e do político. Outros insistirão, pelo contrário, na necessidade, para cada indivíduo e, por conseguinte, para o pesquisador, de submeter ele próprio seus atos a um julgamento moral esclarecido, até mesmo em sua busca do conhecimento (GRANGER, 1994, p.20)

A visão extremada de que a ciência seria descompromissada de suas aplicações e de que, por isso, a pesquisa deveria ser completamente livre perde progressivamente

⁹ Sobre a relação entre educação e política, argumenta Paulo Freire: “A educação não *vira* política por causa da decisão deste ou daquele educador. Ela *é* política. (...) O que se coloca à educadora ou ao educador democrático, consciente da impossibilidade da neutralidade da educação, é forjar em si um saber especial, que jamais deve abandonar, saber que motiva e sustenta sua luta: *se a educação não pode tudo, alguma coisa fundamental a educação pode*. Se a educação não é a chave das transformações sociais, não é também simplesmente reprodutora da ideologia dominante.” (FREIRE, 2006, p.110-112)

¹⁰ “E esta segunda metade do século talvez não seja particularmente fértil em novidades fundamentais, *cientificamente* revolucionárias. Sem dúvida, ela é grandemente tributária dos avanços ocorridos no início do século ou no final do século passado. Mas ela é excepcionalmente rica em desenvolvimentos e aplicações, e é esta riqueza que lhe pode valer, com todo o direito, o epíteto de ‘Idade da ciência’” (GRANGER, 1994, p.12)

legitimidade. Há, na atualidade, maior consenso sobre a importância de se pensar a relação do conhecimento com o seu uso. Nesse plano, as divergências emergem em razão do modo e do grau de controle ético, se externo (pelo poder político, por exemplo) ou interno (pela autorregulação da comunidade científica) (GRANGER, 1994, p.21-22).

À luz dessas reflexões, podemos apontar que esses questionamentos éticos interessam ao pesquisador do direito em, ao menos, duas dimensões. Uma de natureza epistemológica e outra em nível técnico.

Na primeira, trata-se da reflexão sobre as finalidades do próprio conhecimento jurídico que se tem produzido: a quem serve? Qual o papel do direito, em geral, e da pesquisa jurídica, em particular, na sociedade? É conhecimento usado para emancipação ou para a dominação? Perguntas como essas têm, decerto, o potencial de produzir inflexões no *modo tradicional* de se fazer pesquisa jurídica. Trata-se de um modelo de produção de conhecimentos que, historicamente, tem conferido pouco espaço a investigações interdisciplinares e empíricas, refletindo uma estrutura de formação jurídica de traços formalistas e bacharelescos. Conforme diagnóstico de Jose Eduardo Faria e Celso Campilongo (1991), há um histórico de prevalência de pesquisas puramente bibliográficas e exegéticas, com pouca capacidade para entender e explicar, por exemplo, os efeitos de uma certa legislação ou os seus modos de criação. Para Marcos Nobre (2004), a pesquisa jurídica estaria, inclusive, em “relativo atraso” aos resultados científicos encontrados em outros ramos do conhecimento. Isso seria resultado, de um lado, do isolamento do direito em relação às ciências sociais, de outro lado, da particular confusão entre prática profissional e produção acadêmica na formação jurídica¹¹. Na visão de José Rodrigo Rodriguez (2013), por sua vez, a própria dogmática jurídica tem sido tomada por uma perspectiva reducionista (o que chamou de “absolutismo conceitual”), aniquilando a capacidade criativa e a dimensão do conflito que lhe seria inerente¹². Trata-se, em suma, de um tipo de reflexão que joga luzes sobre os desafios da crítica na ciência do direito.

Sob uma segunda dimensão, o questionamento ético acerca das finalidades do conhecimento tem motivado o surgimento de respostas jurídicas voltadas a regulamentar a

¹¹ “Minha hipótese é a de que esse relativo atraso se deveu sobretudo a uma combinação de dois fatores fundamentais: o isolamento em relação a outras disciplinas das ciências humanas e uma peculiar confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica.” (NOBRE, 2004, p. 4)

¹² “(...) o dogmático precisa ser um pensador criativo; capaz de inventar soluções novas a partir de um conjunto de elementos dados (as normas produzidas pelas fontes de Direito). No limite, o *absolutista conceitual* nega esta característica criativa da dogmática e das autoridades aplicadoras e pensa a atividade jurídica apenas como redução do novo ao velho.” (RODRIGUEZ, 2013, p.107)

atividade científica em geral. A técnica jurídica tem sido, dessa maneira, mobilizada para parametrizar a atuação dos pesquisadores por meio de códigos de condutas, de regras de responsabilização (penal, civil, administrativa), de tratados internacionais dentre outros instrumentos legais. Destaque para a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, por exemplo, que, ao mesmo tempo que estabeleceu o direito de todo ser humano aos benefícios do progresso científico, impõe como um limite às ações da ciência o respeito à dignidade humana¹³. Nessa interseção entre direito e ciência, a regulamentação tem se desenvolvido no sentido de articular compromissos éticos tanto para os *fins* quanto para os *meios* da pesquisa.

3. ÉTICA NOS MEIOS DA PESQUISA E O DIREITO

Como observa Eduardo Bittar (2015), o (i) balanço das macabras experiências realizadas em seres humanos no contexto da II GM, o (ii) desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a (iii) criação de organismos internacionais dedicados à causa humanitária serviram como vetores para a produção de padrões internacionais de conduta na pesquisa científica, buscando proteger a dignidade humana¹⁴. Desde então, os meios são considerados tão importantes quanto os fins da ciência, ao menos do ponto de vista da regulação jurídica.

3.1. Normas internacionais e nacionais

Um dos documentos paradigmáticos desse movimento consiste na Declaração de Nuremberg, de 1947, que estabeleceu dez princípios à pesquisa científica. Dentre estes, afirma-se a importância de respeitar a vontade do ser humano, o qual somente pode ser objeto de experimento mediante consentimento voluntário. Na mesma toada, o pesquisador deve conduzir seus trabalhos de modo a evitar riscos à saúde humana, sofrimentos e danos desnecessários¹⁵.

¹³ Conclusão extraída da leitura articulada dos seguintes dispositivos da Declaração: Art. I: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”; Art. V: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”; Art. XXVII: “1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.”. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 27 de Abr. 2020.

¹⁴ “A cultura gerada a partir das macabras experiências da II GM, o fomento ao desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a criação de organismos internacionais dedicados às causas humanitárias a partir da criação da ONU são fatores que estão a assinalar no cenário internacional diversos instrumentos de direitos humanos como importantes veículos de delimitação dos limites do exercício das atividades de pesquisa” (BITTAR, 2015, p.178).

¹⁵ “1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para

Os ecos desses princípios também são encontrados na Declaração de Helsinque, de 1964. Trata-se de documento particularmente voltado para os limites éticos nas atividades e pesquisas médicas. Dentre suas normas, destaca-se que as pesquisas devem “proteger a vida, saúde, privacidade e dignidade do ser humano”. As pesquisas devem ser realizadas apenas em “voluntários e participantes informados do projeto”, sendo precedidas de “avaliação de riscos”¹⁶. No esteio de atualizações dessas preocupações, tem-se igualmente a promulgação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005.

Tais documentos internacionais inspiraram a criação e o desenvolvimento de normas e mecanismos internos de regulação de condutas científicas no Brasil. Esse é o caso, por exemplo, do Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, instituído pela Resolução 196/96, que serve de importante parâmetro para a produção científica envolvendo seres humanos. Da mesma maneira, agências e fundos de fomento também têm elaborado parâmetros éticos relevantes, a exemplo do Código de Boas Práticas Científicas da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo) e das Diretrizes de Ética Científica do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico).

A ideia geral que articula esses diferentes documentos normativos consiste em que os seres humanos não podem ser tratados como meros objetos do saber científico, devendo ter seus direitos respeitados durante todo o processo da pesquisa. Com base nisso, regras têm sido produzidas visando a responsabilização de pesquisadores em caso de violação de direitos, sejam eles patrimoniais, de personalidade, difusos entre outros.

3.2. Tendências regulatórias

Se, em um primeiro momento, as preocupações éticas com os meios da ciência estavam mais focadas nos limites às pesquisas em seres humanos, especialmente, após o choque com a divulgação dos horrores dos experimentos nazistas, notamos que o conflito valorativo em torno dos procedimentos científicos vem se estendendo ao uso de outros seres vivos. Trata-se de um campo de regulação que se desenvolve na tentativa de equacionar a prática científica com os valores de proteção à vida animal, evitando maus tratos e atos de crueldade.

tomarem uma decisão. (...) 4. O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais”. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>. Acesso em 20 de Mar. 2020.

¹⁶ Os dispositivos da Declaração de Helsinque podem ser visualizados em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=4>. Acesso em 20 de Mar. 2020.

Um marco desse desenvolvimento recente figura na proposta de uma Declaração Universal de Direitos dos Animais, elaborada por ativistas no âmbito da Organização das Nações Unidas em 1978. No Brasil, destaca-se a promulgação da chamada “Lei Arouca” (Lei n. 11.794), em 2008, que criou parâmetros no que se refere ao uso de animais em pesquisas científicas¹⁷.

Tal movimento regulatório reflete, por sua vez, a mobilidade do campo da ética, visto que a capacidade de empatia do ser humano o torna apto a expandir os vínculos valorativos inclusive para seres de outra espécie. Esse processo, que é histórico e conflituoso, acaba por movimentar, dentro do direito, reflexões sobre o alcance da proteção jurídica dos animais.

Em suma, o conjunto dessas iniciativas regulatórias buscam responder aos conflitos valorativos em torno dos “objetos” de pesquisa. Cada vez mais, desenvolvem-se normas no sentido de reconhecer e de proteger as “subjetividades” dos seres vivos que estão envolvidos nas atividades humanas de pesquisa, nos mais diferentes ramos de conhecimento. No caso específico do direito, Fábio de Sá e Silva (2017) chama à atenção, por exemplo, para a importância de a pesquisa atentar para as questões éticas quando pessoas são tomadas como “objetos” de estudos. Trata-se do desafio de não objetificar a condição humana, mas de reconhecer a sua condição de partícipes no processo de construção do saber. Reconhecimento que pode se expressar com a prestação de contas aos sujeitos e nas práticas sociais a partir dos quais o pesquisador constrói suas narrativas sobre a realidade¹⁸.

4. ÉTICA NO SUJEITO PESQUISADOR E O DIREITO

Na medida em que o cientista não apenas discursa sobre uma realidade, mas ajuda a conformá-la, importantes questões éticas se desdobram, então, da figura do próprio pesquisador. Afinal, o que se espera de um pesquisador? Quais condutas seriam adequadas para a realização de atividades tidas como científicas?

¹⁷ Destaque para a obrigação de evitar dores ou angústias em animais, durante experimentos. Conforme dispositivo da lei: “Art. 14 (...) § 5º Experimentos que possam causar dor ou angústia desenvolver-se-ão sob sedação, analgesia ou anestesia adequadas.”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111794.htm. Acesso em 20 de Mar. 2020.

¹⁸ “(...) a reflexão ética nos recomendou que os resultados também sejam divididos com os sujeitos que participaram da pesquisa e que seminários fechados sejam realizados com setores potencialmente afetados pela própria existência da pesquisa, como as entidades representativas de servidores. Isto não significa abrir mão do rigor, nem do afastamento que distinguem a atividade técnico-científica; significa apenas ter em mente a responsabilidade social do cientista enquanto alguém que, ao falar sobre a realidade, ajuda a conformá-la” (SILVA, 2017, p.48)

Para Pedro Demo (1985), por exemplo, a postura do cientista seria composta pela junção de:

- a) *espírito crítico*, significando a postura que dá primazia à contestação dos pretensos resultados científicos, sobre sua consolidação; no fundo, não acredita em consolidação, mas na necessidade de constante superação;
- b) *rigor* no tratamento do objeto, significando sobretudo a necessidade de definir bem, distinguir cuidadosamente, sistematizar com detalhe e fineza;
- c) trabalho *sine ira et studio*, significando a atitude distanciada, na procura de não se deixar envolver em excesso por aquilo que gostaríamos que fosse, em detrimento daquilo que de fato é;
- d) *profundidade* de análise, significando a recusa de deter-se na superfície das coisas, na visão imediata, na ingenuidade da informação primeira;
- e) *ordem* na exposição, significando a montagem concatenada, arrumada, clara da pesquisa e da análise;
- f) *dedicação* à ciência, tomada como *vocação*, ou seja, feita com convicção íntima, com prazer, com realização pessoal;
- g) abertura incondicional ao teste *alheio*, a fim de superar colocações subjetivistas, etéreas ou excessivamente gerais, que não conseguem ser reproduzidas pelos colegas;
- h) assídua *leitura* dos clássicos, para conhecimento aprofundado de como viram a realidade e até que ponto foram capazes de objetivação;
- i) dedicação ao *estudo das principais teorias*, metodologias e da produção atual, com vistas ao posicionamento inteligente dentro da discussão e ao amadurecimento de uma personalidade própria científica. (DEMO, 1985, p.39)

Nesse sentido, além das questões valorativas já abordadas em torno dos objetivos e dos meios da pesquisa, espera-se do pesquisador uma postura, uma *forma mentis*, adequada à construção de conhecimento. Isto é, há uma expectativa de que o pesquisador tenha tanto o domínio sobre os caminhos para a construção de novos saberes quanto a consciência sobre as teias sociais em que sua atividade se insere.

Dito isso, o pesquisador deve ser, na visão de Eduardo Bittar (2015), aquele vocacionado a indagar, tornando-se um curioso para compreender a realidade. Esperar-se-ia também que o pesquisador crie e compartilhe saberes fecundos, capazes de melhorar as

condições da vida humana¹⁹. Processo que, dada a própria natureza social do conhecimento, somente ocorreria mediante interação com os demais saberes acumulados no tempo e no espaço. Em face desse caráter intersubjetivo entre o pesquisador e o campo cultural a qual se insere, afirma o autor que: “só há *conhecimento* com *re-conhecimento*”²⁰.

Assim sendo, um dos princípios fundamentais seria o da *honestidade intelectual*. Afinal, ninguém construiria conhecimento a partir do zero, mas sempre em interação crítica com as ideias disponíveis em seu tempo. O pesquisador seria, então, chamado a ser honesto tanto na formação do seu repertório (não desprezando as ideias alheias) quanto na exposição desse conhecimento (referenciando as contribuições de outros em suas criações). Da mesma maneira, espera-se que seja honesto no tratamento dos dados, não falsificando ou inventando informações. Busca-se, com isso, coibir as fraudes intelectuais.

4.1. As fraudes intelectuais e a regulação jurídica

Segundo relatório da Comissão de Integridade da Pesquisa do CNPq, a *falsificação*, a *fabricação de dados*, o *plágio* e o *autoplágio* são as fraudes mais típicas encontradas nas pesquisas acadêmicas. Conforme definição do documento:

Fabricação ou invenção de dados: consiste na apresentação de dados ou resultados inverídicos.

Falsificação: consiste na manipulação fraudulenta de resultados obtidos de forma a alterar-lhes o significado, sua interpretação ou mesmo sua confiabilidade. Cabe também nessa definição a apresentação de resultados reais como se tivessem sido obtidos em condições diversas daquelas efetivamente utilizadas.

Plágio: consiste na apresentação, como se fosse de sua autoria, de resultados ou conclusões anteriormente obtidos por outro autor, bem como de textos integrais ou de parte substancial de textos alheios sem os cuidados detalhados nas Diretrizes.

¹⁹ “O *éthos* da pesquisa está na exata compreensão da dimensão que a ciência e o conhecimento possuem para o meio social no qual se inserem. A consciência do pesquisador deve estar afinada com essa perspectiva, que vê em seu mister privado (ou eventualmente público), mas, de qualquer forma, particular, um profundo atrelamento às malhas sociais, das quais retira a função de ser e de existir, bem como de onde se extraem os subsídios para a sua própria construção” (BITTAR, 2015, p.205)

²⁰ “Assim, se ninguém constrói nada sozinho é porque se apropria de um grande espectro de conhecimento e cultura, informação e criatividade, anteriormente acumulados no tempo e no espaço (...). Daí resulta a fórmula segundo a qual se pode exprimir esta exigência de intersubjetividade no conhecimento: só há *conhecimento* com *re-conhecimento*” (BITTAR, 2015, p.130)

Comete igualmente plágio quem se utiliza de ideias ou dados obtidos em análises de projetos ou manuscritos não publicados aos quais teve acesso como consultor, revisor, editor, ou assemelhado.

Autoplágio: consiste na apresentação total ou parcial de textos já publicados pelo mesmo autor, sem as devidas referências aos trabalhos anteriores.²¹

Além de ferirem a ética da pesquisa, essas condutas se defrontam com limites jurídicos, como é o caso dos direitos do autor. O direito autoral é regulado pela lei n. 9.610/98 e consiste em espécie do gênero “direitos intelectuais”, que versa sobre os direitos relativos à criação humana. O direito autoral se subdivide em dois ramos: (i) os direitos *morais* e (ii) os direitos *patrimoniais* do autor. Os primeiros tratam de reconhecer e regular a relação constitutiva existente entre a obra e o seu criador, sendo imprescritíveis, inalienáveis, impenhoráveis e irrenunciáveis. Trata-se de uma extensão do direito de personalidade do autor à sua criação. Os segundos, por outro lado, regulamentam o aproveitamento econômico da criação, o qual pode ser objetos de transações diversas, sendo por isso alienáveis, penhoráveis, renunciáveis e prescritíveis. A violação desses direitos sujeita a pessoa a consequências jurídicas diversas na área cível, administrativa e/ou penal (BITTAR, 2015, p.145-149).

Em compasso com o desenvolvimento de mecanismos jurídicos, nota Mariana Russo (2014) que há uma preocupação crescente com a fraude intelectual. Apesar de serem práticas antigas, observa que foi somente a partir dos anos 1980 que o tema ganhou centralidade na agenda das instituições científicas internacionais²². Houve a expansão de debates, conferências e organizações voltadas para a condução de boas práticas na pesquisa científica, estimulando a criação de mecanismos fiscalizadores mundo afora. Nos Estados Unidos, por exemplo, foi criado, em 1992, o ORI (*The Office of Research Integrity*). Em 2000, a *Fundação Europeia de Ciência* publicou um código de boas práticas. Desde 2007, a cada dois anos, por sua vez, são realizadas as “Conferências Mundiais sobre Ética na Pesquisa” (*The World Conferences on Research Integrity*).

²¹ Relatório disponível em: <http://www.cnpq.br/documents/10157/a8927840-2b8f-43b9-8962-5a2ccfa74dda>. Acesso em 20 de Mar. 2020.

²² “Se, no entanto, a questão do plágio e da fraude intelectual já é um fato antigo na história, por outro lado o contexto no qual ele hoje se apresenta parece ter mudado (...) será a partir da década de 1980 que esse tema passará a ser o alvo principal das instituições científicas, dos pesquisadores, dos juristas, das políticas governamentais, entre outros.” (RUSSO, 2014, p.190).

Apesar de estimulada pelos escândalos midiáticos com a descoberta de fraudes científicas, para Russo (2014, p.193-195) o fator determinante que explica a crescente atenção conferida aos desvios de conduta do pesquisador residiria no próprio papel econômico que tem sido conferido ao conhecimento científico. A racionalidade econômica fundamentaria não apenas a preocupação com as aplicações do conhecimento (notadamente, com os desperdícios de recursos, em caso de fraudes), mas se incorporaria à lógica interna da produção científica. Ou seja, os imperativos da produtividade e competição, na visão da autora, teriam contribuído para uma erosão da ética e integridade na ciência, impulsionando condutas desleais entre pesquisadores.

Esse diagnóstico se conecta à crítica de Marilena Chauí (2003) à universidade contemporânea, que consiste em um dos principais locais da produção científica nacional. Trata-se da crítica ao que ela chama de “universidade operacional”, que se conforma com o aprofundamento do neoliberalismo no país a partir dos anos 1990²³. Nesse contexto, a universidade passa a ser administrada como uma empresa, moldada por dentro e por fora pela lógica dos mercados, que, sob a hegemonia do capital financeiro, caracteriza-se pela crescente fluidez, fragmentação e volatilidade de suas atividades (expressão daquilo que David Harvey chamou de “compressão espaço-temporal”, onde o “aqui” e o “agora” se tornam os vetores da produção não só econômica, mas também cultural²⁴).

Dentro desses imperativos, as pesquisas são constrangidas a se tornarem mais pragmáticas, eficientes e produtivas, conforme critérios do mercado. Além das questões relativas aos efeitos desse ambiente competitivo na conduta moral de pesquisadores, é importante salientar o desenvolvimento de uma agenda própria de investigações acadêmicas, onde a reflexão de crítica social passa a ser desestimulada, frequentemente tida como “ideológica” ou “de partido”.

Argumenta Marilena Chauí que a “universidade operacional” engendra um novo ciclo de conflitos na pesquisa.

²³ “Regida por contratos de gestão, avaliada por índices de produtividade, calculada para ser flexível, a universidade operacional está estruturada por estratégias e programas de eficácia organizacional e, portanto, pela particularidade e instabilidade dos meios e dos objetivos. Definida e estruturada por normas e padrões inteiramente alheios ao conhecimento e à formação intelectual, está pulverizada em microorganizações que ocupam seus docentes e curvam seus estudantes a exigências exteriores ao trabalho intelectual” (CHAUI, 2003, p.7)

²⁴ “Essa transformação é designada por Harvey com a expressão *compressão espaço-temporal*, isto é, o fato de que a fragmentação e a globalização da produção econômica engendram dois fenômenos contrários e simultâneos: de um lado, a fragmentação e dispersão espacial e temporal e, de outro, sob os efeitos das tecnologias da informação, a compressão do espaço – tudo se passa *aqui*, sem distâncias, diferenças nas fronteiras – e a compressão do tempo – tudo se passa *agora*, sem passado e sem futuro” (CHAUI, 2003, p.10)

(...) a universidade abandona a formação e a pesquisa para lançar-se na fragmentação competitiva. Mas por que ela o faz? Porque está privatizada e a maior parte de suas pesquisas é determinada pelas exigências de mercado, impostas pelos financiadores. Isso significa que a universidade *pública* produz um conhecimento destinado à *apropriação privada*. Essa apropriação, aliás, é inseparável da mudança profunda sofrida pelas ciências em sua relação com a prática. (CHAUI, 2003, p. 8)

Nesse cenário, nota-se, de um lado, a dependência financeira, especialmente por recursos privados, implicaria uma progressiva *heteronomia* da pesquisa, visto ser cada vez mais capturada pelos interesses do mercado. De outro lado, tem-se o surgimento de movimentos que deslegitimam o caráter social da universidade (pública, especialmente), comumente tida como irrelevante, sobretudo pela crítica à produção de conhecimentos visto como estéreis, isto é, sem aplicação empresarial ou social, ilhando-se na sociedade. Disso, resulta um cenário perversamente paradoxal, onde o crescente desenvolvimento tecnológico resta acompanhado pela ampliação do obscurantismo (fanatismos, anti-intelecualismos entre outros) no seio da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto sobre ética em pesquisa optou por abordar o tema sob três dimensões das práticas científicas: nos objetivos (finalidades), nos meios (procedimentos) e no sujeito (condutas). Em cada uma delas, podemos perceber distintas perspectivas valorativas se conflitarem, moldando as concepções éticas sobre a produção de conhecimentos e as respostas jurídicas que visam regulamentar essas dimensões da pesquisa.

No plano dos objetivos, o reconhecimento da relação entre saber e poder coloca em evidência a discussão sobre as finalidades da ciência. Tema que se desdobra da indagação sobre a relação entre o processo de produção do conhecimento e as suas aplicações. O debate ético sobre os objetivos da pesquisa, então, busca orientar os nexos entre os conteúdos e os usos do conhecimento produzido.

No plano dos meios, as experiências históricas recentes impulsionaram dilemas sobre a existência de limites éticos aos procedimentos das pesquisas. Nesse contexto, visões diferentes se conformam sobre quais técnicas de pesquisa se adequariam aos valores de dignidade dos seres vivos, incluindo os animais. Coloca-se, assim, em perspectiva a “subjetividade” daqueles que integram os “objetos” do saber.

A tarefa da produção de conhecimento exige a compreensão de que o saber não surge isolado das contribuições da coletividade cultural, mas que há uma inerente intersubjetividade em sua construção. Por isso, em torno do sujeito da pesquisa (o pesquisador), orbita uma série de valores, destacando-se o imperativo da honestidade intelectual. Esse último valor ético parece entrar em conflito com a crescente penetração da lógica da competitividade, produtividade e eficiência nos espaços acadêmicos.

Esses três planos de análise, por fim, podem ajudar o pesquisador do direito a atentar para a miríade de conflitos que envolve a atividade científica a seu redor. Assim sendo e retomando a conceituação de Alaôr Caffé, aposta-se que, ao passo que reconhece esses conflitos (as diferentes possibilidades, os distintos valores, consequências e objetivos), as alternativas aparecem. Ou seja, o pesquisador pode se tornar mais livre e consciente sobre seu saber-fazer dentro dos caminhos da ciência. Quem sabe, poderá o sujeito contribuir com os desafios mais profundos da humanidade com a sua prática de pesquisa. Eis uma possibilidade ética.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica: Ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAFFÉ, Alaôr Alves. Prefácio. In: BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.15-18.

CHAUI, Marilena. A universidade pública sob nova perspectiva. In: *Rev. Bras. Educ.*, Rio de Janeiro, n.24, p.5-15, dez. 2003. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782003000300002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 jan. 2019.

DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo: Atlas, 1985.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

GRANGER, Gilles-Gaston. *A ciência e as ciências*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 1994.

LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. São Paulo: Cortez, 2000.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. In: *Cadernos Direito FGV*, São Paulo, n.1, set. 2004, p.1-19.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma análise crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RUSSO, Marisa. Ética e integridade na ciência: da responsabilidade do cientista à responsabilidade coletiva. In: *Estud. av.*, São Paulo, v. 28, n. 80, p. 189-198, abr. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142014000100016&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 jan. 2020.

SILVA, Fabio de Sá e. Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil. In: *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 3, n. 1, jan. 2016, p.24-53.

ARTIGOS

ANÁLISE DA SITUAÇÃO DO CONSUMIDOR PERANTE ADMISSÃO LEGAL DA CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA PROMOVIDA PELA LEI 13.786/2018

*Alice Sampaio Ferreira**

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a situação do consumidor vulnerável perante a admissão, promovida pela lei 13.786/2018, da possibilidade de entrega do empreendimento imobiliário 180 dias após a data prevista para a sua conclusão. O diploma normativo, por meio do seu artigo 43-A, permitiu que incorporador estabeleça contratualmente, através da comumente intitulada “cláusula de tolerância”, que o imóvel seja entregue após a data prevista, sem que lhe sejam atribuídas consequências jurídicas. A mudança legislativa é de grande impacto na relação estabelecida entre o consumidor-adquirente e o fornecedor-incorporador, vez que modifica o entendimento jurisprudencial fixado de que somente em casos excepcionais seria possível atrasar a entrega dos imóveis. Para a análise desta mudança legislativa é necessária a compreensão dos aspectos jurídicos e sociais da admissão do atraso na entrega do empreendimento imobiliário, tendo em vista a importância que a aquisição dos imóveis representa para o indivíduo, a vulnerabilidade do consumidor-adquirente, a força política do mercado imobiliário e o contexto de surgimento da lei. Para a execução desta pesquisa, optou-se pelos métodos hermenêutico, dialético e argumentativo, utilizando-se a linha crítico-metodológica, sendo realizada pesquisa bibliográfica especializada, bem como a análise documental da legislação e da jurisprudência e de reclamações realizadas em sites como reclame.aqui e consumidor.gov.

PALAVRAS-CHAVE: Incorporação Imobiliária. Cláusula de Tolerância. Consumidor.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the situation of the vulnerable consumer before the admission, promoted by law 13.786 / 2018, of the possibility of finalizing the real estate development 180 days after the expected date for its completion. The normative diploma, through its article 43-A, allowed the developer to establish contractually, through the commonly called “tolerance clause”, that the property be delivered after the scheduled date, without being attributed legal consequences. The legislative change has a great impact on the relationship established between the consumer-buyer and the provider-developer, changing the legal paradigm that existed until then about the delay in the delivery of properties, and further damaging the vulnerable party. For the analysis of this legislative change, it is necessary to understand the legal and social aspects of admitting the delay in the delivery of the real estate development, considering the importance that the acquisition of properties represents for the individual, the vulnerability of the consumer-buyer, the political force of the real estate market and the context in which the law emerged. For the execution of this research, the hermeneutic, dialectical and argumentative methods were chosen, using the critical-methodological line, with specialized bibliographic research being carried out, as well as documentary analysis of legislation and jurisprudence and complaints made on websites such as reclame.aqui and consumidor.gov.

KEYWORDS: Property developer. Tolerance Clause. Consumer.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O surgimento da Lei 13.786/18 e sua aplicabilidade; 3 A cláusula de tolerância

* Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: alicesferreira1999@gmail.com.

antes e depois da Lei 13.786/2018; 4 Do desrespeito ao princípio da boa-fé; 5 A vantagem excessiva do fornecedor representada pela cláusula de tolerância; 5.1 Risco inerente à atividade; 5.2 A data enquanto elemento de atratividade: publicidade enganosa; 6 Considerações finais; 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A lei 13.786 foi elaborada pelo Congresso Nacional e sancionada em 27 de dezembro de 2018, promovendo mudanças relevantes na disciplina da incorporação imobiliária e no parcelamento do solo urbano, através alteração das leis federais 4.591/64 e 6.766/79, respectivamente. Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar a situação do consumidor vulnerável perante a admissão, promovida pela lei supracitada, da possibilidade de entrega do empreendimento imobiliário 180 dias após a data prevista para a sua conclusão, através de disposição contratual previamente estabelecida - comumente intitulada de “cláusula de tolerância”. A mudança legislativa é de grande impacto na relação travada entre o consumidor-adquirente e o fornecedor-incorporador, modificando o paradigma jurídico até então existente sobre o atraso na entrega dos imóveis, e prejudicando ainda mais a parte vulnerável.

A incorporação imobiliária, segundo Arnaldo Rizzardo (2017, p. 417), consiste em atividade que “procura unir pessoas e fundos para a construção de edificações, divididas em unidades imobiliárias individualizadas e discriminadas, que se destinam à venda, a qual se processa durante a própria construção”, sendo prevista nos artigos 28 e 29 da lei 4.591/64. Explica o autor que a atividade não se restringe à mera construção, mas inclui também a venda das unidades, cujo objetivo é captar os recursos financeiros necessários para a realização do empreendimento. Por incluir tanto a organização e coordenação da realização do empreendimento, e a alienação das unidades, Humberto Teodoro Júnior (2017, p. 410) afirma que esta é uma situação jurídica que pode “engendrar vários negócios ou contratos entre o construtor, o adquirente e outras pessoas”.

Diante disso, é necessário delimitar o recorte teórico-metodológico da presente pesquisa. A discussão aqui empreendida tem por foco os contratos de alienação da unidade imobiliária submetidos ao regime de incorporação, nos quais figuram como partes o consumidor e o fornecedor. Nesse sentido, esclarece Bruno Miragem (2018, p. 442) que

haverá relação de consumo quando houver de um lado “o incorporador imobiliário ou profissional cuja atividade específica seja de construção de imóveis para a venda no mercado, e de outro lado o adquirente não profissional que adquire o bem imóvel”.

Nos casos em que o contrato de alienação das unidades imobiliárias estabelece uma relação de consumo, o adquirente é, conseqüentemente, destinatário final do bem adquirido, utilizando-o, na maioria das vezes, para fins habitacionais. A presente discussão deverá considerar, portanto, que aquele que adquire imóvel, está, em verdade, adquirindo o sonho da casa própria, ganhando ainda mais relevância a proteção do consumidor. Cláudia Lima Marques e Daniela Brauner (2017) defendem que o direito fundamental à moradia, trazido pela Constituição de 1988, “não se confunde com o mero direito à propriedade, a revelar que a proteção do adquirente da casa própria ganha status constitucional”. Desse modo, a análise da mudança legislativa promovida pela lei 13.786/2018 deve observar os aspectos jurídicos e sociais promovidos pela admissão do atraso na entrega do empreendimento.

Assim, é necessário, inicialmente, compreender o contexto de surgimento da lei 13.786/2018 e sua aplicabilidade, a fim de analisar criticamente a previsão da tolerância na entrega dos empreendimentos imobiliários. Serão discutidas, também, as mudanças no tratamento de tal instituto promovidas pelo diploma normativo, analisando a sua utilização antes e depois da sua promulgação. E, por fim, será realizado o debate crítico a respeito do que tal previsão legal representa para o consumidor, parte vulnerável, e o seu cotejo com o sistema de proteção consumerista.

Para a realização da pesquisa, optou-se pelos métodos hermenêutico, dialético e argumentativo, utilizando-se a linha crítico-metodológica. O método hermenêutico foi utilizado devido à necessidade de interpretar as leis relacionadas ao tema, sobretudo a lei 13.786/2018. Quanto ao dialético, objetivou-se discorrer sobre a tese da necessidade de mudanças legislativas para promover a segurança jurídica e a melhor tutela da incorporação imobiliária; a antítese de que a referida legislação representa, em verdade, apenas o atendimento dos interesses do mercado imobiliário, deixando, inclusive, diversas lacunas jurídicas; e a síntese de que a legislação desrespeita o sistema de proteção do consumidor, favorecendo o incorporador e prejudicando o adquirente, disciplinando certas matérias, mas deixando lacunas. Foi utilizado o método argumentativo devido à necessidade de se apresentarem os fundamentos mediante os quais poderá ser analisada a influência do mercado imobiliário na lei. Para tal, utilizou-se uma metodologia com os seguintes procedimentos: a pesquisa de artigos, livros e matérias jornalísticas sobre o tema, bem como a análise de

decisões judiciais, da legislação vigente e, posteriormente, das reclamações realizadas em sites como reclame.aqui e consumidor.gov.

2 O SURGIMENTO DA LEI 13.786/18 E SUA APLICABILIDADE

A compreensão do momento histórico de surgimento da lei 13.786/2018 constitui elemento crucial para a realização da análise crítica sobre a mesma. Esta tem como plano de fundo a crise do setor imobiliário, iniciada em 2014. E, juridicamente, surge no contexto de ausência de disciplina normativa de certos temas relacionados à incorporação imobiliária, deixando a cargo da jurisprudência, por vezes não estável, o tratamento de tais matérias.

A crise do setor imobiliário pode ser percebida e estudada através da análise de diferentes variáveis, entretanto, por este não ser o foco central do presente trabalho e devido a extensão necessária para o estudo deste fenômeno histórico, serão apresentados apenas alguns dados a fim de contextualizar a presente discussão. O Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE) registrou queda no percentual de pessoal ocupado na indústria de construção desde 2014, atingindo mais de 1.000.000 de pessoas até 2018 (BELANDI, 2020). Segundo dados da Câmara Brasileira da Indústria da Construção, o PIB da construção civil encolheu 27,7% entre os anos de 2014 e 2018 (AGÊNCIA CBIC, 2019), afirmando a economista Ieda Vasconcelos (AGÊNCIA CBIC, 2018), que nesse período a construção civil registrou uma queda de 20% das suas atividades. Nesse contexto, Carlos E. Elias de Oliveira e Bruno Mattos e Silva (2019, p. 71) avaliam que a crise do setor imobiliário, derivou, sobretudo, da enorme quantidade de pessoas que “após assinarem contratos de aquisição de imóveis “na planta” para pagamento parcelado caíram em inadimplência ou resiliaram unilateralmente o contrato”, dando origem a uma ampla quantidade de processos judiciais sobre o tema. Diversos fatores contribuíram para essa situação, sendo ressaltado por Cláudia Lima Marques e Daniela Brauner (2017), o superendividamento dos consumidores, a alta do desemprego e o contexto de crise econômica vivenciado no país.

O projeto de lei n. 1.220/2015, que deu origem à lei 13.786/2018, foi proposto pelo deputado Celso Russomanno com o objetivo de regulamentar o valor a ser retido nos casos de desistência da compra do imóvel por parte do consumidor e, assim, buscar garantir segurança tanto para os adquirentes, quanto para as empresas. Entretanto, o projeto sofreu três emendas¹ e foi aprovado com redação substitutiva do relator, deputado José Stédile, sendo ampliada a

abrangência da regulamentação, tratando, por exemplo, dos casos de atraso na entrega do empreendimento e da previsão do quadro resumo no contrato.

Destaca-se que havia uma expectativa jurídica e social criada em torno do diploma normativo, conforme explicou a Ministra Maria Isabel Gallotti (2019, p. 16) ao discutir o presente tema:

“ Nesse sentido, espera-se que a edição, em dezembro de 2018, da Lei n. 13.786/2018, suprimindo a lacuna do direito positivo, e incorporando ao direito positivo diversos entendimentos e parâmetros já consagrados pelo STJ, além de detalhar aspectos ainda não definidos pela jurisprudência, venha a conferir a imprescindível segurança jurídica para o desenvolvimento desse importante setor produtivo, equilibrando o interesse individual do consumidor com o interesse coletivo de todos os participantes de empreendimentos imobiliários.”

No entanto, a análise da lei revela que, em verdade, não foi estabelecido um quadro de equilíbrio entre as partes, sendo, em verdade, concedidos benefícios aos incorporadores em detrimento dos consumidores-adquirentes. Segundo Maria Fátima Leyser (2019), a lei nº 13.786/2018 é claramente mais gravosa para o adquirente de imóvel, constituindo fato novo com repercussões prejudiciais para quem pretende adquirir o bem. Nesse sentido, Otavio Rodrigues Júnior (2019) afirma que a nova lei “é um exemplo de quão degradadas as relações de consumo terminaram no país em 2018 e da fragilidade das associações de defesa dos consumidores em pressionar o Congresso para resguardar os interesses desse imenso grupo”. Assim, sob o pretexto de resolução da crise, a legislação ignorou os reais motivos de tal fenômeno, e com o intuito de dar segurança para os negócios jurídicos, os tornou extremamente onerosos para o adquirente.

Vale ressaltar, que a lei ora discutida somente poderá ser aplicada nos contratos firmados na sua vigência, tendo em vista as mudanças no direito material por ela promovidas e a necessidade de se respeitar o ato jurídico perfeito. Tal entendimento foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos REsp 1.498.484 e REsp 1.635.428; REsp 1.614.721 e REsp 1.631.485.

¹ O projeto de lei sofreu três emendas, sendo uma da mesa diretora da Câmara dos Deputados, e duas do plenário.

3 A CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA ANTES E DEPOIS DA LEI 13.786/2018

É comum nos contratos de incorporação imobiliária a previsão de um prazo de 180 dias de tolerância para que empreendimento imobiliário seja entregue, tal prática contratual é usualmente intitulada de “cláusula de tolerância”. Esta já era utilizada pelas incorporadoras muito antes da lei 13.786/2018², entretanto, o seu tratamento jurídico foi modificado pelo supracitado diploma normativo, beneficiando o fornecedor e desrespeitando o sistema de proteção consumerista.

A jurisprudência admitia a validade da cláusula de tolerância, conforme o teor do REsp 1.582.318 / RJ, desde que a prorrogação do prazo de finalização do empreendimento ocorresse devido a uma situação imprevisível ou excepcional. Além disso, em caso de atraso, o fornecedor estaria obrigado, segundo o ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva, a “notificar o consumidor acerca do uso de tal cláusula juntamente com a sua justificação, primando pelo direito à informação”. A lei 13.786/2018, no entanto, modificou o tratamento jurídico conferido ao tema.

Foi acrescido o artigo 43-A na lei 4.591/64, o qual, segundo o caput, possibilita que a entrega do imóvel seja realizada em até de 180 dias da data prevista para a conclusão do empreendimento, quando disposto contratualmente de forma clara e destacada no quadro resumo. Com a nova redação, o atraso na entrega do empreendimento não gera qualquer penalidade para o incorporador e não permite que o consumidor requeira a resolução contratual. Além do que, o texto legal não prevê a necessidade de que a situação ensejadora do atraso seja excepcional e não menciona a necessidade de informar o adquirente, modificando drasticamente o entendimento jurisprudencial até então vigente.

Otavio Luis Rodrigues Junior (2019) afirma que a legislação criou uma espécie de “mora à brasileira”, ou seja, uma mora com termo de graça preestabelecido em favor da parte mais forte. Assim, a entrega do empreendimento (cumprimento da obrigação principal do contrato de incorporação imobiliária) pode ser realizada 180 dias após o previsto (depois do termo final pré-estabelecido) não gerando qualquer consequência jurídica, ou seja, não gerando os efeitos da mora constituída. Tal prática constitui, segundo Joseane Suzart Lopes da Silva (2020, p. 956), um desrespeito aos deveres de lealdade e de cooperação jungidos à expectativa gerada pelos consumidores, os quais sofrem prejuízos de ordem material e moral

² A exemplo dos debates já travados no artigo de Ewerton Pereira Gonçalves (2016) intitulado “Abuso do direito das incorporadoras e construtoras nos contratos imobiliários” e no de Fabrício Germano Alves e Thiago Lucena Motta (2015) intitulado “A tutela jurídica do consumidor diante do atraso do incorporador imobiliário”.

com demora, bem como tem desrespeitada a sua expectativa de que o contrato fosse cumprido no período estabelecido.

O parágrafo segundo do 43-A, prevê que o adquirente terá direito à resolução contratual quando, ultrapassado os 180 dias do prazo previsto no contrato, ainda não tenha ocorrido a entrega do imóvel. Trata-se de cláusula resolutiva tácita, prevista no artigo 474 do Código Civil, a qual, segundo Flávio Tartuce (2020, p. 1.002), consiste na previsão legal da possibilidade de resolução do contrato em decorrência de evento futuro e incerto, geralmente relacionado ao inadimplemento. Assim, o consumidor possui direito à resolução contratual, ainda que tal cláusula não esteja presente no contrato-

Trata-se do instituto jurídico da resolução contratual, espécie de rescisão unilateral, que difere do distrato. Necessário, neste ponto, realizar a diferenciação dos termos supramencionados, vez que a lei 13.786/2018 tem sido comumente chamada de “lei dos distratos”, mas abarca outros tipos de negócios jurídicos. O ministro Ruy Rosado (2012), na obra intitulada Contratos empresariais (2012), trata da extinção dos contratos, estabelecendo a distinção entre o distrato e a rescisão unilateral, bem como explicando o instituto jurídico da resolução. Segundo o autor, o distrato consiste na conduta dos participantes de romper, em comum acordo, o vínculo jurídico firmado, tendo por objetivo a destruição dos efeitos do contrato celebrado anteriormente. A rescisão unilateral, por sua vez, corresponde a um negócio jurídico unilateral, que se expressa pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, que rompe o vínculo jurídico firmado, tendo eficácia quando expressamente prevista em lei. Assim, diferente do distrato, a rescisão unilateral não exige a concordância de ambas partes. A resolução, por sua vez, é uma espécie de rescisão unilateral, na qual o desfazimento do contrato é fundado no inadimplemento.

Caso o adquirente não deseje a resolução do negócio jurídico firmado, prevê o parágrafo segundo do artigo 43-A que, se o mesmo estiver adimplente, terá direito a indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso. A jurisprudência do STJ, anteriormente, entendia que o descumprimento do prazo de entrega ensejava o pagamento de lucros cessantes³, sendo presumido o prejuízo, e em

³ Nesse sentido, foi decidido no âmbito do AgInt no AREsp 1.020.223/AM que “Nos termos da jurisprudência do STJ, o atraso na entrega do imóvel enseja pagamento de indenização por lucros cessantes durante o período de mora do promitente vendedor, sendo presumido o prejuízo do promitente comprador.”

certos casos havia a possibilidade de inversão a cláusula penal em favor do consumidor⁴ cumulativamente⁵.

É necessário observar que o diploma legal não especifica a que esse 1% se refere ou sua a sua natureza. Assim, não há uma clara definição se o valor se refere a multa moratória, a uma mera indenização, ou há danos morais e materiais decorrentes do atraso, não existindo qualquer menção à possibilidade de cumulatividade das indenizações.

Caso entenda-se pela não cumulatividade da indenização de 1%, prevista legalmente, com demais valores, haverá uma negligência quanto aos danos morais e materiais causados aos consumidores durante o período em que aguardam o término da obra, uma vez que teriam sua indenização pré-fixada sem levar em consideração os elementos fáticos concretos. Carlo Oliveira e Bruno Silva (2019, p. 93) entendem que a indenização de 1% corresponde a estipulação de uma multa moratória e que tal previsão não impede que “o adquirente possa cumulativamente cobrar indenização por lucros cessantes (pela indisponibilidade do imóvel), por dano moral (se o caso admitir) ou por outros danos materiais, tudo mediante prova do prejuízo”. O referido tema ainda não foi discutido pelo judiciário nos termos da lei 13.786/2018, permanecendo em aberto a discussão.

A inexistência de termo excludente das demais indenizações possibilita que se aplique o artigo 423 do Código Civil⁶, o qual estabelece que as cláusulas ambíguas presentes no contrato de adesão deverão ser interpretadas da forma mais favorável ao adquirente, podendo, portanto, cumular a indenização prevista na lei com demais valores a título de dano moral e material. Diante disso, o presente artigo defende a possibilidade de cumulação das indenizações, tendo em vista a inexistência de motivos jurídicos hábeis que impeçam tal feito e devido a previsão legislativa supracitada.

Por fim, é necessário observar que o parágrafo segundo do artigo 43-A estabelece que a indenização de 1% do valor pago pelo consumidor nos casos de atraso na entrega do imóvel será destinada somente aos que estiverem adimplentes. Entretanto, não há qualquer

⁴ No curso do REsp 1614721 / DF foi decidido que: “A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

⁵ A possibilidade de cumulação dos lucros cessantes e da cláusula penal invertida foi decidida no AgRg no AREsp 525.614/MG. Entretanto, Maria Isabel Gallotti destaca que esta somente seria possível quando a multa moratória incidisse sobre o valor total do bem apenas uma única vez, porque, neste caso, não terá o objetivo de compensar a despesa mensal do consumidor em decorrência do não cumprimento do prazo de entrega.

⁶ Artigo 423 do Código Civil (lei nº 10.406/2002): “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

justificativa jurídica para tal previsão legislativa, vez que é contrária ao instituto da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), prevista no art. 476 do Código Civil, bem como ao artigo 397 do mesmo diploma normativo. Afirma Marco Antônio Karan (2019, p. 34) que, segundo a justiça contratual e a tutela do consumidor, o adquirente terá direito a indenização, mesmo que esteja em mora no pagamento do preço, com fundamento no *caput* do art. 397 do CC, tendo em vista que a mora do credor ou do devedor não impede a ocorrência da mora do outro.

É necessário analisar atentamente a *exceptio non adimpleti contractus*, visto que o instituto poderia ser pensando em detrimento tanto do fornecedor, quanto do consumidor. A exceção do contrato não cumprido possibilita que uma das partes do contrato bilateral possa reter sua prestação propositalmente, enquanto a outra não cumprir a contraprestação. Assim, conforme preceitua Orlando Gomes (2019, p. 92) “se não cumpre a obrigação contraída, dado lhe não é exigir do outro contraente que cumpra a sua”. No presente caso, o adquirente poderia utilizar tal instituto, argumentando que como o fornecedor não cumpriu a sua obrigação de entregar o empreendimento, este não teria o direito de exigir o pagamento das parcelas do imóvel. O incorporador, por sua vez, não poderá utilizar o instituto, posto que não reteve a prestação de forma proposital, pois o empreendimento se encontra atrasado.

O presente artigo, sustenta que a previsão normativa de que o consumidor precisa estar adimplente para receber a indenização vai de encontro ao Código Civil, conforme o supracitado e afronta o código consumerista. Além do que, representa uma vantagem excessiva para o fornecedor, o qual, segundo a previsão legislativa, não precisaria indenizar o consumidor pelos danos causados, quando o último estivesse inadimplente.

4 DO DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A relação jurídica estabelecida entre o fornecedor e consumidor deverá ser analisada sob a perspectiva do respeito à boa-fé objetiva, para além do disposto no contrato de adesão e na lei 13.786/2018. A boa-fé⁷ é objeto de estudo de diversos doutrinadores do direito, merecendo destaque as análises realizadas por Judith Martins-Costa, em sua obra “Boa Fé no Direito Privado” e os estudos empreendidos por Cláudia Lima Marques em suas obras. Judith Martins-Costa explica que a boa-fé não pode ser compreendida a priori, vez que seu conteúdo é sempre relacional. No entanto, esta possui um conteúdo mínimo que lhe é conotado: o agir

⁷ É necessário esclarecer que ao se tratar do princípio da boa-fé, faz-se referência, necessariamente, a boa-fé objetiva.

conforme a boa-fé consiste na concretização “das exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se” (COSTA, 2018, p. 35).

No âmbito do direito do consumidor, a boa-fé é entendida por Cláudia Lima Marques (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016) como o princípio máximo orientador de tal direito. Nesse contexto, a sua aplicação deverá ser analisada segundo o papel desempenhado por tal instituto jurídico no âmbito das relações obrigacionais. Esta é uma fonte autônoma de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e expectativas legítimas; é um cânone hermenêutico dos negócios jurídicos e funciona como baliza do modo de exercício de posições jurídicas (COSTA, 2018, p. 35). Trata-se, segundo Sergio Cavalieri, da função interpretativa; criadora ou integrativa e de controle desempenhadas pela boa-fé. Para a compreensão da sua aplicação nos contratos de incorporação imobiliária, faz-se necessário a análise das funções supracitadas em cotejo com a disciplina desses contratos.

A boa-fé objetiva é fonte de deveres anexos, manifestando-se, segundo Clóvis do Couto e Silva (2006, p. 33), como máxima objetiva que determina aumento de deveres, para além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Assim, quem contrata não apenas se obriga a prestação principal, mas também a deveres anexos advindos da boa-fé que se referem a toda a relação obrigacional travada, a exemplo do dever de informar, de cuidado, de cooperação, de lealdade. Nesse contexto, destaca Ruy Rosado (2011, p. 385), que muitos dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor correspondem a tipificação de hipóteses legais de deveres advindos da boa-fé, dentre os quais a vinculação à oferta, o dever de informar de forma clara e precisa, de lealdade e de probidade na publicidade. Diante disso, é necessário analisar a relação jurídica travada entre o adquirente e o incorporador sob a perspectiva de cumprimento dos deveres anexos da boa-fé, a exemplo da averiguação se o fornecedor está atuando em cooperação com o consumidor, possibilitando que o mesmo possa ter acesso a informações sobre o andamento do negócio jurídico. Além disso, deve ser realizado o processo de concreção da boa-fé, a fim de estabelecer quais os deveres anexos específicos gerados pelo princípio no caso concreto.

A boa-fé objetiva é também um critério de interpretação e integração do negócio jurídico, sendo dedicada a esta grande parte da análise realizada por Judith Martins-Costa no seu livro “Boa-fé no Direito Privado”. A referida autora explica que a boa-fé atuará como um cânone hermenêutico, ao lado de outros, na interpretação do contrato. Esta quando aplicada

aos contratos de adesão e nos negócios de massa, deverá analisar, concretamente, o significado do que era razoável esperar em vista da compreensibilidade do universo dos contratantes-aderentes, através do critério do público-alvo do negócio. Assim, no que se refere aos contratos de compra e venda de unidades submetidas ao regime de incorporação imobiliária, esta revelará que o consumidor que busca adquirir um imóvel espera e confia que a obra será entregue no tempo previsto, devendo ser avisado sobre eventuais atrasos ocorridos, mesmo que não haja previsão legal a respeito de tal notificação.

Por fim, a boa-fé objetiva também exerce uma função limitadora. A compreensão de tal funcionalidade pressupõe, segundo Ruy Rosado (2011, p. 383), a aceitação da possibilidade de interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual. Tal função é comumente relacionada às figuras típicas resultantes da limitação do exercício de direito, quais sejam: a *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio*, a *exceptio doli* e o *tu quoque*. Destaca Judith Martins-Costa (2003, p. 241) que enquanto limitadora do exercício de direitos subjetivos, potestativos e de posições jurídicas a boa-fé objetiva conduz à anulação de atos abusivos, na esfera das relações de consumo, e gera responsabilidade pelo injusto recesso das tratativas e pela quebra de confiança. No que se refere a presente pesquisa, destaca-se a aplicação do princípio da boa-fé objetiva enquanto limitador de atitudes do incorporador, para além do previsto na lei 13.786/2018 e no disposto no contrato de adesão.

5 A VANTAGEM EXCESSIVA DO FORNECEDOR REPRESENTADA PELA CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA

Os contratos de incorporação imobiliária que estabelecem uma relação de consumo entre as partes consistem comumente em contratos de adesão firmados entre o consumidor-adquirente da unidade imobiliária e o incorporador- fornecedor. Esse tipo de contrato consiste em negócio jurídico difundido na prática da atividade econômica, nos quais, segundo Orlando Gomes (2019, p. 107), uma das partes tem que “aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos”. Nos contratos de adesão que conformam as relações de consumo, o fornecedor estabelece unilateralmente as cláusulas contratuais, cabendo ao consumidor apenas anuir as mesmas, tendo em vista a sua posição de vulnerabilidade, não possuindo capacidade técnica, informacional e, sobretudo, econômica de discutir e alterar as cláusulas estabelecidas.

Assim, a previsão de tolerância de 180 dias na entrega dos imóveis ocorre por meio da estipulação do fornecedor, vez que este redige o contrato. Tal previsão constitui uma prática abusiva, pois o incorporador utiliza da sua posição, para impor ao consumidor condição que o prejudica, em detrimento do seu próprio benefício. Nesse sentido, esclarece Bruno Miragem (2018, p. 317) que as cláusulas abusivas consistem em condutas do fornecedor que “no exercício da sua liberdade negocial, exerce sua posição de modo a impor ao consumidor condições negociais desfavoráveis, em vista da violação da boa-fé ou dos usos e costumes”. Enquanto prática abusiva, a cláusula de tolerância pode ser entendida como a imposição de uma vantagem manifestamente excessiva, conforme o disposto no artigo 39, inciso V do CDC.

A cláusula de tolerância permite, que o incorporador utilize de uma data menos longínqua para atrair os consumidores, tendo em vista a importância da data de entrega da unidade para realização da venda. Marcos Ehrhardt Júnior (2019, p. 252) ressalta que “num cenário de concorrência entre fornecedores que estão simultaneamente construindo numa mesma área, a data de entrega da unidade pode ser determinante para a decisão da compra”. Assim, o adquirente que estabelece uma relação de confiança ao comprar a unidade imobiliária, tem suas expectativas frustradas duplamente: primeiro, ao perceber que a entrega do imóvel não ocorrerá segundo a data estipulada; e, segundo, devido a inexistência de consequências jurídicas por tal atitude. Além disso, a previsão de tal cláusula, promove a transferência de um risco inerente à atividade do fornecedor para o consumidor, vez que o cumprimento do prazo de realização da obra é de inteira responsabilidade do incorporador. As consequências supramencionadas promovidas pela admissão da cláusula de tolerância merecem uma análise mais aprofundada, como será realizado a seguir.

5.1 Risco inerente à atividade

A adoção da cláusula de tolerância inicialmente se deu, segundo o STJ⁸, pela complexidade e imprevisibilidade do negócio jurídico da incorporação imobiliária, sendo, como supracitado, apenas abrangidos os casos excepcionais e imprevisíveis. Ocorre que com lei 13.786/2018, não há mais a necessidade de que a situação ensejadora do atraso seja

⁸ Conforme o entendimento firmado no REsp 1582318 / RJ RECURSO ESPECIAL 2015/0145249-7: “No contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, além do período previsto para o término do empreendimento, há, comumente, cláusula de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra, que varia entre 90 (noventa) e 180 (cento e oitenta) dias: a cláusula de tolerância”.

excepcional. Assim, qualquer tipo de situação que gere atraso poderá ser resolvida no prazo de 180 dias, sem que haja consequência jurídica para o incorporador, o que, em muitos casos, representará o repasse do risco inerente à atividade desenvolvida ao consumidor.

O prazo de entrega de um empreendimento imobiliário é estipulado previamente pelo incorporador, conforme o planejamento e cálculos realizados pelo mesmo. Entretanto, é notório que situações excepcionais podem ocorrer, sendo as mesmas abarcadas nos conceitos de caso fortuito e força maior⁹. No que se refere aos acontecimentos comuns e corriqueiros, passíveis de previsão, segundo as regras de experiência, que podem gerar atrasos na entrega do empreendimento, a exemplo da falta de materiais de construção¹⁰ e o excesso de chuvas em certas épocas do ano¹¹, estes devem ser levados em consideração no momento de estipulação da data de entrega. Tais situações, configuram parte do risco inerente ao empreendimento que deverá ser suportado pelo fornecedor. Sergio Cavalieri (2019, p. 124) define o risco inerente como aquele “risco intrinsecamente atado a própria natureza do serviço e ao seu modo de prestação”, ou seja, trata-se, no presente caso, de todas as variáveis inerentes à própria realização da incorporação imobiliária, cuja responsabilidade é do incorporador.

A permissão para que o fornecedor atrase em até 180 dias a entrega do empreendimento imobiliário sob qualquer justificativa, possibilita que o mesmo ultrapasse a data pré-estabelecida devido a situações abarcadas no risco inerente à atividade, transferindo fatores são de inteira responsabilidade deste, para o consumidor, prática vedada pelo sistema de proteção consumerista. Nesse sentido, afirma Bruno Miragem (2019, p. 446) que a “cláusula de irresponsabilidade em razão do atraso de obra pelo incorporador (“cláusula de tolerância”), teria sua abusividade confirmada em vista da transferência de um risco inerente à atividade do fornecedor”. Diante disso, questiona-se o real motivo de previsão legal da possibilidade de atraso na entrega do empreendimento, vez que contrária ao sistema de proteção consumerista e a própria lógica do negócio jurídico, prejudicando o adquirente em detrimento do incorporador.

⁹ Artigo 393 do Código Civil (lei nº 10.406/2002): “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

¹⁰ Considerado como acontecimento previsível pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal na Apelação Cível 20130110184440.

¹¹ Considerado como acontecimento previsível pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal na Apelação Cível 20130111893342.

5.2 A data enquanto elemento de atratividade: publicidade enganosa.

O prazo de entrega do empreendimento imobiliário é unilateralmente estabelecido pelo incorporador, o qual, conforme o caráter de adesão do contrato firmado, é a parte que estipula as cláusulas contratuais. Ressalta, Marco Antônio Karam (2019, p. 339) que a data de conclusão do empreendimento “é disposição de exclusivo arbítrio do incorporador, dado que somente este tem as informações técnicas para estabelecer esse prazo”. Diante disso, a possibilidade de entregar o empreendimento imobiliário em até 180 dias após o previsto representa uma vantagem excessiva para o fornecedor. Este poderá utilizar de uma data menos longínqua que a real como elemento para atrair os consumidores, constituindo um verdadeiro fomento à publicidade enganosa, prática vedada pelos artigos 37 e 67 do CDC.

A discussão travada gira em torno da legalidade da incorporadora realizar a publicidade do empreendimento imobiliário com a data de entrega prevista no contrato, mas entregar o imóvel apenas 180 dias após a data divulgada. Isso porque, a lei 13.786/2018, ao permitir o atraso na entrega da obra, parece possibilitar que haja a fixação de duas datas na incorporação imobiliária: a primeira, referente a previsão de entrega do empreendimento, e a segunda, correspondente a efetiva entrega do bem, a qual pode variar em até 180 dias conforme o arbítrio do incorporador. Tal conduta, quando refletida nos anúncios publicitários, acaba por fomentar a utilização da publicidade enganosa, visto que o fornecedor passa a gozar de uma data pré-estabelecida para entrega, menos longínqua e mais favorável que a real.

A publicidade que contenha apenas a data pré-estabelecida no contrato é omissa, vez que não informa a possibilidade de extensão do prazo de entrega. Esta será, portanto, uma publicidade enganosa, a qual é definida por Adalberto Pasqualotto (1997) como a informação ou comunicação publicitária que seja inteira ou parcialmente falsa, ou que por qualquer outro modo, mesmo por omissão, seja capaz de induzir em erro o consumidor. Em consonância a tal entendimento está a definição trazida pelo artigo 37 do CDC¹², o qual estabelece a proibição de tal prática. Segundo Paulo Valério Dal Pai Moraes (2009, p. 290) o dispositivo busca atender ao direito básico do consumidor de respeito ao princípio da veracidade.

¹² Art. 37 do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90): “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

Nessa senda, o artigo sexto, inciso IV¹³ do CDC dispõe que é direito básico deste grupo vulnerável a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, consolidando, segundo Sergio Cavalieri (2019, p. 125), “o entendimento de que o princípio da boa-fé espargue seus efeitos às práticas que antecedem o início de qualquer relação jurídica de consumo”. E determina a força obrigatória da publicidade realizada pelo fornecedor¹⁴, bem como exige do mesmo a divulgação de informações corretas, claras e precisas e ostensivas sobre o serviço¹⁵, consolidando o direito básico à informação, previsto no artigo sexto, inciso III¹⁶ de tal diploma normativo.

Desse modo, a utilização de data pré-estabelecida para a entrega do empreendimento nas propagandas constitui prática abusiva, capaz de induzir o consumidor a erro, não sendo necessário que se investigue se a empresa possuía ou não a intenção de entregar o imóvel na data prevista. Nesse sentido, afirma Paulo Valério Dal Pai Moraes (2009, p. 290), ao analisar a situação do consumidor vulnerável, que é absolutamente irrelevante que o anunciante tenha agido com dolo ou culpa na veiculação da publicidade, uma vez que o critério legal é objetivo e finalístico.

Assim, a lei 13.786/2018 ao permitir que o empreendimento imobiliário seja entregue 180 dias após a data prevista, acaba por estimular a veiculação publicitária de datas de entrega de empreendimentos imobiliários que não serão cumpridas. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor, conforme defende Claudia Lima Marques (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016, p. 100), possui um campo de aplicação amplo e especial, vez que se trata norma de caráter público e de interesse social, protegida constitucionalmente, sendo prioritariamente aplicada quando presente os sujeitos consumidor e fornecedor. Este, portanto, protege o consumidor da utilização de propagandas enganosas, independentemente da previsão legal supracitada. Sendo, portanto, vedado que a incorporadora realize anúncios publicitários

¹³ Art. 6, IV, do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90): “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”

¹⁴ Art. 30 do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90): “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

¹⁵ Art. 31 do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90): “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

¹⁶ Art. 6, III, do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90): “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”

informando a data pré-estabelecida para a entrega do empreendimento, sem constar, de forma clara e ostensiva, a possibilidade real de que o empreendimento seja entregue em data posterior.

6 Considerações finais

Sob a égide de conferir mais segurança jurídica para a compra e venda de unidades submetidas ao regime de incorporação imobiliária, a lei 13.786/2018 disciplinou a matéria de forma prejudicial ao consumidor, deixando graves lacunas jurídicas e interpretativas. Ainda não é possível avaliar se a mesma atingiu o resultado buscado, tendo em vista o seu caráter recente, bem como o fato que esta somente pode ser aplicada em contratos firmados posteriormente à sua promulgação. Entretanto, o tratamento extremamente benéfico às incorporadoras e prejudicial aos adquirentes conferido pelo diploma normativo, confrontando, inclusive, o sistema de proteção consumerista, bem como a existência de lacunas interpretativas e legislativas, poderá impedir que esta alcance seus objetivos, não garantindo a segurança jurídica almejada. Assim, questiona-se a real intencionalidade da referida legislação, a qual parece, em verdade, ter sido utilizada para beneficiar incorporadoras, que vinham sofrendo com a crise imobiliária, e prejudicar os adquirentes, deixando em segundo plano os demais objetivos.

Gerada como resposta à crise do setor imobiliário, a lei 13.786/2018 claramente representa uma vitória de tal setor, no que se refere a força legislativa, visto que confere diversos benefícios às incorporadoras. Nesse sentido, afirma, Otavio Luiz Rodrigues Junior (2019) que esta legislação “é um exemplo de quão degradadas as relações de consumo terminaram no país em 2018 e da fragilidade das associações de defesa dos consumidores em pressionar o Congresso para resguardar os interesses desse imenso grupo”. A lei ignora a realidade dos negócios jurídicos imobiliários travados no Brasil, nos quais prevalece a assimetria informacional, o despreparo e vulnerabilidade dos consumidores, e, do outro lado, a busca incessante das incorporadoras por lucros. Vale ressaltar, ainda, que a mesma ignora que crise imobiliária decorre de fatores que também atingiram os potenciais adquirentes, visto que tal fenômeno tem como plano de fundo a crise econômica do país.

Nesse contexto, a eventual permissão de extensão do prazo de entrega por 180 dias de forma indiscriminada representa mais uma vitória do setor imobiliário, vez que o beneficia, em detrimento do adquirente. Nesse contexto, afirmam Fabrício Alves e Thiago Motta (2015, p. 182) que a cláusula de tolerância consiste em “verdadeira carta branca para o incorporador,

validando qualquer tipo de atraso” e permitindo que este utilize de tal artifício para auferir vantagens. Esta permite o atraso na entrega no empreendimento pelo período supracitado, sem impor qualquer consequência jurídica sobre o mesmo, não sendo necessária a notificação do consumidor ou que a situação ensejadora do atraso seja excepcional. Além do que, tenta a prefixar o valor da indenização quando o atraso for superior ao permitido, condicionando-o a adimplência do adquirente. Condutas estas que são abusivas e desrespeitam o sistema de proteção consumerista.

Referências

AGÊNCIA CBIC. **Economia Apresenta desempenho e perspectivas do setor no cenário econômico nacional durante reunião do conselho.** Publicado em 03 de out. 2018 Disponível em: <https://cbic.org.br/economista-apresenta-desempenho-e-perspectivas-do-setor-no-cenario-economico-nacional-durante-reuniao-do-conselho/>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

AGÊNCIA CBIC. **PIB nacional cresce 1,1% em 2018, mas setor da construção encolhe pelo quinto ano consecutivo.** Publicado em 28 de fev. 2019. Disponível em: <https://cbic.org.br/33505-2/>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 377-387.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 475-518.

ALVES, Fabrício Germano; MOTTA, Thiago de Lucena. A TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR DIANTE DO ATRASO DO INCORPORADOR IMOBILIÁRIO. **Revista da Faculdade de Direito-UFPR**, Curitiba, v.60, p.163-192, jan./abr. 2015.

BELANDI, Caio. **No 5º ano de queda, setor da construção ocupa 1,9 milhão de pessoas em 2018.** Agencia IBGE notícias. Publicado em 27 de mai. de 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27797-no-5-ano-de-queda-setor-da-construcao-ocupa-1-9-milhao-de-pessoas-em-2018>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Lei 13.786/2018.** Altera as Leis n° 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. DF: Presidência da República, [2018]. Acesso em: 15 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **REsp 1498484 / DF RECURSO ESPECIAL 2014/0306634-9**. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. NOVEL LEI N. 13.786/2018. CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. NATUREZA MERAMENTE INDENIZATÓRIA, PREFIXANDO O VALOR DAS PERDAS E DANOS. PREFIXAÇÃO RAZOÁVEL, TOMANDO-SE EM CONTA O PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA. CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. INVIABILIDADE Recorrente: Karla Teixeira da Silva. Recorrido: MRV Engenharia e Participações SA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 22 de maio de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1744759&num_registro=201403066349&data=20190625&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1582318 / RJ RECURSO ESPECIAL 2015/0145249-7**. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO DA OBRA. ENTREGA APÓS O PRAZO ESTIMADO. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. VALIDADE. PREVISÃO LEGAL. PECULIARIDADES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ATENUAÇÃO DE RISCOS. BENEFÍCIO AOS CONTRATANTES. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAR. PRAZO DE PRORROGAÇÃO. RAZOABILIDADE. Recorrente: Sergio Machado Terra. Recorrido: CLH Desenvolvimento Imobiliário S/A e outro. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 12 de setembro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501452497&dt_publicacao=21/09/2017. Acesso em: 20 jan. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1582318 / RJ RECURSO ESPECIAL 2015/0145249-7**. RECURSO ESPECIAL CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR. ART. 1.036 DO CPC/2015 C/C O ART. 256-H DO RISTJ. PROCESSAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA. CRÉDITO ASSOCIATIVO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO OS EFEITOS DO ATRASO NA ENTREGA DO BEM. RECURSOS DESPROVIDOS. Recorrente: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias. Recorrido: Fundação de proteção e defesa do consumidor-Procon. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 12 de setembro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1863532&num_registro=201800572039&data=20190927&formato=PDF. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **REsp 1614721 / DF RECURSO ESPECIAL 2016/0187952-6**. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. NOVEL LEI N. 13.786/2018. CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. OMISSÃO DE MULTA EM BENEFÍCIO DO ADERENTE. INADIMPLENTO DA INCORPORADORA. ARBITRAMENTO JUDICIAL DA INDENIZAÇÃO, TOMANDO-SE

COMO PARÂMETRO OBJETIVO A MULTA ESTIPULADA EM PROVEITO DE APENAS UMA DAS PARTES, PARA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL. Recorrente: Aline Ramalho Sereno de Medeiros. Recorrido: Mrv Prime Top Taguatinga II Incorporações Imobiliárias LTDA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 22 de maio de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808890&num_registro=201601879526&data=20190625&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **REsp 1631485 / DF RECURSO ESPECIAL 2016/0266913-0**. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. NOVEL LEI N. 13.786/2018. CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. OMISSÃO DE MULTA EM BENEFÍCIO DO ADERENTE. INADIMPLENTO DA INCORPORADORA. ARBITRAMENTO JUDICIAL DA INDENIZAÇÃO, TOMANDO-SE COMO PARÂMETRO OBJETIVO A MULTA ESTIPULADA EM PROVEITO DE APENAS UMA DAS PARTES, PARA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL. Recorrente: Eder Nogueira da Mota. Recorrido: Brookfield MB Empreendimentos Imobiliários SA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808889>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **REsp 1635428 / SC RECURSO ESPECIAL 2016/0285000-5**. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. NOVEL LEI N. 13.786/2018. CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. NATUREZA MERAMENTE INDENIZATÓRIA, PREFIXANDO O VALOR DAS PERDAS E DANOS. PREFIXAÇÃO RAZOÁVEL, TOMANDO-SE EM CONTA O PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA. CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. INVIABILIDADE. Recorrente: SILVIO RODRIGUES DAMASCENO. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 22 de maio de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 525.614 - MG (2014/0131927-0)**. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. MORA. CLÁUSULA PENAL. SUMULAS 5 E 7/STJ. ART. 535. AUSÊNCIA DE OMISSÕES. SÚMULA 284/STF. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Agravante: Even Brisa Alpha Empreendimentos Imobiliários LTDA. Agravado: Hogo Vero Mendes de Carvalho Junior. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 28 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1339582&tipo=0&nreg=201401319270&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140825&formato=PDF&salvar=fal se>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no AREsp 1020223 / AM**. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2016/0308046-6. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. LUCROS CESSANTES CONFIGURADOS. SÚMULA 83 DO STJ. DANO MORAL. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. Agravante: Contrutora Capital S/A. Agravado: José Carlos Cavalcanti. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, 23 de novembro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603080466&dt_publicacao=23/11/2017. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 14 jan. 2020.

BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. **Código de Defesa do Consumidor**, DF: Presidência da República, [2017]. Acesso em: 15 de maio de 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei n.1220/2015**. Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1323397&filename=Tramitacao-PL+1220/2015. Acesso em: 10 de janeiro de 2020

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. **Revista do curso de direito da escola de gestão e direito da universidade metodista de São Paulo**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 193-2017, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DE OLIVEIRA, Carlos E. Elias; E SILVA, Bruno Mattos. A recente Lei do Distrato (Lei nº 13.786/2018): o novo cenário jurídico dos contratos de aquisição de imóveis em regime de incorporação imobiliária e em loteamento. In: VILATE, Olivar (Cord.). **Lei dos distratos: lei 13.786/2018**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 71- 116.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça (2. Turma). **Ap. Cív. 20130110184440**. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. FALTA DE MATERIAL. FATO PREVISÍVEL. LUCROS CESSANTES. CLÁUSULA PENAL. CUMULAÇÃO. Apelante: Brookfield Centro Oeste, Empreendimentos Imobiliarios S.A, MB Engenharia SPE 030 S.A. Apelado: Felipe de Oliveira Gontijo. Relator: Aiston Henrique de Sousa, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça (2. Turma). **Ap. Cív. 20130111893342**. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL NOVO. ATRASO NA ENTREGA. CARÊNCIA DE MÃO-DE-OBRA. PROBLEMAS GEOLÓGICOS. CHUVAS

ACIMA DO ESPERADO. RISCOS DA ATIVIDADE. CASO FORTUITO NÃO CARACTERIZADO. MULTA MORATÓRIA. TERMO INICIAL. LUCROS CESSANTES. INOCORRÊNCIA. Apelante: Maison Incorporação e edificação SPE LTDA. Apelado: Karina Felix Cardoso e outro (s). Relator Antônio Fernandes da Luz, 29 de abril de 2014. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Por que não dá para ser tolerante com a "cláusula de tolerância"? In: VILATE, Olivar (Cord.). **Lei dos distratos: lei 13.786/2018**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 247-253.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**: artigo por artigo. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016

GOMES, Orlando. **Contratos**. 27 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Ewerton Pereira. Abuso do direito das incorporadoras e construtoras nos contratos imobiliários. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.104, p. 471-492, mar./abr. 2016.

KARAM, Marco Antônio. RESOLUÇÃO DE CONTRATO IMOBILIÁRIO. COMENTÁRIOS À LEI 13.786/2018. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.123, p. 337 – 356, mai./jun. 2019.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Considerações e jurisprudência sobre a recente lei do distrato**. Publicado em 14 de out. 2019. Disponível em: [conjur.com.br/2019-out-14/mp-debate-consideracoes-jurisprudencia-recente-lei-distrato#author]. Acesso em: 9 de jun. 2019

MARQUES, Cláudia Lima; BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. **Novas regras para distrato de contratos de imóveis na planta**. Publicado em 1 març. 2017., Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2017-mar-01/garantias-consumo-novas-regras-distrato-contratos-imoveis-planta>]. Acesso em: 10 de jun. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, p. 229 - 281, 2003.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai Moraes. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais pratica comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGUES, Maria Isabel Diniz Gallotti. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA NA PERSPECTIVA DO STJ: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR – HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES COLETIVO E INDIVIDUAL. In: Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina: edição comemorativa, 30 anos**. Brasília : Superior Tribunal de Justiça, 2019. p. 777-789.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil**. Publicado em 2 de jan. 2019. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>]. Acesso em: 3 de fev 2019.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Direito do Consumidor Contemporâneo: análise crítica do CDC e de importantes leis especiais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

TARTUCE, FLÁVIO. **Manual de direito civil: volume único**. 10. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9. ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A INCIDÊNCIA DO ICMS NA OPERAÇÃO DE LEASING INTERNACIONAL

Amanda Félix dos Santos Grassi*

RESUMO: O presente trabalho possui como escopo realizar um estudo acerca da possibilidade de incidência do ICMS nas importações realizadas através da operação de *leasing*. Para tanto, em um primeiro momento, será realizado um breve estudo acerca do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sendo abordados os principais contornos deste imposto estadual. Em seguida, será feito um exame da figura do *leasing* em nosso ordenamento jurídico. Por fim, proceder-se-á com a análise acerca da possibilidade de incidência do ICMS nas importações operadas pelo contrato de *leasing*, tendo em vista o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a matéria. Utilizando-se do método dedutivo, por meio da análise doutrinária, normativa e jurisprudencial, conclui-se que o ICMS apenas incide no *leasing* internacional com a efetiva transferência do domínio da mercadoria ou do bem importado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário; ICMS; *Leasing*; Arrendamento Mercantil; Importação

ABSTRACT: The present work aims to carry out a study about the possibility of ICMS incidence on imports made through leasing operation. To this end, a brief study will be made of the Tax on Circulation of Goods and Services - ICMS, covering the main contours of this state tax. Then, an examination of the figure of leasing will be carried in our legal system. Finally, it will proceed with the analysis about the possibility of ICMS incidence on imports operated by the leasing contract, in view of the position of the Superior Courts on the matter. Using the deductive method, through doctrinal, normative and jurisprudential analysis, it is concluded that the ICMS only applies to international leasing with the effective transfer of the domain of the goods or imported goods.

KEYWORDS: Tax Law; ICMS; Lease-Purchase; Agreement; Import

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 ICMS – Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços; 2.1 O ICMS na Constituição Federal de 1988; 2.2 A regra-matriz de incidência do ICMS na Importação; 3 Leasing – Arrendamento Mercantil; 3.1 Origem, Conceito e Natureza Jurídica de Leasing; 3.2 Modalidades de Leasing; 4 A incidência do ICMS na operação de leasing internacional; 5 Conclusão; Referências Bibliográficas.

* Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto Damásio de Direito – IBMEC. Email: nandafesagra@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade da incidência do ICMS nas importações realizadas através da operação de *leasing* sempre comportou controvérsias na doutrina e jurisprudência pátria. Isto porque, muito se discute acerca da necessidade de transferência de domínio da mercadoria ou bem importado para que haja a incidência do ICMS nas importações.

Ao definir as hipóteses de incidência do ICMS na importação, o legislador ordinário buscou delimitar o aspecto material da hipótese tributária do referido imposto, qual seja, a realização de operação relativa à circulação de mercadoria e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que esta tenha se iniciado no exterior.

Ao tratar do ICMS na importação, a Constituição Federal, em sua redação original, estabelecia em seu artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, que o ICMS nas importações poderia incidir “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior”.

Contudo, com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, a qual alterou a redação do parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, do artigo 155 da Constituição Federal, o ICM nas importações passou a incidir “sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade”.

Tal alteração normativa acabou por ensejar uma aparente antinomia entre o artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal e o inciso II do mesmo dispositivo legal, uma vez que a Emenda nº 33/2001 determina a incidência do ICMS sobre a importação independente da ocorrência da circulação econômica da mercadoria, ou seja, independente da transferência de titularidade do produto importado.

Ocorre que, nas operações de *leasing*, também conhecido como arrendamento mercantil, não há circulação de bens ou de mercadorias, uma vez que nesta espécie contratual não ocorre a transferência do domínio do bem adquirido, o que em tese, afastaria a incidência do ICMS nas importações realizadas através das operações de *leasing*.

Portanto, sustenta-se no presente estudo, o reexame do conceito do fato gerador do ICMS, através da adoção da interpretação sistemática da redação do dispositivo contido alínea

“a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, a fim de se reconhecer que o ICMS apenas incide na entrada de bens ou mercadorias importados do exterior se houver a circulação de mercadoria, isto é, com a efetiva transferência do domínio da mercadoria ou do bem importado.

2 ICMS – IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS

2. 1. O ICMS na Constituição Federal de 1988

O ICMS, também denominado de Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, foi instituído com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual passou a disciplinar o referido imposto estadual em seu artigo 155, II, *in verbis*:

Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...] II – operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de comunicação, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior;

1

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a incidência do ICMS foi ampliada ao transferir-se para a competência dos Estados e Distrito Federal, além da incidência sobre a circulação de mercadorias, objeto do antigo ICM – Imposto sobre Circulação de Mercadorias (imposto predecessor do ICMS), a incidência sobre as prestações de serviços de comunicações e transportes interestaduais e intermunicipais².

Ao instituir o ICMS, o constituinte de 1988 incorporou ao referido imposto um importante princípio constitucional, a saber, o princípio da não cumulatividade. A matéria, a qual está disciplinada nos artigos 19, 20 e 33 da Lei Complementar nº 87/96, encontra previsão constitucional no inciso I, do §2º, do artigo 155, da CF/88, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, 1988.

² HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e Tributário. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, n.p.

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;³

O ICMS, portanto, é um imposto não-cumulativo, o que significa dizer que o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços deverá ser compensado com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal⁴.

Ademais, importa destacar que, em que pese o ICMS possuir finalidade predominantemente fiscal, a Constituição Federal faculta a seletividade do referido imposto, ao dispor em seu artigo art. 155, § 2, III, que o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”. Neste contexto, caso o legislador estadual opte por adotar a seletividade, as alíquotas deverão ser fixadas de acordo com a essencialidade do produto, sendo menores para os gêneros considerados essenciais e maiores para os supérfluos⁵.

Por fim, de acordo com o art. 2 da Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir), lei que dispõe sobre o ICMS, podemos extrair uma série de campos de incidência do referido imposto. No entanto, o presente estudo, o qual busca investigar a incidência do ICMS nas importações realizadas mediante arrendamento mercantil, atear-se-á apenas a investigar a regra-matriz de incidência fiscal do referido tributo nas operações mercantis referentes à circulação de mercadorias ou bens importados.

2.2. A regra-matriz de incidência do ICMS na Importação

O ICMS na importação foi introduzido pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional nº 23/83, também chamada de Emenda Passos Porto. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ICMS na importação passou a ser disciplinado no artigo 155, § 2º, IX, a, com as alterações advindas da Emenda nº 33/2001, o qual delega aos Estados e Distrito Federal a competência para a instituição do referido imposto, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

³ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, 1988.

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Manual de Direito Tributário. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.296.

⁵ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 704.

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

IX – incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;⁶

Da leitura do supracitado dispositivo legal, nota-se que o critério material da hipótese tributária de incidência fiscal do ICMS, o qual reside na locução “operações relativas à circulação de mercadorias”, no âmbito das operações de importação será mais ampla, abarcando a figura da “entrada de bens ou mercadorias importados do exterior”⁷. Desta forma, o elemento nuclear do critério material na hipótese de incidência do ICMS nas importações pode ser identificado no verbo importar.

Importante salientar, que antes da Emenda nº 33/2001, o ICMS sobre as importações somente incidia sobre a entrada de mercadorias provenientes do exterior. Contudo, com as alterações perpetradas pela Emenda nº 33/2001 na redação do artigo 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, o supracitado tributo passou a incidir sobre todo tipo de bem importado, não mais apenas sobre mercadorias⁸.

Isto porque, a partir da promulgação da Emenda nº 33/2001, a incidência do ICMS, nas operações de importação, deixou de estar restrita aos negócios jurídicos realizados com habitualidade no âmbito empresarial, passando a alcançar toda e qualquer operação de importação⁹. Este ponto, como ainda será analisado, vem gerando diversos debates na doutrina e na jurisprudência, os quais orbitam em torno da inconstitucionalidade das alterações trazidas pela Emenda nº 33/2001.

⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, 1988.

⁷ SILVA, Rafael Brum. O ICMS na importação mediante arrendamento mercantil. Revista Direito GV. São Paulo. Jul-Dez 2010, p.604.

⁸ Ibidem, p.605.

⁹ Ibidem.

No que tange o critério temporal da hipótese tributária de incidência fiscal do ICMS nas importações, este será o momento de entrada de bens e mercadorias importados, é dizer, é o momento do desembaraço aduaneiro, conforme a previsão do artigo 12, IX da Lei Complementar 87/1996, com redação da Lei Complementar 114/2002¹⁰. Neste mesmo sentido a jurisprudência dos Tribunais pátrios:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. ICMS. FATO GERADOR. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. PRECEDENTES. VERBETE N. 83/STJ. - A jurisprudência desta Corte orienta que o fato gerador do ICMS na importação de mercadorias ocorre no momento do desembaraço aduaneiro. Incidência do verbete n. 83 da Súmula do STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1338440/SP, Relator(a): Min. CESAR ASFOR ROCHA, Segunda Turma, julgado em 17/02/2011, DJe-17/03/2011)¹¹

Por sua vez, o critério espacial da hipótese tributária de incidência fiscal do ICMS nas importações é o local do estabelecimento em que ocorre a entrada física da mercadoria ou do bem importado. Neste mesmo sentido, Hugo de Brito Machado leciona que “quando a mercadoria é importada do exterior, o local da operação é aquele em que tem sede o estabelecimento no qual ocorre a entrada física da mercadoria. Mesmo que esse estabelecimento seja diverso daquele que realizou a importação”¹².

Quanto ao prescritor normativo do ICMS nas importações, este foi objeto de relevante alteração pela Emenda nº 33/2001, sobretudo, no que tange ao sujeito passivo da relação normativa tributária, uma vez que ampliou significativamente o seu rol de contribuintes.

Isto porque, com as alterações promovidas pela Emenda nº 33/2001, o sujeito passivo do referido tributo deixou de restringir-se apenas àqueles que desenvolvem atividade empresarial e passou a abranger toda “pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto”¹³.

Portanto, a partir da Emenda nº 33/2001, o sujeito passivo da obrigação tributária no ICMS nas importações passou a ser identificado como toda e qualquer pessoa, seja esta física

¹⁰ MENDONÇA, Christine. O Leasing na Importação e o ICMS. In: CAMPILONGO, Paulo Antonio Fernandes. ICMS: Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.40.

¹¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag 1338440/SP, Relator(a): Min. CESAR ASFOR ROCHA, Segunda Turma, julgado em 17/02/2011, DJe-17/03/2011.

¹² MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos fundamentais do ICMS. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 52.

¹³ SILVA, Rafael Brum. O ICMS na importação mediante arrendamento mercantil. Revista Direito GV. São Paulo. Jul-Dez 2010, p.608.

ou jurídica, que realize a importação de um determinado bem ou mercadoria, ainda que não este não seja produtor, industrial ou comerciante, ou seja, ainda que não desenvolva atividade empresarial, de forma habitual.

No que concerne ao sujeito ativo do ICMS nas importações, este será o Estado, ou Distrito Federal, onde estiver localizado o domicílio ou o estabelecimento destinatário do bem ou da mercadoria importada¹⁴. Assim, o sujeito ativo da relação tributária do ICMS nas importações não será determinado pela local onde ocorreu o ato físico do desembaraço aduaneiro, mas no Estado ou Distrito Federal, onde se promoveu o ingresso do bem ou da mercadoria importado no país¹⁵. É o entendimento firmado por nossa Suprema Corte:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEITO ATIVO. ESTADO ONDE ESTIVER SITUADO O DESTINATÁRIO JURÍDICO DA MERCADORIA. IRRELEVANTE O LOCAL DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. CRÉDITOS REGISTRADOS PELA RECORRENTE. GLOSA EFETUADA PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SÚMULA 279/STF.

1. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o sujeito ativo da relação jurídico-tributária do ICMS-importação é o Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria, pouco importando se o desembaraço aduaneiro ocorreu por meio de ente federativo diverso. (Supremo Tribunal Federal. RE. 460.118-AgR-segundo/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje de 10/03/2014)¹⁶

Por fim, com relação ao critério quantitativo do prescriptor normativo do ICMS nas importações, é importante esclarecer que a base de cálculo do referido tributo será o custo da importação, o qual deve ser compreendido, nas palavras de Hugo de Brito Machado, como “o valor da mercadoria ou bem, constante dos documentos de importação, convertido em moeda nacional pela mesma taxa de câmbio utilizada para o cálculo do imposto de importação”¹⁷.

Realizado o estudo acerca do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, no qual se investigou os seus principais contornos, passa-se, a seguir, a análise da figura do *leasing* (arrendamento mercantil) em nosso ordenamento jurídico pátrio, a qual será

¹⁴ Ibidem, 607.

¹⁵ MELO, José Eduardo Soares de. A importação no direito tributário: impostos, taxas, contribuições. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 121.

¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE. 460.118-AgR-segundo/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje de 10/03/2014.

¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos fundamentais do ICMS. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 71.

fundamental para a compreensão do objeto de estudo do presente trabalho, a saber, a possibilidade de incidência do ICMS nas importações operadas através do contrato de *leasing*.

3 LEASING – ARRENDAMENTO MERCANTIL

3.1. Origem, Conceito e Natureza Jurídica de *Leasing*

Para grande parte da doutrina, o *leasing*, também denominado de arrendamento mercantil, possui raízes históricas na Antiguidade. Contudo, aponta-se o seu surgimento na década de 1920, nos Estados Unidos, onde empresas se dedicavam ao *renting*, modalidade de locação na qual havia obrigação de prestar assistência técnica e manutenção por conta do locador, sem opção de compra¹⁸.

Esta experiência americana foi fundamental para o surgimento do *leasing* clássico, o qual se difundiu posteriormente por diversos países, tais como Inglaterra (*hire purchase*), França (*crédit-bail*, *location financement*, *location de exploitation* e *location operationelle*), Itália (*prestito locativo*, *finanziamento di locazione* e *locazione finanziaria*), Bélgica (*location financement*) e Alemanha (*Leasing-Verträge*)¹⁹.

No Brasil, o *leasing* foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio sob a denominação de arrendamento mercantil pela Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, com regulamentação pela Resolução nº 351/75, do Banco Central. O referido dispositivo legal, em seu artigo 1º, parágrafo único, modificado pela Lei nº 7.132/83, dispõe a conceituação desta modalidade contratual, *in verbis*:

Art. 1º – O tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil reger-se-á pelas disposições desta Lei.

Parágrafo único – Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.²⁰

De acordo com Arnaldo Rizzardo, o *leasing* pode ser compreendido como “um contrato de natureza econômica e financeira, pela qual uma empresa cede em locação a

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.521.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1456.

²⁰ BRASIL. Lei n.º 6.099/74. Brasília, 1974.

outrem um bem móvel ou imóvel mediante o pagamento de determinado preço”²¹. Neste mesmo sentido Arnold Wald assim define o referido instituto:

Operação de locação de bens de equipamento, material de indústria ou bens imóveis de uso profissional, adquiridos especialmente para a locação por empresas que se tornam proprietárias, quando a operação, qualquer que seja o nome, dá ao locatário a faculdade de adquirir a totalidade ou parte dos bens alugados por um preço convencionado, que leve em conta, ao menos em parte, os aluguéis pagos.²²

No que tange a sua natureza jurídica, Irineu Mariani entende ser um instituto misto ou híbrido, “pois traduz, com fidelidade, o fenômeno ocorrente quando elementos de mais de um contrato se juntam para formar uma unidade indissolúvel e independente”²³. Neste mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo leciona:

No Leasing, a relação jurídica se inclui na categoria dos contratos mistos, considerando-se que as várias obrigações nele inseridas, características de diversos tipos contratuais, formam uma unidade indissolúvel, na qual a inexistência ou o descumprimento de apenas um dos elementos de tipos diferentes e que compõem o conjunto pode frustrar os resultados de toda a avença. Não há dois contratos. Ocorre, isto sim, o nascimento de uma nova figura, formada de princípios ou elementos de outros institutos, classificando-a na categoria de contrato misto.²⁴

Para Sílvio de Salvo Venosa, o *leasing* trata-se de um contrato bilateral, sinalagmático, oneroso, comutativo, por tempo determinado, de execução diferida e *intuitu personae*. Bilateral e sinalagmático, porque contém obrigações de ambos os contratantes; oneroso, porque demanda prestações correlatas de vantagem e sacrifício entre os sujeitos; consensual, porque não exige forma determinada; de execução diferida, porque oferece a tríplice escolha, ao final do contrato, do arrendatário adquirir o bem pelo valor residual previamente determinado, devolvê-lo ou renovar o contrato e; pessoal, porque a espécie possui contratantes específicos²⁵.

3.2. Modalidades de *Leasing*

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1457.

²² WALD, Arnaldo. Direito Civil: contratos em espécie. Saraiva. 2012, p. 396.

²³ MARIANI, Irineu. Contratos Empresariais: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.201.

²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.521.

De acordo com a doutrina pátria, o *leasing* se manifesta por meio de diversas modalidades, dentre as quais três destas espécies possuem destaque em nosso ordenamento jurídico, a saber, o *leasing* financeiro, o *leasing* operacional e o *lease-back*.

O *leasing* financeiro, *financial lease*, ou ainda, o *full payout lease*, que é o *leasing* propriamente dito, consiste em um contrato pelo qual o arrendante se obriga a entregar algum bem durável, móvel ou imóvel, mediante pagamentos periódicos, ao arrendatário, que poderá, ao final do prazo contratual, optar pela renovação ou extinção do vínculo e, ainda, pela compra do objeto segundo preço previamente definido e descontadas as parcelas pagas²⁶.

Esta modalidade de arrendamento mercantil encontra previsão no artigo 5º da Lei 6.099/74, com as alterações introduzidas pela Lei 7.132/83, o qual dispõe acerca dos requisitos para os contratos dirigidos por esta espécie contratual. Ademais, no artigo 5º da Resolução Bacen de nº 2.309/96, o arrendamento mercantil financeiro é assim definido, *in verbis*:

Art. 5º Considera-se arrendamento mercantil financeiro a modalidade em que:

I - as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos;

II - as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendatária;

III - o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado.²⁷

Por sua vez, o *leasing* operacional, também conhecido como *renting*, previsto no artigo 6º da Resolução Bacen de nº 2.309/96, com redação dada pela Resolução Bacen 2.465/98, expressa uma locação de instrumentos ou material, com cláusula de prestação de serviços, a qual estabelece a opção de compra e a possibilidade de rescisão a qualquer tempo, desde que manifestada esta intenção com antecedência mínima razoável²⁸.

No *leasing* operacional ocorre uma locação de bens com cláusula de prestação de serviço, uma vez que o arrendante é o próprio fabricante dos bens arrendados e presta assistência técnica ao arrendatário, tais como fornecer treinamento, reparar consertos e cuidar

²⁶ NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 3: contratos. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, p.577.

²⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 2.309/96.

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1143.

da manutenção periódica, além de assumir os riscos tecnológicos de obsolescência no mercado²⁹. Neste sentido Paulo Nader leciona:

Pela modalidade *do leasing* operacional, o arrendante coloca à disposição do arrendatário, para uso, mediante pagamentos periódicos e prazo fixo, determinado bem durável – máquinas, aparelhos, veículos –, obrigando-se a dar assistência técnica. A faculdade de compra, ao final do período, não é essencial à espécie, nem presumível, podendo ou não figurar em cláusula contratual. Não obstante a relação se subordine às normas de locação, os aspectos ligados à assistência técnica são regidos pelas normas do contrato de prestação de serviços.³⁰

Importa frisar que, embora o artigo 2º da Lei nº 6.099/74 afaste de sua previsão o *leasing* operacional, a sua prática não está proibida. Isto porque, segundo Arnaldo Rizzardo, apenas não se concedem favores fiscais e deduções a quem pratica tal espécie contratual³¹. Esta modalidade de *leasing* encontra previsão normativa no artigo 6º da Resolução Bacen de nº 2.309/96, com redação dada pela Resolução Bacen 2.465/98, que assim o define, *in verbis*:

Art. 6º Considera-se arrendamento mercantil operacional a modalidade em que:

I - as contraprestações a serem pagas pela arrendatária contemplem o custo de arrendamento do bem e os serviços inerentes a sua colocação à disposição da arrendatária, não podendo o valor presente dos pagamentos ultrapassar 90% (noventa por cento) do custo do bem;

II - o prazo contratual seja inferior a 75% (setenta e cinco por cento) do prazo de vida útil econômica do bem;

III - o preço para o exercício da opção de compra seja o valor de mercado do bem arrendado;

IV - não haja previsão de pagamento de valor residual garantido.

§ 1º As operações de que trata este artigo são privativas dos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e das sociedades de arrendamento mercantil.

§ 2º No cálculo do valor presente dos pagamentos deverá ser utilizada taxa equivalente aos encargos financeiros constantes do contrato.

§ 3º A manutenção, a assistência técnica e os serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado podem ser de responsabilidade da arrendadora ou da arrendatária.³²

²⁹ FAZZIO, Waldo. Manual de Direito Comercial. 17ª ed. São Paulo, Atlas, 2016, p.467.

³⁰ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.616.

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1462.

³² BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 2.309/96.

Por fim, o *lease-back*, ou *sale and lease back*, ou *leasing* de retorno, consiste na modalidade utilizada quando uma empresa, necessitando capital de giro, aliena um bem a uma instituição financeira (venda – “*sale*”) e esta arrenda tal bem à mesma empresa (arrendamento de retorno – “*lease back*”)³³.

A referida modalidade de *leasing* encontra disciplina normativa no artigo 9º da Lei nº 6.099/74, com alteração da Lei nº 7.132/83, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 9º. As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas, mediante quaisquer das relações previstas no art. 2º desta Lei, poderão também ser realizadas por instituições financeiras expressamente autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional, que estabelecerá as condições para a realização das operações previstas neste artigo.

Parágrafo único - Nos casos deste artigo, o prejuízo decorrente da venda do bem não será dedutível na determinação do lucro real³⁴.

Importante frisar que, de acordo com o artigo 13 da Resolução Bacen nº 2.309, o arrendamento mercantil nesta espécie contratual será sempre financeiro. Ademais, o referido dispositivo estabelece em seu parágrafo 1º, que apenas pessoas jurídicas poderão figurar na qualidade de partes nesta espécie contratual e, em seu parágrafo 2º, quais são as entidades bancárias autorizadas a atuar nesta modalidade de *leasing*³⁵.

4 A INCIDÊNCIA DO ICMS NA OPERAÇÃO DE LEASING INTERNACIONAL

Até os dias atuais, a possibilidade ou não da incidência do ICMS nas importações realizadas através da operação de *leasing* comporta controvérsias. A problemática, a qual gira em torno do questionamento acerca da necessidade de transferência de domínio da mercadoria ou bem importado para a incidência do ICMS nas importações, foi durante anos objeto de acalorados debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Conforme foi estudado, ao definir as hipóteses de incidência do ICMS, no artigo 155, II da Constituição Federal, o legislador ordinário buscou delimitar o aspecto material da hipótese tributária do referido imposto, qual seja, a realização de operação relativa à circulação de mercadoria e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que esta tenha se iniciado no exterior.

³³ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 11ª ed.. Salvador: JusPodivm, 2017, p.720.

³⁴ BRASIL. Lei n.º 6.099/74. Brasília, 1974.

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1468.

Ao tratar do ICMS na importação, a Constituição Federal, em sua redação original, estabelecia em seu artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, que o ICMS nas importações poderia incidir “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior”³⁶.

Contudo, com o advento Emenda Constitucional nº 33/2001, o qual alterou a redação do parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, do artigo 155 da Constituição Federal, o ICM nas importações passou a incidir “sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade”.

Portanto, a partir da promulgação da Emenda nº 33/2001, a incidência do ICMS nas operações de importação, deixou de restringir-se aos negócios jurídicos realizados com habitualidade no âmbito empresarial, cuja atividade implicasse na circulação de mercadorias, e passou a alcançar toda e qualquer operação de importação. Neste mesmo sentido leciona Leandro Paulsen:

A nova redação da alínea ‘a’ ampliou a base econômica do ICMS na importação. Agora, alcança não apenas a entrada de mercadoria mas também de bem. Assim, tem-se que passou a abranger todo e qualquer produto importado do exterior. Ficou claro que qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser contribuinte do ICMS na importação, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, ou seja, mesmo que não seja voltada à atividade industrial ou comercial.³⁷

No entanto, tal alteração normativa acabou por ensejar uma aparente antinomia entre o artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal e o inciso II do mesmo dispositivo legal, uma vez que a Emenda nº 33/2001 determina a incidência do ICMS

³⁶ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

IX – incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço;

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

³⁷ PAULSEN, Leandro. Constituição e Código Tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência. 18ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 360.

sobre a importação independente da ocorrência da circulação econômica da mercadoria, ou seja, independente da transferência de titularidade do produto importado.

Assim, os Estados e o Distrito Federal estariam autorizados a realizar a cobrança do ICMS sobre a importação de bens e mercadorias realizada por determinada pessoa, seja esta física ou jurídica, ainda que contribuinte não habitual do tributo, mesmo que sem a transferência de titularidade do produto importado, como ocorre no caso do arrendamento mercantil (*leasing*).

Ocorre que, nas operações de arrendamento mercantil não há circulação de bens ou de mercadorias, pois nesta espécie contratual não há a transferência do domínio do bem adquirido, o que, em tese, afastaria a incidência do ICMS nas importações realizadas através de *leasing*. Neste contexto, a cobrança do referido tributo sobre as operações de arrendamento mercantil revela-se inconstitucional, uma vez que viola a regra-matriz de incidência do ICMS.

Neste mesmo norte, o professor Roque Antonio Carrazza brilhantemente leciona que o ICMS não incide sobre a importação realizada através de arrendamento mercantil, uma vez que nesta modalidade contratual não há a transferência de titularidade do bem ou mercadoria importado, assim como porque ao tributar somente o arrendamento mercantil operado no exterior estaria ferindo-se o princípio constitucional da isonomia:

Note-se, ademais, que a expressão “qualquer que seja sua finalidade” absolutamente não pode ser interpretada no sentido de caber ICMS no arrendamento mercantil, na entrada de bem ou mercadoria importada do exterior por pessoa física (como também não cabe na entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa jurídica). É que, como veremos melhor infra (subitem 2.11.7), no arrendamento mercantil inexistente operação relativa à circulação de mercadorias. Sobremais, fere a isonomia tributar somente o arrendamento mercantil realizado no exterior (já que o realizado no país está fora do campo de incidência do ICMS).

(...) Reiteramos (v. supra, subitem 2.7.2) que, apesar da Emenda Constitucional 33/2001 “permitir” que o ICMS incida “sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja sua finalidade”, o arrendamento mercantil efetuado no exterior passa ao largo deste tributo, por não se encaixar em sua regra-matriz constitucional, originariamente traçada. Como se isso não bastasse, o próprio princípio da igualdade milita no sentido da não-incidência. De fato, seria antiisonômico tributar apenas o arrendamento mercantil efetuado no exterior.³⁸

³⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 17ª ed. São Paulo, Malheiros, 2015, p. 73 e 127.

Ademais, no que tange a redação disposta na segunda parte da referida norma jurídica, muitos doutrinadores compreendem que apesar da ressalva contida no artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 87/96 não haveria a possibilidade de incidência do ICMS nem mesmo diante do caso em que o arrendatário exerce a opção de compra do bem arrendado³⁹.

Dito isto, importa realizar a seguir uma breve análise dos principais precedentes dos Tribunais Superiores pátrios acerca da incidência do ICMS na importação operadas através de arrendamento mercantil, o qual será essencial para a completa compreensão da problemática investigada no presente trabalho.

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal filiou-se ao entendimento de que o ICMS incidiria sobre o *leasing* na importação ao considerar que bastaria a entrada do bem para haver a incidência do ICMS nas importações. Neste sentido, vejamos o acórdão do julgamento realizado pelo Plenário do STF, no Recurso Extraordinário nº 2016.069/SP, de relatoria da Ministra Ellen Gracie:

Recurso Extraordinário. Tributário. ICMS. Arrendamento Mercantil - "leasing". 1. De acordo com a Constituição de 1988, incide ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior. Desnecessária, portanto, a verificação da natureza jurídica do negócio internacional do qual decorre a importação, o qual não se encontra ao alcance do Fisco nacional. 2. O disposto no art. 3º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 87/96 aplica-se exclusivamente às operações internas de leasing. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 206069/SP, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ- 01-09-2006)

Conforme o entendimento consignado no voto da Ministra Ellen Gracie:

A Constituição Federal elegeu o elemento fático “entrada de mercadoria importada” como caracterizador da circulação jurídica da mercadoria ou do bem, e dispensou indagações acerca dos contornos do negócio jurídico realizado no exterior.

Veja-se que, a par de incidir sobre “operações relativas à circulação de mercadorias”, fez o Constituinte de 1988 constar do Texto Constitucional a expressa ressalva da incidência sobre “a entrada” do bem importado.

Assim, segundo o posicionamento inicialmente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, sedimentado no voto da Ministra Ellen Gracie, o ICMS deveria incidir sobre a entrada do bem ou da mercadoria importado, bastando para tanto apenas a entrada do bem ou

³⁹ HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e Tributário. 29ª ed. São Paulo : Atlas, 2020, n.p.

da mercadoria no território nacional, é dizer, independe da transferência de titularidade do produto importado do exterior.

Contudo, em um segundo momento, o STF acabou firmando entendimento em sentido contrário, ao decidir que a transferência de domínio do bem seria imprescindível para a incidência do ICMS, ou seja, a Corte Suprema compreendeu que a tributação estadual na importação apenas ocorreria diante da circulação jurídica da mercadoria. Vejamos o acórdão do julgamento realizado pelo Plenário do STF, no Recurso Extraordinário 461.968/SP, de relatoria do Ministro Eros Grau:

Recurso Extraordinário. ICMS. Não-incidência. Entrada de mercadoria Importada do Exterior. Art. 155, II, da CB Leasing de Aeronaves e/ou Peças ou Equipamentos de Aeronaves. Operação de Arrendamento Mercantil. 1. A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário. 2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto – diz o artigo 155, II, da Constituição do Brasil – é sobre ‘operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior’.3. Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado 362/621 pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas. 4. Recurso extraordinário de TAM – Linhas Aéreas S/A que se julga prejudicado.

(RE 461.968-7-SP – Plenário – Rel. Min. Eros Grau – julgado em 30/5/07 – DJU 1 24.08.07, p. 56)

Neste precedente, em que o Supremo Tribunal Federal analisou a incidência do ICMS sobre a importação de uma aeronave realizada através da operação de *leasing*, restou consignado no voto do Ministro Eros Grau que a correta compreensão do artigo 155, inciso XI, alínea “a”, parágrafo 2º, da Constituição Federal seria aquela no sentido de que o ICMS apenas incidiria sobre a entrada de bem e mercadoria importados, desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria. Senão vejamos:

10. O imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias.

11. Digo-o em outros termos: o inciso XI, alínea a, do § 2º do artigo 155 da Constituição do Brasil não instituiu um imposto sobre a entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica.

12. O que faz é simplesmente estabelecer que, desde que atinente a operação relativa a sua circulação, a entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior por pessoa física ou jurídica sofrerá a incidência do ICMS.

13. Daí porque o tributo não incide sobre a importação de aeronaves, equipamentos e peças mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing) a que respeita o recurso extraordinário.

Nego provimento ao recurso extraordinário do Estado de São Paulo, para julgar indevida a incidência do ICMS sobre a importação de equipamentos em virtude de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea nacionais, de aeronaves por ela construídas e julgo prejudicado o recurso extraordinário da TAM – Linhas Aéreas S.A.⁴⁰

Apenas em 11 de setembro de 2014, após anos de insegurança jurídica, no julgamento do RE no 540.829/SP, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que não há incidência do ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional. Assim, em tese, encerrava-se definitivamente a controvérsia. Vejamos a ementa do referido acórdão a seguir:

Recurso extraordinário. Constitucional e Tributário. ICMS. Entrada de mercadoria importada do exterior. Art. 155, ii, CF/88. Operação de arrendamento mercantil internacional. Não-incidência. Recurso extraordinário a que se nega provimento. 1. O ICMS tem fundamento no artigo 155, II, da CF/88, e incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. 2. A alínea “a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, na redação da EC 33/2001, faz incidir o ICMS na entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, somente se de fato houver circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio (compra e venda). 3. Precedente: RE 461968, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2007, Dje 23/08/2007, onde restou assentado que o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias. 4. Deveras, não incide o ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando configurada a transferência da titularidade do bem. Consectariamente, se não houver aquisição de mercadoria, mas mera posse decorrente do arrendamento, não se pode cogitar de circulação econômica. 5. In casu, nos termos do acórdão recorrido, o

⁴⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 4619687/SP, Relator (a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 30/5/07, DJ 24-08-07.

contrato de arrendamento mercantil internacional trata de bem suscetível de devolução, sem opção de compra. 6. Os conceitos de direito privado não podem ser desnaturados pelo direito tributário, na forma do art. 110 do CTN, à luz da interpretação conjunta do art. 146, III, combinado com o art. 155, inciso II e § 2º, IX, “a”, da CF/88. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 540829, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014)

Não obstante os supracitados posicionamentos dos Tribunais Pátrios, esta polêmica questão ainda não foi superada, uma vez que tramita no Senado Federal o projeto de Emenda Constitucional nº 107/2015, já aprovado pela Câmara dos Deputados, visando modificar o entendimento firmado pela Corte Suprema.

A referida proposta de emenda propõe a alteração ao dispositivo constitucional 155, § 2º, IX, a da CRFB/88 para dispor que incide o ICMS sobre a entrada de bem proveniente do exterior, ainda que relativa à operação de arrendamento mercantil com ou sem possibilidade de transferência ulterior de propriedade⁴¹.

Em que pese tal retrocesso legislativo, a doutrina majoritária e o Supremo Tribunal Federal continuam convergindo no entendimento de que não incide o Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação nas importações realizadas através da operação de *leasing*.

Diante de todo o exposto, o presente trabalho sustenta o reexame do conceito do fato gerador do ICMS, através da adoção da interpretação sistemática da redação do dispositivo contido alínea “a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, com redação da EC 33/2001, a fim de se reconhecer que o ICMS não incide sobre as importações operadas mediante *leasing*, uma vez que nesta espécie de operação não ocorre a efetiva transferência do domínio da mercadoria ou do bem importado.

⁴¹ BRASÍLIA. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 107/2015. Altera a alínea "a" do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para dispor que incide o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação na entrada de bem proveniente do exterior, ainda que a importação seja relativa à operação de arrendamento mercantil com ou sem possibilidade de transferência ulterior de propriedade.

5 CONCLUSÃO

De todo o exposto, é possível chegar as seguintes conclusões no que se refere a possibilidade de incidência do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS nas importações realizadas através da operação de *leasing*:

a) O ICMS na importação foi introduzido pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional nº 23/83, também chamada de Emenda Passos Porto. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ICMS na importação passou a ser disciplinado no artigo 155, § 2º, IX, a, com as alterações advindas da Emenda nº 33/2001, o qual delega aos Estados e Distrito Federal a competência para a instituição do referido imposto;

b) A partir da promulgação da Emenda nº 33/2001, a incidência do ICMS nas operações de importação, deixou de restringir-se aos negócios jurídicos realizados com habitualidade no âmbito empresarial, cuja atividade implicasse na circulação de mercadorias, e passou a alcançar toda e qualquer operação de importação;

c) No entanto, tal alteração normativa acabou por ensejar uma aparente antinomia entre o artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal e o inciso II do mesmo dispositivo legal, uma vez que a Emenda nº33/2001 determina a incidência do ICMS sobre a importação independente da ocorrência da circulação econômica da mercadoria, ou seja, independente da transferência de titularidade do produto importado, como ocorre no caso do arrendamento mercantil (*leasing*);

d) Ocorre que, nas operações de arrendamento mercantil não há circulação de bens ou de mercadorias, pois que nesta espécie contratual não há a transferência do domínio do bem adquirido, o que em tese, afastaria a incidência do ICMS nas importações realizadas através de *leasing*. Neste contexto, a cobrança do referido tributo sobre as operações de arrendamento mercantil seria inconstitucional, uma vez que viola a regra-matriz de incidência do ICMS;

e) Conclui-se, através da adoção da interpretação sistemática da redação do dispositivo contido alínea “a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, com redação da EC 33/2001, que o ICMS não incide sobre as importações operadas mediante *leasing*, uma vez que nesta espécie contratual não ocorre a efetiva transferência do domínio da mercadoria ou do bem importado.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 17ª ed. São Paulo, Malheiros, 2015.
- FAZZIO, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 17ª ed. São Paulo, Atlas, 2016.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e Tributário**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos fundamentais do ICMS**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1997.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 10ª ed. São Paulo, Malheiros, 2018.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Leasing**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- MELO, José Eduardo Soares de. **A importação no direito tributário: impostos, taxas, contribuições**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1996.
- MENDONÇA, Christine. **O Leasing na Importação e o ICMS**. In: CAMPILONGO, Paulo Antonio Fernandes. **ICMS: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 3: contratos. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018.
- PAULSEN, Leandro. **Constituição e Código Tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência**. 18 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Leasing - Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SALOMÃO, Marcelo Viana. **ICMS na Importação**. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2001.
- SILVA, Rafael Brum. **O ICMS na importação mediante arrendamento mercantil**. Revista Direito GV. São Paulo. Jul-Dez 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 17ª ed. São Paulo, Atlas, 2017.
- WALD. Arnaldo. **Direito Civil: contratos em espécie**. Saraiva. 2012.

A INTERCONSTITUCIONALIDADE E O DIREITO À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO PELA ORIENTAÇÃO SEXUAL NO “CASO ATALA RIFFO E CRIANÇAS VERSUS CHILE”

Ana Clara Cunha Daltro*

RESUMO: O artigo pretende tratar do direito à proibição de discriminação pela orientação sexual, com base na análise crítica do “*Caso Atala Riffo e crianças versus Chile*”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Bem como, compreender como a Interconstitucionalidade foi utilizada pela Corte no referido caso e sua importância na evolução de questões relacionadas a temas como a homoafetividade e a não discriminação pela orientação sexual.

PALAVRAS-CHAVE: Interconstitucionalidade. Proibição de discriminação. Orientação sexual.

ABSTRACT: The article intends to address the right to prohibit discrimination based on sexual orientation, based on a critical analysis of the “*Case Atala Riffo and children versus Chile*”, judged by the Inter-American Court of Human Rights. As well as, understand how Inter Constitutionality was used by the Court in this case and its importance in the evolution of issues related to issues such as homo-affection and non-discrimination due to sexual orientation.

KEYWORDS: Inter Constitutionality. Prohibition of discrimination. Sexual orientation.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Interconstitucionalidade; 3 Interconstitucionalidade na América Latina; 4 Princípio da proibição de discriminação pela orientação sexual; 5 O direito à proibição de discriminação pela orientação sexual no “*Caso Atala Riffo e Crianças Versus Chile*”; 5.1 Breve relato dos fatos; 5.2 O direito à proibição de discriminação pela orientação sexual; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A globalização e as suas consequências, como os avanços científicos e tecnológicos, o corporativismo, o intenso aumento da onda migratória, a pluralidade cultural, as transformações econômicas, o desmatamento e o crescimento do buraco na camada de ozônio, os conflitos armados e o aumento da necessidade por parte dos Estados de se integrar regionalmente em territórios transnacionais e supranacionais, fez nascer uma crise no antigo conceito de Constituição. Onde os textos legais internos de cada Estado tornaram-se

* Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade do Minho. E-mail: aclaradaltr@gmail.com

insuficientes para comportar e tratar de todas as mudanças que vinham acontecendo, deixando, assim, evidente a ausência de respostas para as novas perguntas que estavam aparecendo. Desta forma, tornou-se fundamental pensar em novas e diferentes leituras acerca dos sistemas jurídicos existentes, assim como sobre os fenômenos de compartilhamento constitucional, ou seja, os diálogos entre as diferentes Constituições internas de cada Estado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que as transformações econômicas, políticas, tecnológicas, culturais e sociais, bem como a ampliação da comunicação de experiências a nível global, acarretaram numa evolução positiva no que diz respeito aos Direitos Humanos, especialmente, na seara dos Direitos da Personalidade, ou seja, aqueles direitos inerentes ao sujeito. Cabe mencionar que, de acordo com o Código Civil brasileiro (2002), os Direitos da Personalidade são, em regra, intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer qualquer tipo de limitação voluntária. Os referidos direitos ganham força internacional e universal através da redação oferecida pelo artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), uma vez que esta proíbe a interferência na vida privada, na família, no lar e nas correspondências dos indivíduos, bem como repudia ataques à sua honra e reputação.

Portanto, observa-se que é neste ambiente complexo de múltiplas relações que o Direito Constitucional e as Constituições de cada Estado, passam por um processo de transformação, com novos desafios e preocupações que ultrapassam as fronteiras estaduais. Diante deste novo panorama social, político e econômico, surge a Teoria da Interconstitucionalidade, a fim de regulamentar e promover o diálogo entre as diversas Constituições existentes e entre os inúmeros poderes constituintes, no mesmo território político e no mesmo espaço de tempo.

Cabe mencionar que a Teoria da Interconstitucionalidade teve seu início no Continente Europeu, mais especificamente em Portugal, dada a sua fraqueza política e econômica diante dos outros países da União Europeia. Entretanto, nota-se que a referida Teoria não limitou-se territorialmente, sendo aplicada também nos Estados da América Latina, através do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na tentativa de suprir as lacunas existentes nas discussões de temas como a discriminação pela orientação sexual.

Diante do exposto, tendo em vista a Teoria da Interconstitucionalidade, o presente artigo compromete-se a realizar uma breve análise acerca do Direito à Proibição de Discriminação pela Orientação Sexual, com base no debate realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no “Caso Atala Rizzo e crianças versus Chile”, de 24 de fevereiro de 2012.

No primeiro tópico será realizado um breve estudo acerca da definição e do surgimento da Interconstitucionalidade no Continente Europeu, a fim de entender a sua importância para as transformações do mundo moderno e, por consequência, no cenário jurídico-constitucional dos Estados, na tentativa de compreender que a Interconstitucionalidade apresenta-se como uma resposta possível ao debate de alguns temas que foram esquecidos ou negligenciados nas Constituições dos seus Estados.

Posteriormente, o segundo tópico tratará da Interconstitucionalidade na América Latina, com base no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e na Convenção dos Estados Americanos. Cabe ressaltar que os Estados latino-americanos encontram-se inseridos na Organização dos Estados Americanos (organização internacional comum) e possuem dois órgãos responsáveis por inspecionar, aplicar e executar as suas recomendações, são eles: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Após conhecer um pouco sobre a Teoria da Interconstitucionalidade, a fim de adentrar mais no objetivo de artigo, pretende-se elucidar algumas questões acerca do princípio da proibição da discriminação pela orientação sexual. Nesse sentido, inicialmente cabe mencionar que a definição do termo “orientação sexual” encontra-se em uma constante evolução, uma vez que os doutrinadores ainda não possuem uma ideia totalmente esclarecida sobre o assunto. Entretanto, nota-se o importante progresso realizado pelas legislações internacionais sobre o tema, uma vez que a proibição à discriminação encontra respaldo tanto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem quanto na Convenção Americana.

A proibição de discriminação pela orientação sexual não encontra-se, de forma expressa, nas legislações internacionais, tanto do sistema jurídico europeu quanto do sistema jurídico latino-americano. Portanto, pode-se deduzir que a discussão acerca do tema visa analisar a evolução interpretativa realizada pelos órgãos judiciais internacionais competentes. Neste sentido, o tópico quatro irá demonstrar a importância do “Caso Atala Riffo e crianças versus Chile”, de 2012, para a construção e ampliação do entendimento oferecido à norma. Inicialmente, será realizado um breve relato do caso concreto e, por fim, pretende-se realizar uma análise da decisão da Corte Interamericana acerca do direito à igualdade e à proibição da discriminação.

2 INTERCONSTITUCIONALIDADE

A Teoria da Interconstitucionalidade, admiravelmente estudada e discutida pelo jurista português Gomes Canotilho em sua obra “Brançosos e interconstitucionalidade”, de 2006, foi, inicialmente, tratada pelo doutrinador, de mesma nacionalidade, Francisco Lucas Pires, em seu livro “Introdução ao Direito Europeu”, de 1998, quando o mesmo mencionou a possibilidade de reconstrução do constitucionalismo com base no pluralismo de fontes constitucionais europeias e nacionais (SILVEIRA, 2017). De acordo com Lucas Pires, o Direito Comunitário apresenta-se como um novo Direito Constitucional. Entretanto, o referido autor menciona, também, a existência de obstáculos para a aceitação integral de sua tese, como a falta de legitimidade democrática e a autonomia institucional. Nesse sentido, Lucas Pires afirma que a inexistência de um povo próprio dos estados supranacionais constitui um grande problema, o que pode ser explicado com base em uma análise da própria experiência européia, uma vez que um dos motivos da recusa por uma Constituição Europeia encontra-se fundamentada na inexistência de um poder constituinte, e este só é possível em um povo que se assuma como comunidade, vontade esta que deve ser expressa através do sufrágio universal (BOLZAN, 2015).

Diante do exposto, nota-se que a Teoria da Interconstitucionalidade ganhou maior destaque no final dos anos 90, entretanto é correto afirmar que esta teoria não é uma ideia inovadora, uma vez que a mesma pode ser observada no ordenamento jurídico medieval, bem como na elaboração de textos constitucionais anteriores à esta época, como a própria Constituição Federal Brasileira de 1988 (BARREIROS, 2017). No período medieval é possível notar a existência de uma relação pacífica entre distintas ordens jurídicas no mesmo território e simultaneamente. Quanto à Constituição brasileira, por se tratar de um Estado composto, observa-se a presença de determinados princípios que facilitam na tratativa do tema, como o princípio da sobreposição de ordens jurídicas, o princípio da autonomia das unidades integrantes e o princípio da participação no poder central (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Nesse sentido faz-se importante mencionar que o princípio da sobreposição de ordens jurídicas trata da hierarquia existente entre a ordem constitucional e a ordem infraconstitucional. Já o princípio da autonomia das unidades integrantes pode ser enxergada na possibilidade que os Estados têm de elaborarem e firmarem as suas próprias Constituições internas. E, por fim, o princípio da participação no poder central pode ser representado através

de duas premissas fundamentais, onde a primeira delas trata do poder de delegação de poder do poder central na direção dos periféricos (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

O movimento interconstitucional pôde ser mais fortemente notado, a princípio, em Portugal, uma vez que o referido Estado apresentava uma fragilidade econômica e política, fazendo crescer a sua busca por um certo equilíbrio diante dos demais países da União Europeia. Igualdade esta que só poderia ser alcançada através da modulação do sistema jurídico vigente (BARREIROS, 2017). Pode-se afirmar que a doutrina portuguesa criou a Teoria da Interconstitucionalidade para combater o problema de articulação entre as legislações constitucionais das mais diversas fontes e da afirmação dos poderes constituintes dos vários Estados da União Europeia. Nesse sentido, pode-se afirmar que a referida Teoria apresenta-se como um instrumento de auxílio para a captação do fenômeno da pluralidade de fontes legais e das tentativas judiciais de ajustá-las neste novo contexto jurídico-constitucional distinto e sem hierarquia estruturada (SILVEIRA, 2015).

Cabe ressaltar que se o referido problema ocorresse a nível estadual, ele poderia ser facilmente resolvido através da noção hierárquica, mas em âmbito “multinível” (chamada, também, de “em rede”), como a União Europeia, seria impossível a aplicação desta solução, uma vez que a hierarquia mostra-se ineficaz (SILVEIRA, 2015).

Portanto, observa-se que a Teoria da Interconstitucionalidade surge como uma possível resposta para os problemas iniciados com os avanços globais, principalmente na seara jurídica, uma vez que tornou-se possível a análise e a comunicação entre Constituições e os poderes constituintes de cada Estado. Nesse sentido, faz-se necessário examinar com mais cuidado a concepção da referida Teoria.

Em primeira análise, pode-se afirmar que a Teoria da Interconstitucionalidade estuda as relações interconstitucionais de concorrência, justaposição, convergência, além do conflito existente entre os vários textos constitucionais espalhados pelo mundo e entre os inúmeros poderes constituintes. A relação de concorrência ocorre quando for possível enxergar uma concomitância, simultaneidade e convivência entre as diferentes ordens jurídicas. A justaposição pode ser observada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em determinados casos, quando este se sobrepõe ao ordenamento interno de seus Estados-membros. E, por fim, a convergência, que seria a existência de pontos de afinidade, identidade, concordância e harmonia nas Constituições de cada Estado, apesar das suas particularidades, uma vez que estes tutelam determinados direitos com mais vigor do que outros (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Portanto, pode-se concluir que a mencionada Teoria possui como fundamento principal e basilar a relação entre as diversas legislações constitucionais existentes em um mesmo espaço político e durante a mesma época, ou seja, a existência da pluralidade de fontes constitucionais.

Para se entender melhor sobre o movimento da Interconstitucionalidade, deve-se compreender que as Constituições próprias de cada Estado não encontram-se fadadas ao desaparecimento, elas, sim, irão sofrer algumas transformações ao serem introduzidas na seara da interconstitucionalidade. Pois, apesar do Estado dever “obediência” às regras e normas internacionais, eles não são obrigados a se afastarem da sua herança cultural e política. Nesta vertente, alguns doutrinadores reconhecem que as Constituições podem ser tratadas como um instrumento cultural, pois não encontram-se voltadas exclusivamente aos juristas, tampouco tratam-se de um simples texto legal, mas sim de uma manifestação da situação cultural vivenciada e um mecanismo de autorrepresentação do povo (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Nesse sentido, entende-se que a Teoria da Interconstitucionalidade não possui como objetivo a criação de um novo constitucionalismo, mas pretende adequar e facilitar a existência conjunta das várias e distintas Constituições, uma vez que não deseja criar um novo Direito Constitucional com base nas mudanças geradas pelo desenvolvimento e avanço da sociedade pós-moderna (COELHO, 2017).

Diante do exposto, pode-se afirmar que a interconstitucionalidade possibilita a manutenção da identidade cultural e política do Estado, mas, também, que as Constituições não atuarão de forma isolada. Cabendo afirmar, assim, que o interconstitucionalismo não se trata de um fenômeno de aplicabilidade exclusiva do ordenamento jurídico europeu, mas sim do sistema jurídico global (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Inicialmente, o objeto de estudo da Teoria da Interconstitucionalidade foi especialmente proporcionado pelos riscos de conflito e disputas acerca da última instância decisória das questões judiciais no âmbito do território da União Europeia, ou seja, possíveis riscos de conflitos entre o Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede em Luxemburgo, e os tribunais constitucionais dos Estados-membros. Entretanto, atualmente, esta teoria passou a ganhar mais espaço e tratar de novas questões importantes, que contribuem para a noção da identidade do novo constitucionalismo europeu e, também, na modernização da teoria do constitucionalismo geral (SILVEIRA, 2015).

A Teoria da Interconstitucionalidade enfrenta uma série de obstáculos, dentre eles o da harmonização entre as distintas Constituições e da confirmação de poderes constituintes com origens e legitimidade diferentes. Entretanto, pode-se afirmar que o interconstitucionalismo apresenta-se como melhor alternativa diante deste novo cenário mundial, onde as decisões dos Estados possuem cada vez mais peso e efeitos extraterritoriais, graças às interdependências globais. E, por consequência, aumenta o número de pessoas que encontram-se vinculadas às decisões proferidas em relação aos titulares da demanda (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015). Desta forma, pode-se afirmar que a Interconstitucionalidade contribui para que as legislações constitucionais aumentem seu nível de efetividade e aplicabilidade, possibilitando, assim, a proteção de minorias que antes não eram alcançadas pela lei.

3 INTERCONSTITUCIONALIDADE NA AMÉRICA LATINA

Anteriormente, através da análise acerca do surgimento e do conceito da Teoria da Interconstitucionalidade, pôde-se observar como a referida Teoria influenciou na construção de um novo modelo de constitucionalismo, levando em conta a pluralidade de fontes legais internacionais. Nota-se que a Interconstitucionalidade teve início e papel fundamental no sistema jurídico-constitucional do Continente Europeu, entretanto, vale destacar como esta Teoria foi vista e implementada no território latino-americano, a fim de perceber sua influência na evolução dos temas relacionados aos Direitos Humanos, entre eles, a proibição de discriminação pela orientação sexual.

Inicialmente, cabe lembrar que a América Latina construiu sua história com base nas suas diversas identidades culturais, uma vez que os seus Estados tiveram diferentes colonizadores, como a Espanha e Portugal. Portanto, percebe-se que os Estados colonizados sofreram grande influência da cultura europeia dos seus colonizadores, situação diferente daquela vivenciada pela América Central, uma vez que esta assimilou com maior profundidade a cultura da América do Sul (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015). Portanto, nota-se que a América Latina é composta por Estados com culturas, costumes, valores, normas e regras distintas.

Vale mencionar, também, que muitos dos Estados latinos, como Brasil (1964), Argentina (1962) e Paraguai (1954), viveram um longo período em regime ditatorial, época esta conhecida por grandes violações às liberdades individuais e aos Direitos Humanos. Após o fim da Ditadura nestes territórios, notou-se um movimento constitucional dos Estados em se abrirem para um novo comunitarismo internacional, permitindo, assim, a elaboração e a

aprovação de Tratados Internacionais de integração entre os países (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015). Diante do exposto, torna-se evidente a presença da Teoria da Interconstitucionalidade no sistema jurídico-constitucional dos Estados da América Latina, fazendo-se necessário o estudo acerca das suas peculiaridades e das suas diferenças e semelhanças com aquele apresentado no Continente Europeu.

Cabe destacar que a Interconstitucionalidade apresentada na América Latina é distinta daquela vista no Continente Europeu, uma vez que a Europa encontra-se inserida na União Europeia, organização *sui generis*; enquanto a América Latina possui a Organização dos Estados Americanos (OEA), organização internacional comum. Em outros termos, enquanto a União Europeia impõe aos seus Estados-membros um sistema jurídico único, o mesmo não ocorre com a Organização dos Estados Americanos, que possui a Convenção Americana de Direitos Humanos e dois órgãos com responsabilidade de inspecionar, aplicar e fazer cumprir as suas determinações, sejam eles: a Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão consultivo) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (órgão autônomo) (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Nesse sentido, cabe mencionar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José, Costa Rica, é “uma instituição judiciária autônoma” que possui a finalidade de aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Composta por sete juízes, nacionais dos Estados-membros da OEA, ela possui função jurisdicional e consultiva (ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1979). Já a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, composta por sete membros, é um “órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos”, com a finalidade principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, além de atuar como órgão consultivo da Organização na referida matéria (REGULAMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013).

Como visto anteriormente, o sistema europeu e o latino-americano apresentam algumas similaridades e algumas diferenças. Dentre as distinções é possível mencionar que o sistema europeu possui um sistema jurídico único, já o sistema latino-americano não possui esta espécie de coesão e unificação, o que nota-se é apenas a presença de justaposição da ordem internacional sobre a origem interna. Percebe-se, ainda, que ao ingressar com uma ação no sistema europeu, o advogado de uma das partes pode invocar normas de outro ordenamento jurídico-constitucional de diferente Estado-membro, se esta for mais benéfica ao seu cliente; enquanto que na América Latina este tipo de aplicação de legislação

constitucional de país diverso só poderia ser realizada no âmbito do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Vale lembrar que em 1978, dos onze Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, menos da metade vivenciavam um regime democrático com representantes políticos eleitos pelo povo. Desta forma, notava-se uma certa dificuldade na atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na proteção dos Direitos Humanos nos territórios que não admitiam a presença da tríade Democracia - Estado de Direito - Direitos Humanos (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos e que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos sujeitam-se às regras contidas na mesma. Desta forma, submete-se à jurisdição da Corte e da Comissão Interamericana. Portanto, os Estados-membros e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos podem submeter decisões processuais para serem analisadas e julgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde que preencham os requisitos impostos pela OEA. Desta forma, de acordo com o artigo 61.2 da referida Convenção, “para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50”, ou seja, faz-se indispensável o esgotamento de todas as vias judiciais internas do Estado, devendo o caso estar transitado em julgado, sem qualquer possibilidade de recurso aos órgãos superiores do Estado-membro. Além disso, o processo deve tratar de temas que sejam objeto de tutela da Convenção, portanto, àqueles relacionados à matéria de direitos humanos, uma vez que esta é a competência da Comissão, de acordo com o artigo 34 da mesma (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Nota-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se assemelha ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no sentido de que esta realiza controle de convencionalidade entre as leis dos Estados-membros aplicadas no caso concreto e as normas contidas na Convenção, conforme artigo 62.3 da Convenção transcrito abaixo:

Artigo 62.3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Portanto, quando um Estado-membro ou quando a Comissão Interamericana encaminha algum caso, decisão judicial, para ser apreciada pela Corte, a Interconstitucionalidade pode ser aplicada. Uma vez que estes submetem-se à jurisdição da Corte, ela pode analisar o caso concreto através das legislações internas de outros Estados, sejam eles integrantes da OEA ou não (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Como dito anteriormente, a Teoria da Interconstitucionalidade estuda as relações de concorrência, convergência, justaposição, além do conflito existente entre os vários textos constitucionais espalhados pelo mundo e entre os inúmeros poderes constituintes. Esta definição foi utilizada para entender a referida Teoria no Continente Europeu, entretanto as modalidades mencionadas acima também podem ser observadas no território da América Latina.

Neste sentido, a concorrência na América Latina pode ser observada ao notar que a Organização dos Estados Americanos é composta por vários Estados com culturas e valores distintos e, por consequência, com ordem jurídica constitucional própria. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos também possui a sua ordem jurídica internacional própria. Desta forma, faz-se correto afirmar que elas coexistem e se inter-relacionam. A convergência, interpretada no sentido de harmonia e afinidade, encontra-se nos vários pontos de consonância das Constituições dos Estados, graças às semelhanças em suas histórias. Além disso, tais Constituição devem apresentar certa harmonia com a Convenção Americana dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Para falar da Interconstitucionalidade na América Latina cabe mencionar, também, a justaposição de ordens jurídicas apresentadas, uma vez que esta é notada pela simples concordância por parte dos Estados-membros pela jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ou seja, no momento em que o país aceita integrar o Sistema Interamericano, ele aceita sujeitar-se às suas normas. Desta forma, o regime jurídico interno do Estado deixa de ser a última instância, papel este que será desempenhado pelo ordenamento internacional. Entretanto, cabe mencionar que não é uma instância recursal, trata-se de uma justaposição entre as ordens jurídicas existentes, onde a ordem internacional se sobrepõe a interna (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Outro ponto em que pode ser constatada a presença da interconstitucionalidade no ordenamento latino-americano é a utilização, pela Corte, de jurisprudências de Estados diversos daqueles que estão em conflito, semelhante ao que ocorre no sistema europeu. Nota-se, ainda, a utilização por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos de

jurisprudências de Cortes de Direitos Humanos de outros Tribunais Regionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, a fim de fundamentar suas decisões (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015).

Conclui-se, portanto, que o sistema latino-americano vem avançando progressivamente no sentido de fortalecer a interconstitucionalidade no seu território, a fim de garantir uma maior proteção aos Direitos Humanos, na tentativa de englobar uma maior quantidade de indivíduos que encontram-se vivendo à margem da sociedade, mesmo que a aplicação e a efetivação da referida Teoria seja realizada de forma diferente daquela presenciada no sistema europeu.

4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO PELA ORIENTAÇÃO SEXUAL

A igualdade sempre apresentou-se como uma questão relevante na história da sociedade. O aperfeiçoamento de sua definição segue de acordo com os avanços da civilização ocidental. De acordo com o filósofo Aristóteles, a igualdade baseava-se na ideia de tratar os iguais de forma igualitária e os desiguais na medida das suas desigualdades, conceito este que ainda se mantém nos dias atuais. Com o passar do tempo, o conceito de igualdade ganhou novas ramificações e a igualdade jurídica dividiu-se em formal e material. Cabe observar que o princípio da igualdade adquiriu, também, uma vertente negativa, vista na proibição da discriminação (OLIVEIRA, 2012).

Portanto, ao lado do princípio fundamental da igualdade nota-se a presença do princípio da não discriminação, onde discriminar pode ser enxergado como distinguir coisas, pessoas e conceitos com base nas suas características elementares e em critérios bem delimitados. Portanto, discriminar é distinguir. O termo não possui sentido pejorativo, entretanto, ao longo da história, adquiriu um lado negativo. Desta forma, o tema ganhou relevância quando se trata da cláusula de igualdade, onde a discriminação só poderia existir em situações que a justificassem racionalmente (OLIVEIRA, 2012).

Um comportamento será considerado distintivo se for possível verificar a existência de um tratamento distinto em determinado aspecto crucial em um determinado momento. Ela pode ocorrer de duas formas diferentes, seja nos tratos distintos direcionados a duas pessoas ou grupos que possuam uma identidade relevante em alguma questão ou, na aplicação de um tratamento igualitário a dois indivíduos ou grupos que não possuam identidade em questões relevantes (OLIVEIRA, 2012).

As causas que justificam a existência de algum tipo de discriminação podem ser encontradas em alguns rols meramente exemplificativos nos diversos textos legais, e podem ser referentes à cor, ao sexo, ao estado civil, à raça, à religião e à orientação sexual, entre outras. Cabe ressaltar que algumas destas questões não encontram-se de forma expressa nas legislações internacionais, entretanto elas são consideradas com base nas diversas apreciações realizadas pelos órgãos julgadores, através de uma evolução interpretativa. Além disso, vale mencionar que os motivos das discriminações também podem variar, podendo ser identificados como preconceitos ou estereótipos (OLIVEIRA, 2012).

Nota-se que a “orientação sexual” apresenta-se como uma das causas que justificam a ocorrência de possíveis discriminações. Neste sentido, vale mencionar que a noção sobre “orientação sexual” ainda encontra-se em processo de construção, uma vez que a ciência não possui uma ideia esclarecida e firme sobre o tema. Entretanto, nos dias atuais, pode-se entender a “orientação sexual” de um indivíduo com base no gênero do seu parceiro sexual, ou seja, a preferência sexual e sentimental do sujeito em relação aos seus parceiros (ALVES; MOTA, 2015). Ela pode ser entendida como a identidade conferida a um indivíduo com base nos seus desejos e/ou comportamentos sexuais, direcionado a uma pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou a ambos os sexos (bisssexualidade).

Nesse sentido, diante da elucidação da expressão “orientação sexual” nota-se a importância de se discutir acerca das discriminações e da proteção dos indivíduos, de acordo com o princípio geral de não discriminação por orientação sexual como decorrência lógica e efetivação do princípio jurídico da igualdade.

Apesar do tema ainda encontrar algumas lacunas acerca da sua definição e delimitação, nota-se uma evolução das legislações mundiais no sentido de descriminalizar condutas e expressões LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexuais). Observa-se, também, um movimento no sentido de tutelar esta parcela da sociedade contra discriminações e comportamentos violentos motivados pela orientação sexual. Outra questão importante, considerada por muitos como um avanço nas legislações e um reconhecimento dos direitos inerentes a este grupo de indivíduos, constitui a legalização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

O princípio da proibição de discriminação pela orientação sexual encontra-se intimamente ligado a proteção da dignidade humana e a prevenção ao sofrimento humano, pilares fundamentais da luta dos direitos humanos. Neste sentido, os direitos humanos

desenvolveram um novo modelo de atuação na tentativa de se tornar mais eficiente na proteção das vítimas reais de comportamentos violentos e restrições de direitos e liberdades realizadas de forma injustificada e abusiva (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

Historicamente, as violações de direitos humanos encontravam respaldo na diversidade existente entre os indivíduos. A diferença atuava como meio de autorização para enxergar o outro como um sujeito inferior, sem dignidade e direitos. Neste sentido, cita-se a escravidão, o nazismo, a sexismo, a homofobia, a xenofobia, como importantes exemplos de violações de direitos humanos, com práticas de intolerância (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

Portanto, o medo causado pela diversidade justificou, na maioria dos casos, a violação de direitos fundamentais dos indivíduos. Desta forma, na tentativa de romper com tal posicionamento, nota-se um movimento dos Estados e dos seus sistemas judiciais na direção da tutela dos direitos dos indivíduos, independentemente das suas diferenças, sejam elas de cor, raça, sexo, religião, nacionalidade, orientação sexual, entre outras.

A proteção dos direitos relacionados à orientação sexual, na seara dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, encontra respaldo tanto no sistema europeu quanto no sistema interamericano, uma vez que ambos possuem, em seus textos legais, cláusulas que tratam sobre a igualdade e a proibição de discriminação, inclusive no que diz respeito à orientação sexual e a identidade de gênero (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

Os direitos à proibição de discriminação e à igualdade encontram-se intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana e são pilares para a tutela dos Direitos Humanos na seara nacional e internacional. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 14 disciplina acerca da proibição de discriminação ao afirmar que:

Artigo 14. Proibição de discriminação O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza o nascimento ou qualquer outra situação (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950).

A leitura do supramencionado artigo deixa claro uma evolução da legislação internacional, no sentido de tutelar os direitos dos indivíduos, independentemente das suas diferenças. Esta, apesar de não trazer expressamente em seu texto as distinções acerca da orientação sexual, deixa espaço para uma possível interpretação nesta direção.

No sistema judicial europeu pode-se notar uma grande acervo de jurisprudência que discute os direitos da diversidade sexual, iniciado com o combate à criminalização de comportamentos tidos como homossexuais, de forma consensual e entre indivíduos adultos, no final da década de 80. Com o passar do tempo, mais precisamente no final da década de 90, outras questões passaram a ser analisadas e discutidas pelo sistema europeu, como a discriminação com base na orientação sexual, o reconhecimento de direitos dos indivíduos transsexuais e o direito ao casamento (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

No âmbito do Sistema Interamericano, o direito à igualdade vincula-se a obrigação por parte dos Estados de respeitar e garantir os direitos mencionados na Convenção Americana de Direitos Humanos; enquanto que o direito à proibição de discriminação relaciona-se com a impossibilidade da proteção das legislações internas acontecer de forma desigual, conforme pode ser visto nos artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana transcritos abaixo:

Art. 1.1. Obrigação de respeitar os direitos.

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 (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Art. 24. Igualdade perante a lei.

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Apesar destes artigos não mencionarem, de forma expressa, a discriminação pela orientação sexual, nota-se a possibilidade clara de uma evolução interpretativa, que foi iniciada pela decisão da Corte Interamericana no “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*” (24 de fevereiro de 2012), no sentido de ampliar o entendimento da norma (FICO, 2017).

Vale mencionar que a Convenção Americana, semelhante ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, apesar de autorizar a suspensão de garantias e a restrição de direitos em casos excepcionais, como guerra, perigo público ou outra emergência, deixa claro em seu texto, que a referida suspensão não poderá, em nenhuma hipótese, resultar na discriminação

motivada pela raça, cor, idioma, sexo, origem social, religião, de acordo com o artigo 27 da referida Convenção (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

Nesta diapasão, de acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o princípio da não discriminação em conjunto com o princípio da igualdade perante a lei e a igual proteção da lei a todos os indivíduos, independentemente de suas diferenças, constitui um princípio basilar, fundamental e geral direcionado à proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017).

O “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*”, de 24 de fevereiro de 2012, foi o primeiro processo relacionado a violação dos direitos de diversidade sexual decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (RIBEIRO, J., 2017). Portanto, neste tópico, será analisado o entendimento da Corte sobre o direito à proibição de discriminação pela orientação sexual, bem como a presença do fenômeno da Interconstitucionalidade no referido Caso.

5.1 Breve relato dos fatos

O “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*” conhecido, posteriormente, como “*Caso Karen Atala*”, refere-se a um processo de custódia ou guarda encaminhado aos tribunais chilenos e que trata de temas ligados à proibição de discriminação pela "orientação sexual", uma vez que tem como base uma decisão judicial envolvendo uma relação homoafetiva desenvolvida por uma das partes no processo.

A Sra. Karen Atala era casada com o Sr. Ricardo Jaime López Allendes desde o ano de 1993. Juntos o casal teve três filhas, M., V. e R., nascidas em 1994, 1998 e 1999, respectivamente. Após nove anos de casados, em 2002, a Sra. Karen e o Sr. Ricardo, optaram por se divorciar e decidiram, de comum acordo, que a guarda das três filhas seria da progenitora (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Após o divórcio, a Sra. Karen envolveu-se amorosamente com outra pessoa e, em novembro de 2002, a mesma passou a dividir a casa onde morava com suas filhas, com a sua companheira afetiva, a Sra. Emma de Ramón (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Em 2003, o Sr. López ingressou com uma ação no Juizado de Menores de Villarrica requerendo a guarda e tutela de suas três filhas, menores de idade à época, alegando que o desenvolvimento físico e mental de suas filhas estava sendo colocado em perigo, uma vez que a orientação sexual e o relacionamento de sua ex-mulher com uma pessoa do mesmo sexo

poderia configurar uma má influência, podendo trazer consequências danosas para as menores. Afirmou, ainda, que a saúde das crianças estava sendo ameaçada, graças à convivência dessas com um casal lésbico, pois, segundo ele, elas estariam sendo expostas, de forma duradoura, a doenças sexuais, como AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome* ou, em português, Síndrome de Imunodeficiência Adquirida) e herpes (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Em sua defesa, a Sra. Karen manifestou extrema tristeza em ler tais acusações de seu ex-marido, afirmando que as alegações feitas eram preconceituosas, discriminatórias e, até mesmo, agressivas, fruto do seu desconhecimento do direito à identidade homossexual, da ignorância em relação aos fatos e do desrespeito ao melhor interesse das filhas. Ela afirmou, ainda, que sua identidade sexual não possuía qualquer relação com a sua capacidade de cuidar e zelar por suas filhas, uma vez que a legislação chilena não menciona como causa de “incapacidade parental” ter uma “opção sexual distinta” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

No mesmo ano, o pai das meninas, através de sua advogada, solicitou a guarda provisória das menores, antes que o processo chegasse ao fim. O Juizado de Menores de Villarrica concedeu a guarda ao pai e regulou as visitas da mãe, apesar de admitir que não havia razões para acreditar na incapacidade da mesma (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Posteriormente, a Juíza Substituta do supramencionado Juizado proferiu sentença negando a guarda ao pai, sob a afirmação de que a orientação sexual da Sra. Karen não possuía nenhuma relação com a sua capacidade de ser mãe, além de não existir, comprovadamente, nenhum risco à saúde das crianças. Sendo assim, afirma, de forma contundente, que a nova relação afetiva da Sra. Karen Atala não oferecia nenhum tipo de perigo às suas três filhas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Em 2004, o Sr. Ricardo recorreu da decisão perante à Corte Suprema do Chile, afirmando que os Juízes do Tribunal de Recursos de Temuco cometeram um grave erro. Em sua decisão, a Quarta Câmara concedeu a guarda definitiva das menores ao pai, afirmando, dentre outros motivos, que as meninas encontram-se em situação de risco, uma vez que o ambiente familiar vivido por elas era distinto daquele vivenciado por seus colegas de escola, o que poderia ocasionar um certo isolamento e, até mesmo, discriminação por parte das outras crianças, prejudicando, assim, o seu desenvolvimento pessoal. A decisão do magistrado orientou-se pela redação do artigo 225 do Código Civil chileno, afirmando existir uma “causa

qualificadora” que justificaria a entrega da guarda definitiva das crianças ao pai (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

O mencionado caso foi encaminhado à Corte Interamericana pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2010. A queixa foi apresentada contra o Estado chileno sob os argumentos de que o referido processo relaciona-se com a responsabilidade internacional do Estado pelo tratamento discriminatório e pela interferência na vida privada e familiar da senhora Karen Atala, por causa da sua orientação sexual, no processo judicial que resultou na perda da guarda de suas três filhas. Além de relacionar o caso à inobservância do melhor interesse das menores, cuja guarda e tutela foram decididos de acordo com ideias discriminatórias e preconceituosas. Alegações, estas, que foram duramente negadas pelo Estado chileno (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2012), o Chile foi declarado internacionalmente responsável pela violação do direito à igualdade e à não discriminação, mencionados nos artigos 24 e 1.1, ambos da Convenção Americana, em relação a Karen Atala; do direito à igualdade e à não discriminação, observados nos artigos 24, 19 e 1.1, todos da Convenção Americana, em prejuízo das crianças; do direito à privacidade, com fulcro nos artigos 11.2 e 1.1, ambos da Convenção Americana, em relação à Karen Atala; dos artigos 11.2 e 17.1 combinado com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana, em prejuízo de Karen Atala e de suas filhas; do direito de ser ouvido, com base nos artigos 8.1, 19 e 1.1 da Convenção Americana, em prejuízo de menores de idade; da garantia de equidade, presente nos artigos 8.1 e 1.1, da Convenção Americana, em relação ao processo disciplinar, em prejuízo de Karen Atala.

5.2 O Direito à Proibição de Discriminação pela Orientação Sexual

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (2012), em sua decisão, mencionou o caráter geral do artigo 1.1 da Convenção, onde seu conteúdo engloba todas as disposições trazidas no Tratado, cabendo aos Estados Partes respeitarem e garantirem o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades ali mencionados, sem que haja qualquer tipo de discriminação. Quanto à igualdade, do artigo 24 da Convenção, a Corte afirma que esta encontra-se intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível qualquer situação que leve ao tratamento de uma pessoa com privilégio ou com hostilidade injustificada.

Nesse sentido e com base no Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2005, referente a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, e no “*Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*”, o Tribunal determinou que os Estados devem se recusar a realizar ações que possam gerar, de maneira direta ou indireta, algum tipo de discriminação *de jure* ou de fato. Devendo, o Estado, promover ações no sentido de reverter possíveis medidas discriminatórias que possam existir no seu território (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Nota-se que o Estado chileno ao submeter-se a jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, possibilitou que suas decisões fossem avaliadas e julgadas com base em documentos legais internacionais, permitindo, assim, a presença da Interconstitucionalidade. Desta forma, a Corte Interamericana utilizou-se de decisões judiciais de outros Estados, como o Paraguai, para regulamentar a atuação dos Estados, a fim de coibir ações que possam gerar algum tipo de discriminação, seja ela de fato ou de direito.

Cabe mencionar, que a Convenção Americana e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não possuem definição exata e explícita do termo “discriminação”. Desta forma, a Corte utiliza-se dos conceitos mencionados no artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e o artigo 1.1 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, chegando a conclusão de que discriminação seria:

“Toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenha por objeto ou como resultado anular ou depreciar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Portanto, nota-se um movimento da Corte para ampliar e trazer um caráter geral para o termo “discriminação”, a fim de tutelar com mais segurança o maior número de indivíduos na sociedade, independentemente de suas distinções.

No que diz respeito à orientação sexual como categoria protegida pelo artigo 1.1 da Convenção Americana, apesar de o mesmo não mencionar de forma explícita a discriminação em relação à orientação sexual, a expressão “qualquer outra condição social” deve ser interpretada da forma mais favorável ao indivíduo, conforme as jurisprudências mencionadas

na decisão, como o Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas e o “*Caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*”. A fim de apoiar tal interpretação, a Corte faz referência ao 14 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que afirma:

Artigo 14. Proibição de discriminação.

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950).

Com base no texto da legislação supramencionada, pode-se notar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos enquadra a orientação sexual como uma “outra condição”, vetando, assim, qualquer tipo de tratamento discriminatório nessa direção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Portanto, levando em conta o artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas, a Corte Interamericana chega a conclusão que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias tuteladas pela Convenção. Portanto, a mesma repele qualquer tipo de ato discriminatório com base na orientação sexual da pessoa (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

6 CONCLUSÃO

Inicialmente, este artigo realizou um estudo acerca do fenômeno da interconstitucionalidade, que teve início no continente europeu, mais especificamente em Portugal, para, posteriormente, trazê-lo para vivência da América Latina. Neste sentido, o presente trabalho visa compreender como a Teoria da Interconstitucionalidade ajudou na construção de discussões sobre determinados temas que encontravam-se ignorados ou negligenciados pelas Constituições dos Estados. Nesta direção, menciona-se o princípio da proibição de discriminação pela orientação sexual.

Apesar da “orientação sexual” ser um tema bastante discutido atualmente, pode-se afirmar que o conceito da expressão ainda persiste em constante evolução, bem como a sua tratativa pelas legislações estaduais e internacionais. Desta forma, notava-se a existência de

uma lacuna sobre o tema tanto nos textos legais do continente europeu quanto no sistema latino-americano, demonstrando, assim, a grande importância da adesão da interconstitucionalidade neste momento.

Desta forma, o presente artigo demonstrou a relevância do “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*” para a construção e o entendimento do princípio da proibição de discriminação pela orientação sexual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma vez que trata-se da primeira vez que a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisa uma questão vinculada a uma família homoafetiva, em específico um casal formado por duas mulheres.

Neste sentido, pode-se afirmar que o “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*” representou um grande marco quando trata-se de temas ligados a homoafetividade, principalmente, quando refere-se ao direito à igualdade e à proibição de discriminação pela orientação sexual. Observa-se, através da análise da decisão da Corte, que o Tribunal utilizou-se desse caso para discutir acerca de inúmeros pontos sobre o tema, a fim de construir uma jurisprudência e um entendimento mais favorável à proteção dos indivíduos identificados como homossexuais nos Estados da América Latina.

Nota-se que para que a Corte pudesse chegar a uma conclusão ela utilizou como objeto de análise documentos legais internacionais, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; a Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero; entre outros. Além de observar jurisprudências de inúmeros Estados, sejam eles do Continente Americano ou não, como o “*Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*”, o “*Caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*”, “*Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*”, “*Caso Clift vs. Reino Unido*”, entre outros. Essa comunicação entre normas legais internacionais representa o primeiro exemplo de utilização da Interconstitucionalidade da Corte Interamericana no referido Caso.

Diante do exposto, nota-se que no “*Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não realizou diálogos apenas com as legislações constitucionais dos Estados-membros da OEA e que assinaram o Pacto de San José da Costa Rica, ela faz referência, também, à Corte Europeia de Direitos Humanos. (RIBEIRO, D.; ROMANCINI, 2015). Evidenciando, assim, a presença de diálogos não só com legislações de países vizinhos, como, também, de Estados mais distantes e com realidades sociais, políticas e

econômicas mais distintas, expressão máxima da aplicação da Teoria da Interconstitucionalidade.

Através desta decisão, a Corte afirma que a não discriminação pela orientação sexual ou pela identificação de gênero encontra-se tutelada pelo artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A referida conclusão foi extraída através de uma análise profunda, por parte dos membros da Corte Interamericana, da expressão “qualquer outra condição social”, mencionada no referido artigo. Portanto, nota-se que a Corte interpretou o artigo como uma norma de caráter geral, ou seja, uma cláusula aberta, onde deve-se considerar a questão da homoafetividade.

Observa-se, portanto, uma evolução no entendimento jurídico quanto aos sujeitos que devem ser tutelados pelas leis nacionais e internacionais, compreendendo, assim, que ao se falar em proteção da dignidade humana fala-se também e, por consequência, da tutela de todos os indivíduos, independentemente da sua orientação sexual ou identificação de gênero.

Nesse sentido, observa-se um movimento da Corte, com a utilização da Interconstitucionalidade, na tentativa de preencher possíveis lacunas deixadas pelos textos legais, como o estabelecimento de um conceito claro e explícito do termo “discriminação”, algo que não podia ser visto na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Conclui-se, portanto, que a Interconstitucionalidade foi de grande importância para a Corte Interamericana na decisão do referido caso, uma vez que colaborou com a evolução das normas legais internacionais em relação às questões ligadas a homoafetividade, tema que apesar de muito debatido pela sociedade, encontrava-se esquecido pelos textos legais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo; MOTA, Catarina. Identidade de Gênero e Orientação Sexual na Adolescência Natureza, Determinantes e Perturbações. **Revista Eletrônica de Educação e Psicologia**, nº 2, pp.45-61, 2015.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 03 mar. 2021.

BARREIROS, Maria da Conceição. **Os Direitos Humanos e a Teoria do Interconstitucionalismo na América Latina**. Rio de Janeiro, 2017 Disponível em:

<https://mariabartolo1.jusbrasil.com.br/artigos/524572054/os-direitos-humanos-e-a-teoria-do-interconstitucionalismo-na-america-latina>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 03 mar. 2021.

BOLZAN, Lucas. **Constitucionalismo multinível: paradigma Europeu e reflexos no Mercosul**. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/37181/constitucionalismo-multinivel-paradigma-europeu-e-reflexos-no-mercosul>. Acesso em 03 mar. 2021.

COELHO, Larissa Araújo. A teoria da constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo. *In: UNIO/CONPEDI E-book 2017. Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas*. Volume 1, pp. 245-246, 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 07 jan. 2020.

CORDEIRO, Laís. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a partir do Constitucionalismo Multinível, do Transconstitucionalismo e da Interconstitucionalidade: Desafios e Limites**. Goiânia/Goiás, 2015. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/5442/5/Dissertacao%20-%20Laís%20Vaz%20Cordeiro%20-%202015.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Sentença de 24 de Fevereiro de 2012 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em 29 dez. 2019.

CRUZ DE OLIVEIRA, Luciana Estevan. **Os princípios da igualdade e da não discriminação diante da autonomia privada: o problema das ações afirmativas**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 11 - n. 37, p. 141 - 168, Edição Especial, 2012 Disponível em <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-37-edicao-especial-2012-direito-a-nao-discriminacao/os-principios-da-igualdade-e-da-nao-discriminacao-diante-da-autonomia-privada-o-problema-das-acoes-afirmativas>. Acesso em 02 mar. 2021.

ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. La Paz, Bolívia, 1979. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatutoCorte.pdf>. Acesso em 03 mar. 2021.

FICO, Bernardo. Atala e Duque: igualdade e não discriminação sob a óptica interamericana. **Revista Humanidades em Diálogo**, volume 8, 2017.

PARLAMENTO EUROPEU, **Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais**, Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. **Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação e identidade de gênero**. Anuário de Derecho Público, n. 1, p. 173-190, 2017. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6389061>. Acesso em 01 mar. 2021.

REGULAMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2013. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/regulamentocidh2013.pdf>. Acesso em 03 mar. 2021.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: A efetivação dos direitos da personalidade pela interconstitucionalidade**. Editora Vivens (E-book), Edição 1º, Maringá-PR, 2015.

RIBEIRO, Jeancezar. A proibição da discriminação homoafetiva na interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso Atala Riffo y niñas versus Chile. **Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, volume 2, número 2, 2017.

SILVEIRA, Alessandra. “Apresentação: UNIO/CONPEDI E-book 2017”. *In*: UNIO/CONPEDI E-book. **Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas**, volume I, 2017.

SILVEIRA, Alessandra. Prefácio: Sobre a proteção de direitos humanos/fundamentais em rede. *In*: RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: A efetivação dos direitos da personalidade pela interconstitucionalidade**. Editora Vivens (E-book), Edição 1º, Maringá-PR, 2015.

A PROTEÇÃO DE DADOS DA CRIANÇA ENTRE 8 E 12 ANOS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O CENÁRIO DE ENSINO À DISTÂNCIA BRASILEIRO DURANTE A PANDEMIA

*Carolina Stagliorio Dumet Faria**

RESUMO: A pandemia do Novo Coronavírus obrigou a população brasileira a ampliar o papel da *internet*, que se tornou meio essencial, e muitas vezes o único, para a realização de atividades cotidianas. Dentre elas, está o ensino de crianças entre 8 e 12 anos. O objetivo do presente trabalho é analisar os mecanismos propostos pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) para proteger os dados dos menores entre 8 e 12 anos, diante do atual cenário de pandemia, que gerou a necessidade de um Ensino não presencial. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica fundada a partir de artigos, reportagens e legislações que indicam que a LGPD visou o melhor interesse do menor em suas disposições. O estudo conduziu à conclusão de que a LGPD levou em consideração a situação de vulnerabilidade das crianças, mas deixou de dispor sobre como seu regramento deve ser colocado em prática, principalmente no que diz respeito a garantir que o consentimento foi dado pelo responsável e não pelo menor e a como devem ser redigidos Termos de Uso e Política de Privacidade acessíveis. Essas omissões, provavelmente, serão algumas das dificuldades que a LGPD encontrará em sua vigência, mas só se poderá ter certeza sobre tais adversidades no futuro, após um tempo significativo da aplicação da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia; Ensino; Crianças; Internet

ABSTRACT: The Coronavirus pandemic propelled an increase in the use of the internet by the Brazilian population, which became an essential instrument, sometimes the only one, to accomplish daily activities, including childhood education. The objective of this paper is to analyse the legal provisions brought by the Brazilian General Data Protection Law (LGPD) on data protection for children aged between 8 and 12 years old, since the current pandemic generated the necessity of an online learning alternative as traditional face-to-face education is not viable. The methodology used was bibliographical research from scientific articles, reports, and legislation, which showed that the LGPD normative framework aimed at the best interest of young people. The study led to the conclusion that the LGPD considered the situation of vulnerability of children, but it did not approach how its rules should be put into practice, especially in regards to ensuring that the consent was given by the responsible and not by the child and on how accessible Terms of Use and Privacy Policy should be drafted. These omissions will likely be some of the difficulties faced by LGPD while it is in force, but the certainty of such adversities can only be reached in the future, after a significant period for the application of this law.

KEY-WORDS: Pandemic; Teaching; Children; Internet

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Adaptação do ensino infantil às aulas não presenciais; 3 Escolha da plataforma a ser utilizada na aula não presencial; 4 Consentimento do menor de 8 a 12 anos; 5 Lei Geral de Proteção de Dados e

* Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Email: carolinadumet13@gmail.com.

a proteção de dados das crianças entre 8 e 12 anos; 6
Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O primeiro caso da doença do Novo Coronavírus, causado pelo vírus SARS-CoV2, foi identificado em dezembro de 2019 na província de Hubei na China, desde então a doença passou a se espalhar rapidamente pelo mundo. Assim, a atenção do mundo se voltou para o crescimento veloz de número de contaminados e de mortos pela COVID-19. Com isso, a Organização mundial da Saúde (OMS) definiu o surto da doença como Pandemia.

Portanto, tendo em vista que até o momento da construção do presente trabalho ainda não há uma vacina segura contra a COVID-19, com o fito de prevenir seu contágio, a população brasileira se manteve reclusa em casa, evitando sair sempre que possível. Com isso, houve um aumento da dependência da *internet* para realizar atividades cotidianas, dentre elas a ida à escola, agora adaptada para o Ensino não presencial.

O presente trabalho dará enfoque a crianças entre 8 e 12 anos que passaram a comparecer às aulas *online*. A escolha por essa faixa etária se deu por ser um período do desenvolvimento da criança em que, no Brasil, as demandas escolares se tornam maiores, aumenta a autopercepção, e se desenvolve a capacidade de identificar sentimentos e pensamentos e entender a posição do indivíduo em relação ao coletivo - é claro que tais características são gerais, isso quer dizer que nem toda a criança passará por todas elas da mesma forma, tratam-se de aspectos que são comumente observados.

Porém, apesar desse aumento de responsabilidade pelas suas próprias condutas, crianças de 8 a 12 anos ainda são consideradas absolutamente incapazes, não podendo exercer quaisquer atos da vida civil sem serem representadas, necessitando dessa representação para consentir com Termos de Uso e Políticas de Privacidade das plataformas adotadas pelas escolas. Além de serem tidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como “pessoas em desenvolvimento”.

Essa vulnerabilidade torna importante a existência de um regramento sobre a proteção de dados da criança. A legislação mais recente ,no que tange ao tratamento de dados, é a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em que, percebendo a fragilidade das crianças e adolescentes, o legislador optou por dispor sobre o tratamento de seus dados no artigo 14 da lei.

Esse artigo se propõe a analisar os mecanismos propostos para alcançar os objetivos de proteção dos dados dos menores entre 8 e 12 anos que precisaram, nesse contexto da pandemia, fazer aulas não presenciais. Se submetendo, portanto, ao tratamento de dados das plataformas em que ocorrem as aulas.

Para isso, foi realizada pesquisa qualitativa a partir de fontes bibliográficas como artigos científicos, periódicos, livros e reportagens. Além disso, utilizou-se como referência legal a Constituição Federal, Leis Federais e Tratados Internacionais.

O primeiro tópico objetiva analisar como foi a adaptação das aulas do ensino infantil ao formato não presencial, visando a prevenção do contágio do coronavírus. O segundo, por sua vez, busca abordar quem é o responsável pela escolha da plataforma educacional. O terceiro tópico trata do consentimento das crianças de 8 a 12 anos, a partir da perspectiva da legislação do Brasil. Por fim, o quarto aborda a nova Lei Geral de Proteção de Dados e como suas disposições refletem na proteção de dados do menor de 8 a 12 anos.

2 ADAPTAÇÃO DO ENSINO INFANTIL ÀS AULAS NÃO PRESENCIAIS

Com a chegada da pandemia do SARS-CoV-2 ao Brasil, o isolamento social foi a principal medida recomendada pelas autoridades sanitárias como forma de desacelerar o contágio. Assim, para manter as atividades cotidianas, houve uma ampliação do uso da *internet*, que passou a ser o veículo preferencial e, em alguns casos, o único, para reuniões, trabalho, treinamento físico, cursos, e até mesmo para a educação formal, que agora está sendo feita através do Ensino não presencial.

Preliminarmente, é necessário ressaltar que nem toda a criança brasileira possui acesso à *internet*, de acordo com o estudo “Acesso Domiciliar à *Internet* e Ensino Remoto Durante a Pandemia”, feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA),

No Brasil, cerca de seis milhões de estudantes, desde a pré-escola até a pós-graduação, não têm acesso à internet banda larga ou 3G/4G em casa e, conseqüentemente, não conseguem participar do ensino remoto. Desses, 5,8 milhões são alunos de instituições públicas de ensino. É o que diz o estudo "Acesso Domiciliar à Internet e Ensino Remoto Durante a Pandemia", feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

Os alunos do ensino fundamental são os mais afetados. Juntos, os anos iniciais e os anos finais somam mais 4,35 milhões de estudantes sem acesso, sendo 4,23 milhões de escolas públicas

(...) Dos 5,8 milhões de estudantes de escolas públicas que não têm conexão, apenas 2,6 milhões dispunham de sinal de rede móvel celular. O estudo afirma que, destes, aproximadamente 800 mil precisam somente de um chip de dados, porque já dispõem de computador, tablet, celular ou notebook.(ARAÚJO, 2020).

Dessa forma, diversos alunos estão sendo privados de seu Direito à Educação, em razão de sua condição socioeconômica, principalmente considerando que o fechamento das escolas, em razão da pandemia, não se deu de forma gradual, mas sim repentina, influenciando na rotina de alunos e professores. Porém, o presente trabalho irá se concentrar nos alunos que têm condições de frequentar as aulas através da *internet*, de modo que é preciso fazer uma diferenciação entre o “Ensino à Distância” e o “Ensino não presencial”.

O Ensino à Distância, de acordo com o Ministério da Educação (MEC), conceito disponibilizado em seu site, é uma modalidade de ensino que ocorre com o uso de “meios e tecnologias de informação e comunicação, com estudantes e professores desenvolvendo atividades educativas em lugares ou tempos diversos”. Já o Ensino não presencial foi uma adaptação emergencial e temporária das escolas para dar continuidade ao ano letivo.

Consoante, Maria Kraviski,

Por conseguinte, ao comparar a EAD com o Ensino Não Presencial, percebemos que estamos tratando de duas frentes, de momentos e de modalidades diferentes. Para que a educação no país não parasse, o Ensino Não Presencial foi uma adaptação necessária, momentânea e emergencial, em que os professores, de suas residências, estão replanejando e reinventando o ensino para manter o andamento do ano letivo. As aulas e atividades, que antes eram realizadas presencialmente, agora são enviadas através de ambientes virtuais e meios digitais, que são as tecnologias de comunicação e informação já utilizadas na EAD (KRAVISKI, 2020).

O isolamento fez surgir no MEC a necessidade de homologar um conjunto de diretrizes, acatando parcialmente o Parecer CNE/CP nº 5/2020 do Conselho Nacional da Educação (CNE) sugerindo que as escolas mantivessem um fluxo de atividades escolares não presenciais enquanto durar a situação de emergência para o cumprimento da carga horária e buscassem alternativas para minimizar a necessidade de reposição presencial de dias letivos após a pandemia. O texto autoriza os sistemas de ensino a computarem atividades não presenciais para o cumprimento da carga horária,

Assim sendo, as atividades pedagógicas não presenciais podem acontecer por meios digitais (videoaulas, conteúdos organizados em plataformas virtuais de ensino e aprendizagem, redes sociais, correio eletrônico, blogs, entre outros); por meio de programas de televisão ou rádio; pela adoção de material didático impresso com orientações pedagógicas distribuído aos alunos e seus pais ou responsáveis; e pela orientação de leituras, projetos, pesquisas, atividades e exercícios indicados nos materiais didáticos. A comunicação é essencial neste processo, assim como a elaboração de guias de orientação das rotinas de atividades educacionais não presenciais para orientar famílias e estudantes, sob a supervisão de professores e dirigentes escolares (BRASIL, 2020).

Dessa forma, as escolas precisaram adotar plataformas que viabilizassem a Educação não presencial. Segundo dados da pesquisa TIC Educação de 2019, apenas 28% das escolas

brasileiras localizadas em áreas urbanas tinham ambiente virtual de aprendizagem, ou seja, as outras 72% precisaram buscar plataformas para as aulas. Dentre as disponíveis estão o *Google Classroom*, o *Zoom Cloud Meeting* e o *Whereby*.

É preciso destacar que, ao utilizar esse tipo de plataforma, os usuários precisam aceitar os “Termos de Uso” e as “Políticas de privacidade”. O Termo de Uso é um documento que traz condições e regras para que o usuário acesse o serviço desejado, seja um site ou um aplicativo. Já a Política de Privacidade se refere às práticas adotadas por um site, aplicativo, ou outros provedores de aplicação, em relação à privacidade do usuário, ou seja, o que está sendo feito com seus dados.

Isso quer dizer que, ao aceitar, o usuário está dando seu consentimento ao tratamento de dados realizado pela plataforma. Ocorre que, no atual contexto, os usuários são crianças e adolescentes e, considerando o recorte do presente trabalho, crianças entre 8 e 12 anos, consideradas absolutamente incapazes - o que se desenvolverá mais adiante. Esses menores não compreendem os Termos de Uso e Política de Privacidade, assim como, na maioria das vezes, seus próprios responsáveis.

À título de exemplo, a autora Fernanda Favorito afirma que, ao acessar o *Facebook*, o usuário não faz ideia das informações que está cedendo,

Você já leu os termos de uso do Facebook antes ou depois de se cadastrar? Se a resposta for não, você faz parte dos quase 60% de internautas brasileiros que não leem termos de uso de redes sociais. Segundo estudo da Fecomércio SP (Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo) feito em 2013, 60,5% dos entrevistados ignoram os termos de uso desses sites, enquanto apenas 39,5% afirmam lê-los integralmente (FAVORITO, 2017).

Vale ressaltar que, não só as crianças não compreendem os Termos de Uso e Política de Privacidade, como os próprios responsáveis nem sempre sabem como interpretá-los. Alex Hern, jornalista do *The Guardian* experimentou, durante uma semana, só utilizar produtos e serviços após a leitura dos Termos de Uso:

Resultado final: Coletei 146.000 palavras em "juridiquês" - o suficiente para preencher três quartos de *Moby Dick*, apenas explicando o que posso e o que não posso fazer online - de apenas 33 documentos de Termos de Uso. Levei em torno de 15 minutos para ler cada documento (ou, sendo honesto, ler rapidamente), mas ainda gastei mais de oito horas da semana lendo página por página de uma prosa seca e impenetrável¹ (HERN, 2015, tradução nossa).

¹ The end results: I collected 146,000 words of legalese – enough to fill three quarters of *Moby Dick*, just to explain what I can and can't do online – from just 33 terms-of-service documents. Each document only took me about 15 minutes to read (or, if I'm honest, to skim-read), but I still spent well over eight hours of the week just sitting reading page after page of dry, impenetrable prose (HERN, 2015).

Assim, percebe-se que os termos que abordam o tratamento dos dados do usuário não são de fácil entendimento, apresentando-se geralmente em letras pequenas e muito extensos, de forma a dificultar a compreensão do leitor. A população, de forma geral, desconhece o linguajar jurídico, o que, além de elitizar o conhecimento, expõe o indivíduo na rede.

Tendo em vista que nem os responsáveis conseguem compreender completamente como é feito o tratamento de dados, é impossível que uma criança entre 8 e 12 anos o faça. Isso leva a uma vulnerabilidade maior daqueles que são reconhecidos legalmente como os mais indefesos e expostos, sem capacidade civil de consentir sozinhos com o que é colocado pelas plataformas.

Nas palavras de Lucas Albrecht, especialista em Direito de Família,

Pensando, aqui, sobre a coleta de dados digitais, a grande questão é que, na maioria das vezes, esse grupo de pessoas não são os proprietários dos aparelhos; os proprietários são os seus responsáveis, que "emprestam" tais objetos aos pequenos. Agora, imagine um aparelho que contenha informações salvas, como números de cartões de crédito e senhas (em razão da facilidade para compras online) e, igualmente, o fácil acesso proporcionado pelos apps de compras online, e o próprio aplicativo de compra de outros aplicativos (quando não gratuitos). Com toda essa tecnologia disponível e na mão delas, mais especificamente, se tornam muito fácil a obtenção e os downloads de programas pelas crianças (se a criança não souber escrever, basta apertar o botão de voz e fazer a pesquisa verbal sobre o tema de interesse) (ALBRECHT, 2019).

Assim, é evidente o risco em que podem estar se colocando as crianças ao acessar à *internet*, principalmente em razão do seu desenvolvimento ainda estar incompleto. Portanto, não há compreensão das consequências de suas ações na rede.

3 ESCOLHA DA PLATAFORMA A SER UTILIZADA NA AULA NÃO PRESENCIAL

A Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, ², garante que todos são invioláveis em sua intimidade, sua vida privada, sua honra e sua imagem pessoal, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Dessa forma, é preciso garantir que privacidade do menor seja respeitada.

Os dados coletados pelas plataformas educacionais podem variar de imagens do aluno às suas preferências e opiniões navegando na *internet*, informações que podem

² 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;

acompanhar o menor até sua fase adulta, levando a consequências imensuráveis para o indivíduo. De acordo com Marco Aurélio Marrafon e Elora Raad Fernandes,

A chamada datificação da infância pode representar modificações profundas na vida desses adultos do futuro, possibilitando desde a propaganda direcionada ou a recusa a uma vaga de trabalho até a manipulação da democracia em que estão inseridos. A vigilância por parte de governos e empresas podem também ser incluídas nesse pacote de preocupações (MARRAFON; FERNANDES, 2020).

No mesmo sentido, destaca-se o posicionamento de Diogo Dal Magro e Vinícius Borges Fortes:

Uma outra perspectiva sobre o armazenamento de dados advém do fator de desenvolvimento da criança. Uma vez que a criança se torna adolescente ou adulta, a mesma pode ficar ciente da enorme quantidade de informações que o brinquedo coletou enquanto criança, e pode ter o desejo de deletar tais dados. Contudo, nem a empresa que armazena, nem a legislação, concedem tal prerrogativa a criança (futuro adulto), a qual passa a ficar desamparada (FORTES; MAGRO, 2020).

Assim, é preciso ter cautela na escolha das plataformas. A experiência do ensino remoto demonstrou que a escolha pelas plataformas é feita pelas escolas, não tendo sido encontrado nenhum registro do contrário, restando aos responsáveis do menor apenas a adesão, caso contrário, a criança não terá acesso às aulas.

Além disso, não foram encontradas bibliografias que indicam quais critérios são utilizados pelas instituições de ensino para escolher a plataforma que o aluno irá acessar, o que é essencial para a proteção do menor, afinal a escolha da plataforma precisa ir além da sua funcionalidade,

Professores, famílias e os próprios alunos precisam estar plenamente cientes sobre cada um dos propósitos que justificam a coleta de seus dados e a forma como eles serão utilizados.

Ainda sob este aspecto, importante esclarecer que, uma vez coletados dados de alunos para uma finalidade específica, seu aproveitamento para outro propósito não expressamente definido e apresentado quando da obtenção do consentimento da coleta é visto, à luz da LGPD, como um ato ilegal.

Daí a importância de, a partir do disposto na norma, verificar se todos os dados coletados e dos quais atualmente dispõem para o uso de plataformas digitais são, de fato, imprescindíveis ao cumprimento de seu objetivo maior. Na oportunidade, devem desenvolver mecanismos e diretrizes que garantam a coleta somente daqueles dados necessários e sua segurança (BORELLI, 2019).

No que tange ao ensino não presencial, alternativa adotada em razão da pandemia, o Parecer CNE/CP nº 5/2020 do Conselho Nacional da Educação não determina quais plataformas devem ser utilizadas para a realização das atividades não presenciais, de forma que as instituições de ensino serão atraídas para plataformas interativas e gratuitas, como é o caso do *Google Classroom*, o *Zoom Cloud Meeting* e o *Whereby*, já citados anteriormente.

De acordo com Henrique Parra, Leonardo Cruz, Tel Amiel e Jorge Machado, há um processo pouco investigado na área de educação, em que poucas empresas estrangeiras, como as acima referidas, controlam a oferta de produtos e serviços de comunicação para institutos educacionais, incluindo redes de educação básica,

No Brasil já existem algumas universidades, institutos e faculdades públicas, comunitárias e privadas com parcerias com a *Google* e a *Microsoft*. Algumas Secretarias Estaduais e Municipais da Educação também têm estabelecido parcerias para oferecer os aplicativos dessas empresas para seus funcionários e estudantes. Em São Paulo, a Secretaria Estadual da Educação estabeleceu em 2013 termos de colaboração com a *Google* e *Microsoft* (PARRA ET AL, 2018).

A posição de “importador de tecnologia” em que se coloca o Brasil, em razão da escolha por tais plataformas, pode ir de encontro à ideia de proteção contida na Lei Geral de Proteção de Dados - que se abordará mais adiante -, deixando de investir no desenvolvimento de plataformas nacionais e, portanto, tornando-se refém de tecnologias estrangeiras para manter o funcionamento da educação do país.

Muitas empresas de tecnologia têm como estratégia transformar seu produto ou serviço na infraestrutura comum que sustenta outras tecnologias e os arranjos sociotécnicos derivados dela. Tornar-se infraestrutura significa ocupar uma posição de passagem necessária - ou quase obrigatória - para a realização de outras atividades. Para os usuários, tais empresas não oferecem apenas serviços ou aplicações de comunicação. Elas já são a infraestrutura de organização, armazenamento, interação e de intermediação de inúmeros processos que realizamos (PARRA ET AL, 2018).

Tomando como exemplo o *Google for education*, utilizado por escolas estaduais baianas como a Escola Estadual Léa Leal, tem-se em sua Política de Privacidade que a plataforma não compartilha informações pessoais com empresas, organizações ou indivíduos externos a mesma, exceto em alguns casos, dentre eles “para processamento externo”,

Fornecemos informações pessoais às nossas afiliadas ou outras empresas ou pessoas confiáveis para processar tais informações por nós, de acordo com nossas instruções e em conformidade com nossa Política de Privacidade e quaisquer outras medidas de segurança e de confidencialidade adequadas. Por exemplo, usamos provedores de serviços para nos ajudar no suporte ao cliente (GOOGLE, 2020).

Ocorre que, em nenhum momento da Política de Privacidade são descritas as “empresas e pessoas confiáveis”, de modo que o usuário não tem conhecimento de quem irá receber seus dados, ou como esses são tratados, dentro dessa exceção.

Nesse sentido, a escolha pela plataforma feita pelas instituições escolares deve ser cuidadosa, tendo em vista que a informação que está sendo colocada na *internet* pertence a uma criança. Além disso, nota-se que o responsável do menor não influencia na escolha da plataforma, apenas a acessa para que a criança possa comparecer à sala de aula virtual.

Como será visto a seguir, o menor entre 8 e 12 anos é incapaz de exercer sozinho seus atos na vida civil, de forma que o apoio de seu representante é indispensável para sua segurança. Assim, é preciso que os pais ou tutores tenham conhecimento sobre os riscos aos quais a criança está sendo exposta ao comparecer à sua aula, devendo, inclusive, influenciar na escolha das plataformas de ensino.

4 CONSENTIMENTO DO MENOR ENTRE 8 E 12 ANOS

No ordenamento brasileiro, o consentimento do menor, de 8 a 12 anos, é regulado pelo Código Civil (CC/2002), que dispõe em seu artigo 3º³ que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos (também chamado de menor impúbere), devendo ser representadas.

Essa representação, segundo o Código de Processo Civil (CPC), deve ser feita pelos pais ou pelo tutor do menor, a fim de gerir sua vida, manifestando sua vontade em juízo, celebrando negócios jurídicos em seu nome, entre outras condutas. Na falta de um representante, os atos celebrados pelo menor impúbere são considerados nulos, por não possuírem um dos elementos indispensáveis a sua validade, segundo o art. 104⁴, CC/2002, a capacidade do agente.

De acordo com Flávio Tartuce, ao se tratar de incapacidade absoluta, “a pessoa ainda não atingiu o discernimento para distinguir o que pode ou não pode fazer na ordem privada” (TARTUCE, 2017). Dessa forma, não bastaria um consentimento geral dos responsáveis, sendo necessário um acompanhamento rigoroso do que está sendo acessado pelo menor.

Tendo isso em perspectiva, é possível compreender que o menor entre 8 e 12 anos, sozinho, não é capaz de manifestar vontade, ficando seu representante responsável por tal conduta. Ocorre que, como já dito em tópico anterior, grande parte dos adultos não compreendem os Termos de Uso e Políticas de Privacidade das plataformas em que se transmitem as aulas e, muitas vezes, as crianças acessam sozinhas a *internet*. Quer dizer, ainda que o adulto esteja com ela, é possível visualizar um vício (erro) no consentimento que está sendo dado, afinal se desconhece a finalidade do tratamento de dados.

³ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

⁴ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

O fator idade, por si só, já demonstra a vulnerabilidade do menor de 8 a 12 anos, isso se dá porque “esses não possuem as mesmas condições de cognição que os adultos, o que é absolutamente normal em face de seu desenvolvimento cerebral ainda incompleto” (LOPES, 2020).

Essa fragilidade da criança, cujo discernimento e responsabilidade ainda estão sendo formados, é refletida na quantidade de Tratados Internacionais de Proteção infanto-juvenil, que prezam pela dignidade do menor, o que extrapola a preocupação nacional.

Dessa forma, dispõe a Declaração de Direitos da Criança que “a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento”.

Além disso, a Declaração evidencia, ainda, a indispensabilidade do acompanhamento de um responsável durante o desenvolvimento da capacidade da criança em seu Princípio 7^o. Isso demonstra a importância de uma legislação eficiente para proteção do menor que se aventura na *internet*.

5 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A PROTEÇÃO DOS DADOS DAS CRIANÇAS ENTRE 8 E 12 ANOS

Apenas a presença de crianças na rede é algo preocupante, já que, por serem pessoas em desenvolvimento, são mais vulneráveis. Assim, a Lei Geral de proteção de Dados destinou seu artigo 14^o para dispor sobre o tratamento de dados dos menores de 18 anos.

⁵ Princípio 7º: A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade. Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

⁶ Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. § 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei. § 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo. § 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade. § 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis. § 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso

Inicialmente, destaca-se a reflexão trazida por Nathalia Guerra de Sousa e Thainá Barbosa:

A proteção regulatória ao tratamento de dados pessoais do grupo de crianças e adolescentes trazida pela LGPD é bem-vinda, mas sua aplicabilidade e exigibilidade fática merece algumas reflexões no âmbito de reguladores e controladores de dados. Inicialmente destaca-se positivamente não haver, no aspecto relacionado aos dados de menores, distinção entre se o dado é sensível ou não, além da preocupação normativa com a forma adequada de entregar aos usuários, de forma inteligível à sua faixa etária, informações sobre o uso de dados (BARBOSA; SOUSA: 2020).

De acordo com o artigo 5º, II, da própria Lei, os dados sensíveis são dados pessoais sobre “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (BRASIL, 2020).

A importância da não distinção está no fato da criança ser vulnerável e sua exposição poder colocá-la em risco, independentemente de quais tipos de dados estão sendo tratados, sensíveis ou não. De forma que, conforme colocado pelas autoras, a não existência de distinção surge como um aspecto positivo.

Ademais, apesar de dispor sobre o tratamento de dados da criança e do adolescente de forma diferenciada, alguns pontos merecem destaque na lei quando aplicados ao Ensino não presencial: o consentimento de, ao menos, um dos pais ou do responsável legal (§ 1º e § 5º), o não condicionamento de participação dos usuários em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade (§ 4º), e o fornecimento das informações do tratamento de dados de forma simples e acessível (§ 6º).

No que tange ao consentimento de, pelo menos, um dos pais ou responsável legal, ainda que seja algo bem colocado na teoria, afinal o menor entre 8 e 12 anos é absolutamente incapaz e necessita de um representante para consentir, na prática, não é algo tão simples. Na aula *online*, em alguns momentos a criança está sozinha na tela do computador e, ainda que esteja na presença de um responsável, muitas vezes esse não tem conhecimento do que está sendo feito com os dados do menor na *internet*.

de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

Além disso, a lei não impõe nenhum mecanismo que possa ajudar a verificar se o consentimento foi dado pelo responsável ou pela própria criança, que facilmente pode apertar o famoso “Eu aceito os Termos de Uso” das plataformas. Quanto a isso, é importante mencionar o *Children’s Online Privacy Protect Act* que elenca algumas ações para verificar o consentimento parental, tais como

- a) Providenciar um formulário de consentimento assinado pelos pais e retornado ao operador de dados através de e-mail;
- b) Requerer que os pais usem em transações monetárias cartões de crédito, débito ou outra forma de pagamento *online* que notifique o responsável quando realizada uma transação;
- c) Requerer que um dos pais ligue para um telefone gratuitamente para entrar em contato com um profissional treinado;
- d) Requerer que um dos pais se conecte com profissional treinado via videoconferência.
- e) Verificar a identidade dos pais comparando com uma forma de identificação emitida pelo governo em bancos de dados de tais informações, onde a identificação dos pais é excluída pelo operador de seus registros imediatamente após a verificação ser concluída; e, por fim
- f) Desde que, o operador que não “divulgue” as informações pessoais de crianças, pode usar um e-mail juntamente com etapas adicionais para fornecer garantias de que a pessoa que fornece o consentimento é o pai. Essas etapas adicionais incluiriam: Enviar um e-mail de confirmação para os pais após o recebimento do consentimento, ou obter um endereço postal ou número de telefone dos pais e confirmar o consentimento dos pais por carta ou telefonema. O operador que usa esse método deve avisar que os pais podem revogar qualquer consentimento dado em resposta ao e-mail anterior.

Condutas como essas são significativas para proteger a criança na *internet*, principalmente no atual contexto pandêmico em que a rede foi a solução encontrada para dar continuidade às aulas. Quer dizer, se a família quer que a criança participe da aula não presencial, ela precisa, necessariamente, acessar a plataforma escolhida pela instituição de ensino.

Em seguida, tem-se o não condicionamento de participação dos usuários em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade. Essa disposição é de extrema importância, principalmente porque o usuário é um menor, que ainda não possui discernimento suficiente para identificar quais dados são realmente necessários para acessar um jogo ou um serviço, por exemplo. Percepção muito bem definida no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que os considera “Pessoas em desenvolvimento”. Isso os torna vulneráveis a fornecer suas informações pessoais de forma desnecessária e perigosa.

Nesse sentido, destaca-se um trecho da obra “Manipulados” de Brittany Kaiser,

com uma pequena caixa de seleção atraente e fácil de ser acionada, a coleta de dados é um processo ainda mais simples para essas empresas. Os usuários são forçados a clicar de qualquer maneira, pois, de outra forma, não podem continuar usando o jogo, a plataforma ou o serviço que estão tentando ativar (KAISER, 2019).

Essa facilidade de cair em “armadilhas virtuais” torna necessário, para além da regulamentação, uma conscientização do menor sobre o fornecimento de seus dados, e os perigos da tecnologia.

Outro ponto que merece ser referenciado é que o fornecimento das informações do tratamento de dados deve ser feito de forma simples e acessível. De acordo com Ramon Mariano Carneiro, o consentimento informado tem como principais obstáculos o texto longo dos Termos de Uso, sua linguagem ininteligível e a dificuldade de encontrá-los e acessá-los.

Vários estudos apontam que a leitura é demorada. Um estudo da Universidade Carnegie Mellon, nos Estados Unidos, de 2008, mostrou que um usuário precisaria reservar oito horas diárias e 76 dias para ler somente as políticas de privacidade de uma média de 1.462 páginas visitadas em um ano (McDonald & Cranor, 2008). (...) Num ambiente virtual marcado pela troca rápida de informações, a leitura dos Termos de Uso se torna dispendiosa e enfadonha, consumindo o tempo produtivo dos usuários (CARNEIRO, 2020).

Nesse aspecto, seria indispensável, assim como na verificação do consentimento, que a Lei fornecesse um conjunto de diretrizes que orientassem como essa disponibilização acessível deveria ser feita, de modo a concretizar sua previsão. Isso quer dizer que a LGPD foi redigida considerando aspectos importantes, mas não explicou como colocá-los em prática, o que gera um grande problema de como efetivar sua aplicação, principalmente com a crescente dependência tecnológica das crianças do país.

6 CONCLUSÃO

Após o surgimento do Novo Coronavírus, a *internet* se tornou necessária para dar continuidade ao ano letivo da educação formal infantil. Porém, apesar dos benefícios da rede, ela também pode ser extremamente perigosa, principalmente quando o usuário é uma criança entre 8 e 12 anos, pessoa ainda em desenvolvimento, que ainda não tem capacidade de discernir e dar seu consentimento aos numerosos “Termos de Uso” e “Políticas de Privacidade” das plataformas usadas para o ensino, sem representação, já que é tida no Código Civil de 2002 como absolutamente incapaz.

A vulnerabilidade desses menores na rede foi reconhecida pelo legislador na Lei Geral de Proteção de Dados, que dispõe no artigo 14 sobre o regramento do tratamento de dados desses menores. Trata-se de disposições que consideraram a realidade do menor que não consegue, ainda, discernir sobre quais informações devem ser fornecidas na *internet*.

Apesar dessas considerações, o legislador deixou de dispor como tais condutas deveriam ser aplicadas, desconsiderando a dificuldade de garantir que é o responsável (representante) quem está dando o consentimento ao tratamento de dados da plataforma é o responsável, e não a criança.

Ademais, esquece a lei que, em geral, os Termos de Uso e Políticas de Privacidade são pouco acessíveis no que diz respeito a sua linguagem e seu entendimento, não bastando, portanto, afirmar que eles devem ser acessíveis, sem dizer como isso deve ser feito. Isso se potencializa pelo fato da plataforma ser escolhida pelas escolas, e não pelos responsáveis, esses que, sem a devida compreensão de como os dados dos menores estão sendo tratados, não poderão intervir nessa seleção e, conseqüentemente, encontrarão dificuldade no seu papel de proteção dos menores vulneráveis.

Além disso, deixa a legislação de considerar que, como se trata de crianças, é indispensável conscientizá-las sobre o fornecimento de seus dados na *internet*, já que é assim que, no futuro, se tornarão adultos mais informados sobre os perigos do uso da rede. Ou seja, é necessário ter em mente que, para informar o menor, seja utilizada uma educação jurídica sobre seus direitos, obviamente, voltada para o entendimento e compreensão da criança.

Assim, nota-se que a Lei Geral de Proteção de Dados, considerou que crianças, principalmente as absolutamente incapazes e em desenvolvimento, e adolescentes, não têm entendimento sobre o tratamento de dados feito pelas plataformas, mas deixou de considerar como aplicar efetivamente suas disposições no cotidiano desses menores. Essa lacuna pode

vir a ser uma das dificuldades de aplicação da LGPD no futuro, o que só será conhecido após algum tempo de utilização da lei, haja vista que o presente trabalho foi escrito no início de sua entrada em vigor.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Lucas C. **O que crianças e adolescentes ganham com a nova lei?**. 2020. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/criancas-adolescentes-lgpd-lei-geral-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 19/09/2020.

ARAÚJO, Ana Lídia. **Cerca de seis milhões de alunos brasileiros não têm acesso à internet**. 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/educacao-basica/2020/09/4873174-cerca-de-seis-milhoes-de-alunos-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet.html>. Acesso em: 03/02/2021

As plataformas que educadores estão usando para as aulas online. REVISTA EDUCAÇÃO. 2020. Disponível em: <https://revistaeducacao.com.br/2020/07/02/educadores-aulas-online/>. Acesso em: 19/09/2020.

BARBOSA, Thainá, SOUSA, Nathalia Guerra de Sousa. **Como tratar dados de crianças e adolescentes no contexto da LGPD**. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/333029/como-tratar-dados-de-criancas-e-adolescentes-no-contexto-da-lgpd>. Acesso em: 03/02/2021.

BORELLI, Alessandra. **LGPD – Como os colégios se preparam para segurança das plataformas utilizadas por alunos e professores**. 2019. Disponível em: <https://cryptoid.com.br/protecao-de-dados/lgpd-como-os-colegios-se-preparam-para-seguranca-das-plataformas-utilizadas-por-alunos-e-professores/>. Acesso em: 03/02/2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10/09/2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03/02/2021.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 22/08/2020.

BRASIL. Ministério da Educação. **PARECER CNE/CP Nº: 5/2020**, 28 de abril de 2020. Dispõe sobre a reorganização do Calendário Escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da Pandemia da COVID-19. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=145011-pecp005-20&category_slug=marco-2020-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 04/09/2020.

CARNEIRO, Ramon M. **“Li e aceito”: violações a direitos fundamentais nos termos de uso das plataformas digitais**. 2020. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/li-e-aceitoviolacoes-a-direitos-fundamentais-nos-termos-de-uso-das-plataformas-digitais/>. Acesso em: 19/09/2020.

CETIC. **TIC EDUCAÇÃO.** 2019. Disponível em: <https://www.cetic.br/pt/pesquisa/educacao/indicadores/>. Acesso em: 19/09/2020.

DUNDER, Karla. **Unicef: 4,8 milhões de crianças não têm acesso à internet no Brasil.** 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/educacao/unicef-48-milhoes-de-criancas-nao-tem-acesso-a-internet-no-brasil-14052020>. Acesso em 04/09/2020.

ESTADOS UNIDOS. **CHILDREN'S ONLINE PRIVACY PROTECTION RULE.** 1998. Disponível em <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/complying-coppa-frequently-asked-questions-0>. Acesso em: 19/09/2020.

FAVORITO, Fernanda. **Termos de uso do Facebook: saiba porque você deve ler.** JusBrasil. Disponível em: <https://fernandafav.jusbrasil.com.br/noticias/114912651/termos-de-uso-do-facebook-saiba-por-que-voce-deve-ler>. Acesso em 02/01/2021.

FERNANDES, Elora R. e MARRAFON, Marco A. **A necessária proteção de dados das crianças e adolescentes na educação online.** 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-06/constituicao-poder-necessaria-protacao-dados-criancas-adolescentes-educacao-online>. Acesso em: 19/09/2020.

FORTES, Vinícius Borges e MAGRO, Diogo Dal Magro. *Toys that listen e a proteção da privacidade e de dados pessoais de crianças a partir da vigilância por brinquedos online: os casos hello barbie e my friend cayla.* Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, [s. l.], ano 2, v. 6, p. 22-42, Jul/Dez 2020.

GOOGLE. **Política de Privacidade do Google.** 2020. Disponível em: https://www.gstatic.com/policies/privacy/pdf/20200930/r9u74aii/google_privacy_policy_pt-BR_br.pdf. Acesso em: 01 fev. 2021.

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA. **Escolas estaduais usam salas virtuais do Google para estudos durante suspensão das aulas.** 2020. Disponível em: <http://escolas.educacao.ba.gov.br/noticias/escolas-estaduais-usam-salas-virtuais-do-google-para-estudos-durante-suspensao-das-aulas>. Acesso em: 02 fev. 2021.

HERN, Alex. **I read all the small print on the internet and it made me want to die.** 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2015/jun/15/i-read-all-the-small-print-on-the-internet>. Acesso em: 03/02/2021.

KRAVISKI, Mariane. **Entenda as diferenças entre ensino não presencial e educação a distância.** 2020. Disponível em: <https://www.uninter.com/noticias/entende-as-diferencas-entre-ensino-nao-presencial-e-educacao-a-distancia>. Acesso em: 02/02/2021.

LOPES, Paula F. **Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes na lgpd: primeiras impressões.** 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1518/Tratamento+de+dados+pessoais+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+na+lgpd%3A+primeiras+impress%C3%B5es>. Acesso em: 19/09/2020.

MEC. Ministério da Educação. Disponível em: <portal.mec.gov.br>. Acesso em: 01/10/2020.

PARRA, Henrique et al. (2018). **Infraestruturas, economia e política informacional: o caso do Google Apps For Education.** Mediações – Revista de Ciências Sociais, 23/1, p. 63–99.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf. Acesso em 01/02/2021.

SANTOS, Jéssica G., SILVA, Amanda C. A. e YANDRA, Barbara F.F.. **Lei Geral de Proteção de Dados e a tutela dos dados pessoais de crianças e adolescentes: a efetividade do consentimento dos pais ou responsáveis legais**. 2020. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/lei-geral-de-protecao-de-dados-e-a-tutela-dos-dados-pessoais-de-criancas-e-adolescentes-a-efetividade-do-consentimento-dos-pais-ou-responsaveis-legais/>. Acesso em: 19/09/2020.

SCHIRATO, Maria Aparecida R. **Novo Normal: Entenda melhor esse conceito e seu impacto em nossas vidas**. 2020. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/novo-normal-conceito/>. Acesso em: 31/08/2020.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil (7a ed.)**. 2017. São Paulo: Método.

ZANATTA, Rafael A. F.; ABRAMOVAY, Ricardo. **Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais**. Estudos Avançados, v. 33, n. 96, p. 421-446, 2019.

LIBERDADE SINDICAL, AUTONOMIA COLETIVA E RAZÃO NEOLIBERAL NA REFORMA TRABALHISTA FRANCESA

*Douglas Mota Oliveira**

RESUMO: A proposta deste texto é sistematizar e analisar as principais alterações operadas pela reforma trabalhista francesa, notadamente as ordonnances publicadas em 2017 pelo então recém eleito Presidente Emmanuel Macron, sobre o modelo de regulação das relações coletivas de trabalho na França, procurando inserir a reforma trabalhista francesa no contexto de reformas neoliberais empreendidas na zona do euro e sustentando a hipótese de que essas modificações trazem consigo uma nova racionalidade para o Direito Coletivo do Trabalho, com impactos e contradições significativos sobre aqueles elementos que concorreram para a constituição histórica do Direito do Trabalho como disciplina jurídica autônoma, sobretudo, no campo das relações coletivas de trabalho, as noções de liberdade sindical e de autonomia coletiva dos trabalhadores.

PALAVRAS CHAVE: Direito coletivo do trabalho; neoliberalismo; reforma trabalhista.

RÉSUMÉ: Ce texte a l'intention de systématiser et d'analyser les principaux changements apportés par la réforme du code du travail français, notamment les ordonnances publiées en 2017 par le Président, nouvellement élu, à l'époque, Emmanuel Macron, sur l'ensemble de normes qui régissent des relations collectives de travail en France, cherchant à insérer la réforme du travail française dans le contexte des réformes néolibérales engagées dans la zone euro et étayant l'hypothèse que ces changements apportent une nouvelle raison pour le droit collectif du travail, avec des impacts significatifs sur les éléments qui ont contribué à la constitution historique du droit du travail comme une discipline scientifique autonome et un système juridique indépendant, en particulier, dans le domaine des relations collectives de travail, les notions de liberté syndicale et d'autonomie collective des travailleurs.

MOTS-CLÉS: Droit collectif du travail; néolibéralisme; réforme du travail.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Autonomia e liberdade: dois paradigmas de regulação das relações coletivas de trabalho e a captura neoliberal; 3 A reforma trabalhista e um novo modelo de regulação das relações coletivas de trabalho na União Europeia: as modificações introduzidas no código do trabalho francês; 3.1.1 A proposta de acordo coletivo apresentada diretamente aos empregados, por iniciativa do empregador; 3.1.2 Os efeitos da norma coletiva sobre o contrato individual de trabalho: tensionamentos com a liberdade individual de contratar; 3.1.3 Um novo papel para a negociação coletiva: assegurar a concorrência de mercado – segurança jurídica e controle administrativo dos efeitos da norma coletiva de trabalho; 3.2 A unificação

* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: douglasmota96@gmail.com

de todas as instâncias de representação de pessoal na empresa sob o Comitê Social e Econômico – CSE; 4 Considerações finais; Referências

1 INTRODUÇÃO

As modificações na dinâmica de produção e circulação internacional de mercadorias que caracterizaram a crise do fordismo, na década de 1970, foram acompanhadas por diversas intervenções no modelo de regulação das relações de trabalho que foi se cristalizando desde a emergência da chamada “questão social”, no séc. XIX.

Essas alterações nas normas reguladoras do trabalho nos ordenamentos jurídicos de diversos países, assim como as mudanças nas próprias condições sociais e intersubjetivas¹, não deixaram de se fazer sentir também nas relações e na organização coletivas dos trabalhadores, redefinindo limites, horizontes e estratégias no campo sindical e impactando mesmo o Direito do Trabalho como sistema jurídico autônomo.

Entretanto, se as intervenções nos sistemas de regulação laboral no mundo desde os anos 1970 se caracterizaram pelas tendências de desregulamentação do mercado de trabalho e de flexibilização da legislação trabalhista, a crise econômica mundial de 2008 veio acirrar a aplicação do receituário neoliberal, generalizando o que foi descrito por Pierre Bourdieu (1998) como a institucionalização da precariedade. Ao mesmo tempo, esse novo paradigma jurídico e produtivo não apenas teria introduzido modificações nas relações intersubjetivas do mundo do trabalho, como também representaria a conformação de um segmento específico no seio da “classe que vive do trabalho”, definido pela completa ausência de qualquer proteção social e pela instabilidade e insegurança profissionais, que se concretizam na forma de relações de trabalho temporárias, que não incorporam os trabalhadores a qualquer vinculação social e comunitária (STANDING, 2014).

No caso da França, o último país membro da União Europeia a incorporar as modificações na legislação trabalhista que, desde 2008, eram preconizadas pela Comissão Europeia como resposta à crise econômica, as intervenções ocorreram por via da *Loi n° 2016-*

¹ De acordo com Ricardo Antunes (1995, p. 65-67), por exemplo, essas modificações, percebidas tanto nos países de capitalismo avançado quanto no que intitula Terceiro Mundo, podem ser sistematizadas: numa crescente individualização e heterogeneização das relações de trabalho; na forte tendência de desregulamentação e flexibilização do mercado de trabalho e que atingiria conquistas históricas do movimento sindical em todo o mundo; e no esgotamento do modelo sindical vigente, que se expressaria na emergência de um sindicalismo de participação ou negocial, acompanhado da maior institucionalização e burocratização das entidades sindicais.

1088 (conhecida como “Lei El Khomri”²), editada sob o Governo de François Hollande, e pelas cinco *ordonnances* editadas em 2017 pelo então recém eleito Presidente Emmanuel Macron. Ambas as reformas legislativas introduziram, consideradas em conjunto, severas mudanças no principal marco regulatório do trabalho na França, o *Code du Travail*, seja no âmbito das relações individuais, seja naquele das relações coletivas de trabalho.

A proposta deste texto é sistematizar e analisar as principais alterações operadas pelas *ordonnances* Macron sobre o modelo de regulação das relações coletivas de trabalho na França, procurando inserir a reforma trabalhista francesa no contexto de reformas neoliberais empreendidas na zona do euro e sustentando a hipótese de que essas modificações trazem consigo uma nova racionalidade para o Direito coletivo do Trabalho, com impactos e contradições significativos sobre aqueles elementos que concorreram para a constituição histórica do Direito do Trabalho como disciplina jurídica autônoma.

Dessa forma, o artigo é dividido em quatro partes, contando com a introdução e a conclusão: a seguinte pretende refletir sobre os conceitos que estruturaram paradigmaticamente o Direito Coletivo do Trabalho e sua interrelação com o modelo de relações sociais preconizadas pela racionalidade neoliberal; a terceira procura sistematizar e analisar as principais alterações normativas verificadas no *Code du Travail* em torno dos indicadores Negociação coletiva de trabalho e Instâncias de representação coletiva dos trabalhadores.

2 AUTONOMIA E LIBERDADE: DOIS PARADIGMAS DE REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO E A CAPTURA NEOLIBERAL

No prefácio à segunda edição de “*A divisão do trabalho social*”, Émile Durkheim (1989), ao defender a regulação do trabalho como remédio para o estado de anomia moral e jurídica que identificava no mal-estar da sociedade que teria resultado da revolução industrial, sugeriu uma função específica que poderia ser desempenhada pelos agrupamentos profissionais no organismo social e como potencial instituição política elementar na modernidade.

Para Durkheim, a corporação profissional, na medida em que cumpriria o papel de integração entre o interesse individual e o esforço coletivo dirigido ao bem comum, poderia se

² Nomeada em virtude da então Ministra do Trabalho do Governo de François Hollande, Myriam El Khomri.

afigurar mesmo como o equivalente moderno dos espaços de participação política que constituíram a ideia de cidadania na antiguidade.

Como “Ágora” contemporânea ou como manifestação embrionária de uma instituição pública e essencial à democracia, o sindicato seria dotado de uma influência moral apta a contrabalançar o individualismo característico da divisão do trabalho nas sociedades modernas, unidas por solidariedade orgânica – isto é, representadas pela sua dispersão entre indivíduos apenas agregados porque interdependentes:

[...] Porque, se a julgamos indispensável [a organização corporativa], é em virtude não dos serviços econômicos que poderá prestar, mas da influência moral que poderá ter. Aquilo que antes de mais vemos no grupo profissional é um poder moral capaz de conter os egoísmos individuais, de manter no coração dos trabalhadores um mais vivo sentimento da sua solidariedade comum, de impedir que a lei do mais forte se aplique tão brutalmente às relações industriais e comerciais. [...] (DURKHEIM, 1989, p. 17).

De fato, é possível dizer que o processo de afirmação histórica dos princípios da liberdade e da autonomia das instâncias de organização e representação coletivas dos trabalhadores e o percurso de regulação das relações individuais do trabalho, que acompanharam quase que simultaneamente a conformação do chamado Estado do bem-estar social, assumiram o sentido mesmo de ampliação progressiva de um espaço público nas sociedades ditas democráticas³.

Tomando como exemplo o caso brasileiro, Luiz Werneck Vianna (1978) destaca a primeira iniciativa voltada à regulação das relações coletivas de trabalho nos anos seguintes à proclamação da República – e abolição da escravidão –, embora ainda absorvida na contradição vivenciada pelo movimento operário entre o seu implícito reconhecimento legal, com a positivação do direito de associação na Constituição da República de 1891, e uma racionalidade estatal que, representada numa diretriz anti-intervencionista nas relações de mercado, rejeitaria a legitimidade dos principais objetivos e expressões da existência da associação de trabalhadores (VIANNA, 1978, p. 38).

Ao mesmo tempo, na história do sindicalismo brasileiro, as maiores limitações e intervenções na liberdade sindical marcaram períodos de autoritarismo (MATOS, 2008),

³ Valores expressos na constituição da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que reconheceu o direito de toda pessoa a fundar sindicatos e a eles se filiarem para defesa de seus interesses (art. 23).

evidenciando a relação estreita que mantém entre si as noções de autonomia e liberdade sindicais e democracia, luta por reconhecimento e cidadania.

Em termos de regulação jurídica das relações laborais, Américo Plá Rodrigues (2015) destaca o papel desempenhado pelos princípios do Direito do Trabalho como axiomas fundamentais para o seu aparecimento na forma de um sistema normativo e de uma disciplina jurídico-científica autônomos. Nesse sentido, a negação do trabalho como mercadoria, expressa historicamente na constituição da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, e o reconhecimento da assimetria existente entre empregados e empregadores, que é o conteúdo fático do princípio da proteção ao hipossuficiente, representariam os alicerces semânticos indispensáveis à constituição de um campo regulatório específico, apartado da lógica negocial do direito privado, isto é, orientado segundo uma racionalidade jurídica própria e independente.

Dessa forma, a regulação das relações individuais do trabalho, talvez como resposta à anomia social diagnosticada por Durkheim já em fins do século XIX, emergiu historicamente como o mandamento de uma nova racionalidade jurídica, cimentada paradigmaticamente na valorização social do trabalho em face do mercado e viabilizada pelas defesas de um estreitamento relativo na autonomia da vontade e na liberdade negocial em favor de uma maior intervenção da sociedade – ou do Estado – nas relações privadas estabelecidas entre o empregador e o trabalhador individual, isto é, nas palavras de Orlando Gomes, de um maior “*dirigismo contratual*” (GOMES, 1995).

Por outro lado, se, nas relações individuais de trabalho, a intervenção na autonomia e na liberdade de contratar atenderiam ao mandamento de uma correção social da desigualdade entre empregados e empregadores, Américo Plá Rodrigues sustenta que, no que se refere às relações coletivas de trabalho, a existência do ente sindical representaria a correção dessa assimetria, restabelecendo as condições de negociação entre as partes do contrato de trabalho – seria como reconhecer, por sobre as palavras do autor, à organização coletiva dos trabalhadores, o potencial de restabelecimento de uma expressão mais acabada de sua subjetividade jurídica... E por que não dizer, ainda em diálogo com Durkheim, de sua cidadania?

Não significaria, porém, o pleno restabelecimento da autonomia privada do contratualismo liberal, mas, segundo a definição apresentada por Orlando Gomes, de uma “autonomia coletiva”, que, embora com ponto de partida naquela, deveria ser compreendida como a liberdade de autorregulação dos próprios anseios de classe do grupo profissional, isto

é, a liberdade “*de definir e satisfazer livremente os seus interesses através de instrumentos típicos: a) o contrato de trabalho, e b) a greve*” (GOMES, 1986, p. 180). Liberdade, portanto, de associação e de manifestação, seria o conteúdo indispensável da autonomia privada coletiva – e liberdade menos para contratar que para autorregular seus próprios interesses de classe, de que a negociação coletiva, da mesma forma que a greve, é expressão, mas não a finalidade. É dizer: uma autonomia privada coletiva para um sujeito coletivo de direitos, que tem na liberdade coletiva de contratar uma de suas múltiplas faculdades jurídicas, isto é, não a sua razão de existir, mas uma das manifestações de sua existência.

[...] Entre esses grupos, considerados formações sociais no direito constitucional italiano e reconhecidos como ordenamentos originários, independentes e exclusivos, como preconizado na doutrina política pluralista, fervilham os grupos profissionais constituídos pelos que têm os mesmos interesses como trabalhadores ou empresários, como empregados ou empregadores. Importa que tenham interesses e fins próprios, superiores aos fins individuais ou, quando menos, saturados por quantidade. [...] a ação de todos esses grupos, orgânicos ou inorgânicos, manifesta-se como exercício da autonomia coletiva, do mesmo modo como o ordenamento jurídico assegura aos particulares, pessoas físicas ou jurídicas o poder de autorregulação dos próprios interesses. Se bem que sujeito a limitação, esse poder é ‘manifestação de liberdade’ [...] (GOMES, 1986, p. 179-180).

Entretanto, nas últimas décadas do séc. XX, os contornos jurídico e político que as relações individuais e coletivas de trabalho progressivamente assumiram desde a revolução industrial se viram em contradição com as modificações percebidas no movimento geral da economia-mundo capitalista.

Em *A condição pós-moderna*, D. Harvey (1992) demonstra como as modificações na dinâmica de produção e circulação de mercadorias em meados da década de 1960 e ao longo dos anos 1970 encontraram limites na rigidez do modelo fordista, sugerindo uma reestruturação produtiva apta a atender às necessidades de flexibilidade e adaptabilidade do mercado – o que, por conseguinte, colocaria em questão todo o paradigma de regulação das relações individuais e coletivas de trabalho constituído historicamente desde o séc. XIX.

De acordo com Thomas Gounet (1999), as dificuldades de realização da mercadoria em dinheiro reclamaram a substituição da visão de grandes investimentos em produções de larga escala por uma organização produtiva mais consentânea com a demanda, e que se caracterizou pela intensificação da carga laboral (gerenciamento *by stress*), pela proliferação

das formas de subcontratação e pela redefinição do horizonte de ação sindical no bojo da conflitualidade Capital X Trabalho.

Por seu turno, Pierre Dardot e Christian Laval (2016) sugerem a compreensão do neoliberalismo como mais do que uma resposta a uma necessidade imposta pelas dificuldades da circulação capitalista ou do movimento de estruturas econômicas que seriam anteriores e determinantes das manifestações sociais. Antes, concebem-no como uma racionalidade própria, um *ethos* orientador de comportamentos positivos nas relações interpessoais, nas quais o Estado, no lugar da postura absenteísta que lhe é atribuída pelo liberalismo clássico, desempenha papel ativo na introdução e generalização do modelo concorrencial.

É nesse sentido que a implantação desse novo modelo de vida em sociedade não se realizaria sem contradizer o patamar regulatório sedimentado no influxo da questão social e das grandes transformações que essa impulsionou na sociabilidade humana, onde o trabalho ocupa posição de centralidade. O conjunto de modificações legislativas operadas sobre as relações de trabalho no pós-fordismo, ademais de iniciativas de flexibilização e desregulamentação, assumem o caráter de negatividade sistêmica do Direito do Trabalho, ao tempo em que podem expressar o que Dutra e Mello Filho (2013) caracterizam como um retorno às origens civilistas da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

Do ponto de vista das relações coletivas de trabalho, as entidades de representação dos trabalhadores testemunharam, desde as últimas décadas do século passado, uma tendência ao esvaziamento da ação sindical, cada vez mais restrita à função negocial – frequentemente justificada por uma agenda que preconiza a flexibilização da legislação trabalhista em favor de um direito *ao* trabalho; o que expressa, inclusive, uma outra máxima constantemente reiterada no processo social de reforma trabalhista na França e em diversos países: a defesa da flexibilização ou desregulamentação como resposta inescapável da crise econômica e como estratégia de preservação e ampliação de empregos. A esse respeito, por exemplo, Jair Batista da Silva e Ricardo Antunes (2015) destacam como o sindicalismo brasileiro das últimas três décadas, contrastando com a combatividade que teria revelado nos anos finais do regime civil-militar, foi se definindo por um novo *ethos* que “*para além de fetichizar a negociação, transforma os dirigentes em novos gestores que encontram na estrutura sindical mecanismos e espaços de realização*” (2015, p. 511-512).

Ainda tomando o sindicalismo brasileiro como exemplo, é possível afirmar que esse culto ou fetichismo da negociação, de que falam Silva e Antunes (2015), ademais de denunciar as dificuldades do movimento operário na formulação de uma agenda independente

e classista, desde a segunda metade dos anos 1990 (MARTINS, RODRIGUES, 1999; GALVÃO, 2009; DRUCK, 2006), também representa, quando debruçados sobre a esfera jurídica do sujeito coletivo sindical, e para resgatar a classificação sugerida por Orlando Gomes (1987), a primazia cada vez maior de uma das faculdades de sua autonomia privada coletiva, a liberdade de contratar, em sobreposição ao outro instrumento típico de autorregulação de seus interesses: a greve.

A hipótese sustentada neste trabalho é que uma análise dos indicadores jurídicos da reforma trabalhista na França, notadamente as modificações introduzidas nos campos da negociação coletiva de trabalho e das instâncias de representação de pessoal, permite revelar uma confirmação radical dessa primazia no âmbito da regulação jurídica das relações coletivas de trabalho.

Além disso, também pretende destacar como, num país de pluralismo sindical ou “liberdade sindical plena”, como é a França, essas modificações tensionam com aspectos essenciais na constituição histórica do princípio da liberdade sindical, considerada como corolário da liberdade de associação e de manifestação. E, portanto, não apenas como axioma estruturante para a conformação do Direito coletivo do trabalho em um sistema jurídico autônomo, mas sobretudo para a própria noção de um espaço público e democrático tal como afirmado na modernidade.

3 A REFORMA TRABALHISTA E UM NOVO MODELO DE REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO NA UNIÃO EUROPEIA: AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NO CÓDIGO DO TRABALHO FRANCÊS

Se é verdade que a crise do fordismo dos anos 1970 entrou em rota de colisão com alguma estrutura de proteção social, sobretudo nos países que viveram uma experiência de Estado do bem-estar, o momento flexível de acumulação encontrou na precarização e flexibilização sua instituição central, ao passo que introduziu não apenas uma nova forma de trabalho, mas também uma nova forma de gestão da vida e do tempo em sociedade (DRUCK, 2011) – portanto, uma nova sociabilidade para e pelo trabalho.

Na França, de acordo com Hirata e Préteceille (2002), desde meados dos anos 1980, as ciências sociais deixaram de tratar a precariedade apenas como exclusão de uma relação de emprego e de condições dignas de vida dentro e fora das relações de trabalho, para compreender no conceito de precarização a desestabilização de todo o mundo assalariado. Essa desestabilização repercute dialeticamente em todas as camadas sociais, sobretudo para os

setores mais vulneráveis, e em sua relação específica com o trabalho, ainda tomado como centro de referência para observação dos fenômenos sociais.

Em que pese as defesas em torno de um receituário neoliberal nos países de capitalismo avançado datem da crise do Estado Social na década de 1970 (ANTUNES, 1995) – bem como sua continuidade histórica com o darwinismo social de fins do séc. XIX e início do XX (DARDOT; LAVAL, 2016) –, a consolidação dessa racionalidade é agudizada após a crise econômica mundial de 2008, ao mesmo tempo em que proliferam as defesas de um paradigma de regulação para o trabalho mais coerente com o *ethos* de uma sociedade fundada na concorrência e na concepção de “homem-empresa”, e em que é transferida ao indivíduo a responsabilidade sobre a gestão de sua própria vida em sociedade e seus respectivos riscos (DRUCK; SILVA, 2018).

Especificamente no que se refere à relações de trabalho francesas, segundo Laurent Willemez (2017), os anos 1980 teriam caracterizado a polarização paradigmática entre, por um lado, uma concepção de Direito do Trabalho fortalecida com as mobilizações populares do maio de 1968 e que traria consigo os caracteres da proteção do trabalhador e da intervenção estatal na conflitualidade Capital X Trabalho e, por outro lado, em defesa das reformas neoliberais, uma abordagem mais centrada na perspectiva da empresa e da ideia de um direito que, desregulamentando e flexibilizando a legislação trabalhista, viabilizasse o acesso ao trabalho.

Na Europa dos anos 1990, diversos fatores também concorreriam para o acirramento da crise neoliberal: a desintegração do bloco soviético, a definição do euro como moeda comum, a *global race* (ideal de concorrência internacional na zona do euro) e a crescente identificação do paradigma protetivo do direito do trabalho, sob a forma de uma alarmada “rigidez” da legislação trabalhista, como obstáculo para a realização de um direito “ao” trabalho (SUPIOT, 2016).

É nesse contexto que, a partir da crise econômica de 2008, a Comissão Europeia – CE passou a sugerir todo um programa de medidas a serem adotadas pelos países membros da União Europeia, e que tinham como centro de gravidade modificações paradigmáticas no sistema historicamente cristalizado de regulação das relações de trabalho em cada ordenamento jurídico. Diagnosticados, nos índices crescentes de desemprego e no acirramento das contradições sociais, os sintomas da doença, a CE se ocupou de receitar o “remédio”, sob a forma de um radical esvaziamento da proteção social, com a flexibilização das leis trabalhistas e a desregulação do mercado de trabalho. É assim mesmo que Dardot e

Laval descrevem a crise como forma de governo ou a anatomia do “novo” neoliberalismo: a apresentação incessante de respostas às problemáticas sociais que apenas reforçam as causas de seu aparecimento, no lugar de substituí-las (2019).

Com efeito, o ordenamento jurídico trabalhista francês não escapou à regra, muito embora tenha sido o último país da zona do euro que aderiu às reformas preconizadas pela Comissão Europeia. A Lei El Khomri (Loi n° 2016-1088) e as cinco *ordonnances* editadas pelo Presidente Emmanuel Macron operaram essa modificação no principal marco regulatório do trabalho francês, o *code du travail*.

À nova razão do mundo não poderia deixar de corresponder uma nova razão para o direito do trabalho (JESUS, OLIVEIRA, 2019) e, ainda que os dados sobre o mercado de trabalho na França desses anos seguintes à reforma não confirmem a eficácia socioeconômica preconizada pelos seus defensores, o conjunto de modificações normativas apontam para a generalização, no processo de regulação social do trabalho, de “*uma racionalidade jurídica de contingências*” (JESUS, OLIVEIRA, 2019, p. 739).

Consideradas em conjunto, a Lei El Khomri e as *ordonnances* editadas sob a presidência de Emmanuel Macron modificaram severamente o código do trabalho francês, entre outros aspectos, naqueles em que disciplina as relações coletivas de trabalho – notadamente, nos pontos referentes à negociação coletiva de trabalho e as formas de representação dos trabalhadores na empresa.

Entre diversas modificações, Araújo *et. al* (2018) apontam a inversão na hierarquia das normas trabalhistas, a ampliação das hipóteses de negociação coletiva e de prevalência do *accord d’entreprise* (análogo ao acordo coletivo do ordenamento brasileiro) sobre o *accord de branche* (análogo à convenção coletiva), a unificação das instâncias de representação sob um comitê social e econômico – CSE e mesmo possibilidades de negociação direta com os trabalhadores, isto é, sem a interveniência do sindicato ou de um representante de pessoal.

Em muitos de seus elementos, as reformas apresentam contradições com todo o sistema de regulação das relações coletivas de trabalho, desnaturando institutos tal como se constituíram historicamente – como é o caso da negociação coletiva – e estreitando os horizontes e prerrogativas das instâncias de representação, cada vez mais perpassadas pela preocupação com a gestão de riscos econômicos e administrativos. Essas contradições provocariam tensões não apenas no interior do Direito do Trabalho, tomado enquanto sistema

de relações jurídicas específicas, como também na relação entre seus princípios fundamentais e o ordenamento jurídico como um todo.

Este tópico pretende sistematizar e analisar as principais alterações introduzidas no código do trabalho francês acerca das relações coletivas de trabalho, articulando-as ao sistema de relações jurídicas trabalhistas historicamente sedimentado na França e adotando como indicadores jurídicos centrais a negociação coletiva de trabalho e as instâncias de representação de pessoal.

3.1 A negociação coletiva de trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores.

De acordo com Marie-Laure Morin (2017), podem ser apontados ao menos quatro direitos fundamentais dos trabalhadores, reconhecidos constitucional ou internacionalmente, que são malferidos pelas *ordonnances* Macron: o princípio da participação, especialmente o direito à negociação coletiva (al. 8 do Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946⁴; Convenção nº 98 e Recomendação nº 91 da OIT); o princípio da liberdade sindical (al. 6 do Preâmbulo da Constituição de 27/10/1946, Convenção nº 87 da OIT); o princípio da liberdade contratual (art. 4º e 16 da Declaração dos direitos do homem de 1789 e art. 1º do protocolo adicional nº 01 da CEDH - Corte europeia dos direitos do homem); e o direito a um julgamento justo ou segundo o devido processo (art. 6º da CEDH). Também, o princípio à proteção contra a despedida ou da continuidade da relação de emprego (art. 24 da Carta social europeia revisada de 1966).

Em paralelo, seriam três os aspectos centrais nos quais as disposições das *ordonnances* atentam diretamente contra os mencionados direitos fundamentais: a) o referendo por iniciativa do empregador; b) os acordos de competitividade; c) o esvaziamento da proteção contra o desemprego.

É importante destacar que, na França, distintamente do Brasil, vige a regra do pluralismo sindical – ou liberdade sindical “plena”, preconizada pela Convenção nº 87 da OIT –, de modo que inexistente impedimento legal à criação de entidades sindicais coexistentes.

⁴ No ordenamento jurídico francês, o Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946 enuncia os direitos e as liberdades fundamentais e, por força da decisão da corte constitucional 71-44 DC de 16 de julho de 1971, integra o chamado “bloco constitucional”, operando como norma de valor constitucional na hierarquia normativa e funcionando como parâmetro para controle de validade das normas infraconstitucionais.

3.1.1 A proposta de acordo coletivo apresentada diretamente aos empregados, por iniciativa do empregador

Segundo a nova sistemática de regulação da negociação coletiva de trabalho na França, o empregador poderá validar uma proposta de acordo coletivo de trabalho por meio de consulta direta aos empregados, nas empresas com menos de 11 empregados, onde não exista delegado sindical (L. 2232-21⁵), sendo que a validade da norma coletiva é condicionada à aprovação por voto de $\frac{2}{3}$ dos empregados (L. 2232-22).

Essa consulta direta aos empregados também é autorizada nas empresas que possuam entre 11 e 20 empregados, que não possuam delegado sindical ou representante eleito para a delegação do Comitê Social e Econômico (L. 2232-23)⁶.

É importante destacar que a existência de um Comitê Social e Econômico – CSE apenas é obrigatória nas empresas que possuam a partir de 11 empregados, ao passo que a de delegados sindicais apenas é obrigatória nas empresas que possuam a partir de 50 empregados.

Por conseguinte, nas empresas que possuam até 20 empregados, como aponta Morin (2017), trata-se, em verdade, não de norma coletiva, mas de decisão unilateral do empregador referendada por $\frac{2}{3}$ dos empregados, porquanto ausente qualquer momento de negociação quanto à norma coletiva proposta, inclusive para a oposição de contrapropostas. Assim como no contrato individual de trabalho e no regulamento de empresa no Brasil, os empregados apenas podem aderir ou não às cláusulas da minuta do instrumento coletivo, formuladas unilateralmente pelo empregador. Nos termos do art. L. 2.232-21 do Código do Trabalho, o projeto de acordo deverá ser apresentado pelo empregador, mas não há qualquer menção à forma como esse projeto terá sido elaborado ou negociado.

Nesse sentido, as inovações introduzidas pelas *ordonnances* contrastam com a disposição da Convenção nº 98 e da Recomendação nº 91 da OIT, assim como o princípio da participação previsto na al. 8 do preâmbulo da Constituição francesa de 1946, que preconizam a presença necessária de representantes eleitos de pessoal ou sindical na negociação coletiva (MORIN, 2017).

⁵ Trata-se de referência às disposições do Código do Trabalho, disponível em: (https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/), acesso em 22 de outubro de 2020.

⁶ O Comitê Social e Econômico – CSE é instância de representação de pessoal por empresa, analisado no item 3.2 deste texto.

Ademais, no âmbito de um referendo, há substancial distinção da natureza dos interesses em jogo, se individuais ou coletivos: o voto pessoal supõe que o empregado decidirá segundo a proposta que melhor atenda seu interesse particular, ao passo que o representante eleito pelo pessoal ou sindical detém mandato para atuar não apenas em favor de interesses individuais, mas de toda a coletividade de trabalhadores. Como ressalta Morin (2017), é precisamente o caráter coletivo da vontade declarada pelo representante dos trabalhadores, cujo contrato deverá, inclusive, resguardar maiores garantias ao representante, que assegura a igualdade/paridade entre as partes da negociação, inexistente no âmbito do contrato individual de trabalho, dada a hipossuficiência do trabalhador.

Ainda segundo Morin (2017), a organização coletiva (no âmbito das instâncias de representação de pessoal – reduzidas, pelas *ordonnances*, ao CSE) ou o exercício do mandato sindical são garantias da independência do negociador ou do grupo de negociadores na representação dos interesses coletivos dos trabalhadores, razão por que é requisito indispensável de uma negociação adequada (corolário do devido processo legal)⁷.

Assim, a reforma trabalhista francesa, ao permitir a validação de “norma coletiva” pela aprovação da proposta do empregador por votação dos empregados, ignora a distinção entre a vontade coletiva dos trabalhadores, isto é, a negociação coletiva como instrumento de autorregulação de interesses coletivos, e a soma de suas vontades individuais, esvaziando o conteúdo semântico do princípio da autonomia coletiva dos trabalhadores, se adotarmos a classificação de Orlando Gomes (1987).

Esse último aspecto também cria uma incongruência no sistema de regulação das relações coletivas quanto à eficácia da norma coletiva sobre os contratos individuais de trabalho.

É que, no Direito do Trabalho francês, também são fontes do direito o costume da empresa (“*usage d’entreprise*”) e a decisão unilateral do empregador (“*décision unilatérale d’employeur*”). Esta última constitui num documento escrito por meio do qual o empregador, manifestando uma vontade unilateral, introduz modificações nas relações de trabalho que não estão previstas por norma coletiva ou no contrato individual de trabalho, mas que tampouco poderão fixar condições menos favoráveis aos empregados.

⁷ O art. L. 2.232-29 do Código do Trabalho (modificado pelo art. 8 da *Ordonnance* n° 2017-1385 de 22/09/2017) apresenta como princípios diretivos da negociação entre o empregador e os membros do CSE, mandatários ou não: a) a independência dos negociadores frente ao empregador; b) a elaboração conjunta do projeto de acordo pelos negociadores; c) a consulta aos trabalhadores; d) a faculdade de envolvimento com as organizações sindicais representativas da categoria.

É necessário ter em vista a distinção entre os efeitos jurídicos de uma decisão unilateral do empregador e a negociação coletiva: no âmbito da decisão unilateral, a vontade do empregador está limitada pelas cláusulas do contrato individual de trabalho – e, caso queira modificá-las, deverá fazer a proposta ao empregado (individualmente), que poderá aceitá-la ou rejeitá-la; no âmbito das relações coletivas de trabalho, a norma coletiva de pronto aderirá ao contrato de trabalho, salvo se houver norma mais favorável.

Assim, Morin (2017) destaca que, por meio do referendo introduzido pelas *ordonnances* Macron, o empregador poderá conferir a uma decisão unilateral aceita por $\frac{2}{3}$ dos empregados os efeitos de um acordo coletivo, cujas normas aderirão aos contratos individuais de trabalho e sem que o empregado possua outra escolha senão a rescisão do contrato.

Dessa forma, a noção de predominância do negociado sobre o legislado como mecanismo de flexibilização da legislação trabalhista, ao imprimir uma feição individualista às relações coletivas de trabalho e ao sistema de negociação coletiva, acaba, por outro lado, no âmbito das relações individuais, malferindo até mesmo os princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar naquilo em que regem o contrato individual enquanto acordo bilateral de vontades.

3.1.2 Os efeitos da norma coletiva sobre o contrato individual de trabalho: tensionamentos com a liberdade individual de contratar

No sistema de regulação das relações coletivas de trabalho, assim como descrito por Orlando Gomes (1987), a liberdade de contratar coletivamente se apresenta como uma faculdade jurídica do sujeito coletivo de direitos, que decorre de sua autonomia privada coletiva. Esta, por sua vez, não se confunde com a esfera jurídica individual de cada um dos membros da coletividade.

Por conseguinte, também no ordenamento jurídico francês, os sindicatos se afiguram como representantes do interesse coletivo do conjunto de trabalhadores e não como representantes dos interesses individuais de cada empregado, à maneira de um mandatário (MORIN, 2017). Decorre que a declaração de vontade coletiva não substitui a declaração de vontade individual do trabalhador⁸.

⁸ A diferença está em que, ao passo que o empregador participa e declara sua vontade no contrato individual do trabalho e no *accord d'entreprise* (instrumento análogo ao acordo coletivo de trabalho), o empregado individual apenas declara sua vontade no primeiro, figurando no segundo um outro sujeito de direitos, o ente coletivo, cuja vontade não substitui a do contratante individual.

Assim, como lembra Marie-Laure Morin (2017), a norma coletiva não vale como um novo contrato de trabalho, nem se incorpora ao contrato individual existente, mas, no objetivo de evitar o *dumping* social, opera como uma regra exterior ao contrato, permitindo ao empregado, no exercício de sua autonomia privada e no interior de sua esfera jurídica pessoal, a liberdade individual de contratar com o empregador condições específicas e mais favoráveis.

Assim, a autora destaca que a garantia de que a norma coletiva não prejudicará o empregado, criando obrigações ou renunciando a direitos para além do quanto já definido no contrato individual, resguarda também a liberdade contratual no âmbito de um acordo bilateral de vontades, tendo em vista que o empregado individual, distintamente do empregador, não participa nem tem seus interesses individuais representados na negociação coletiva.

Com a reforma trabalhista, o *Code du Travail* passa a afirmar que “*As estipulações do acordo se substituem de pleno direito às cláusulas contrárias e incompatíveis do contrato de trabalho, inclusive em matérias de remuneração, duração do trabalho e de mobilidade profissional e geográfica no interior da empresa*” (L. 2.254-2, III).

O mesmo artigo L. 2.254-2, nos itens III e IV, do *Code du Travail*, dispõe ainda que o empregado poderá recusar a aplicação do acordo coletivo ao seu contrato individual de trabalho, podendo fazê-lo por escrito ao empregador no prazo de dois meses. Entretanto, o item IV outorga ao empregador o prazo de dois meses da recusa para que inicie um procedimento de dispensa do empregado, inserindo categoricamente a recusa como “causa séria e real” apta a justificar a dispensa.

No Direito do Trabalho francês, por aplicação da Convenção nº 158 da OIT e distintamente do ordenamento brasileiro, a dispensa não constitui uma faculdade do empregador: para que possa proceder à dispensa do empregado, deverá justificá-la com uma “causa real e séria” que poderá ser de ordem pessoal ou econômica e que estará sujeita à apreciação, no caso concreto, de órgão jurisdicional. Dessa forma, ao categorizar, aprioristicamente, a recusa de aplicação do acordo ao contrato individual como “causa real e séria”, a reforma trabalhista transfere também ao empregado o ônus de desconstituir o fundamento utilizado pelo empregador para a dispensa, isto é, de provar a inexistência de justa causa.

Assim, ainda de acordo com Marie-Laure Morin, a disposição revelaria o caráter antissistêmico da reforma trabalhista, entrechocando-se mesmo com a autonomia privada tal como disciplinada no liberalismo clássico, afinal, “*o direito francês, que preserva a liberdade individual, não faz dos sindicatos os representantes dos trabalhadores a título individual! Os sindicatos não podem então negociar em seu lugar as condições do contrato de trabalho*” (MORIN, 2017, p. 595⁹).

É possível entrever, aqui, como a reforma trabalhista na França positiva e generaliza uma certa tendência de progressiva desvinculação ou mesmo de descaracterização da liberdade contratual coletiva, isto é, da liberdade de negociar coletivamente, enquanto uma das múltiplas faculdades jurídicas de um sujeito coletivo de direitos – e, portanto, como manifestação da liberdade sindical –, na medida em que a primazia da negociação coletiva é sobreposta à própria existência desse sujeito na empresa.

Ao mesmo tempo, os tensionamentos apontados entre os efeitos da negociação coletiva e a esfera jurídica individual dos trabalhadores também indicam uma descaracterização daquele instituto até mesmo quanto aos aspectos que permitiram, na história do Direito coletivo do trabalho na França, traçar limites entre uma autonomia privada coletiva e uma autonomia privada individual, e, portanto, a compatibilização entre a ideia de negociação coletiva do trabalho com os paradigmas de liberdade contratual individual tal como postulados no liberalismo clássico.

3.1.3 Um novo papel para a negociação coletiva: assegurar a concorrência de mercado – segurança jurídica e controle administrativo dos efeitos da norma coletiva de trabalho

Uma leitura das modificações introduzidas pela reforma trabalhista no Código de Trabalho da França, consideradas como um todo, também revela a forte preocupação que orientou as alterações normativas em, por um lado, garantir que sempre exista uma norma coletiva regulando as relações de trabalho ao nível de empresa e, por outro, assegurar que a negociação coletiva jamais prejudique a competitividade de mercado, chegando mesmo a autorizar ao Ministério do Trabalho que suspenda a eficácia de uma norma que entenda prejudicial à concorrência econômica.

Nesse sentido, o artigo L. 2.242-1 do Código do Trabalho tornou obrigatória a celebração de acordos de empresa ao menos uma vez a cada quatro anos, no que se refere às

⁹ Em tradução livre por este autor.

seguintes matérias: remuneração, tempo de trabalho, participação nos lucros, igualdade profissional entre homens e mulheres e qualidade de vida no trabalho.

Por outro lado, também é expressiva a preocupação com a segurança jurídica da norma coletiva: a *ordonnance* impôs à parte que a arguir o ônus de provar a nulidade da norma impugnada, garantindo presunção *juris tantum* de validade aos instrumentos coletivos celebrados, além de fixar o prazo decadencial de dois meses para a propositura da ação anulatória respectiva e permitir ao magistrado a modulação dos efeitos da decisão anulatória (L. 2.262-13, L. 2.262-14 e L. 2.262-15).

Ao mesmo tempo, a reforma trabalhista também criou uma espécie de controle administrativo, pelo Ministério do Trabalho, sobre a eficácia da norma coletiva, que deve evitar a possibilidade de que o “*accord de branche*” (instrumento análogo à convenção coletiva de trabalho) prejudique a capacidade de concorrência de algumas empresas de determinado ramo produtivo.

Nesse caso, a *ordonnance* nº 2017-1388 modificou o art. L. 2261-27-1 no Código de Trabalho, para incluir a possibilidade que o Ministro do Trabalho possa modular a eficácia da norma coletiva, quando entender existente “*atentado excessivo contra a livre concorrência ou com respeito aos objetivos da política de emprego*” (L. 2261-25).

A mesma *ordonnance* também incluiu o artigo L. 2261-27-1, com a seguinte redação:

Art. L. 2261-27-1 – O ministro do trabalho, por sua própria iniciativa ou por requerimento escrito e motivado de uma organização de empregadores ou de uma organização de empregados representativa no âmbito de incidência de uma convenção, de um acordo ou de suas alterações, nomeará um grupo de especialistas encarregados de apreciar os efeitos econômicos e sociais que podem resultar de sua extensão. (*Code du Travail*, 2020)¹⁰.

Dessa forma, o Ministério do Trabalho passa também a acumular a prerrogativa de suspender os efeitos de norma coletiva de trabalho, sob o fundamento de resguardar a competitividade de mercado e segundo os interesses da política de emprego sob aplicação, inclusive com a possibilidade de condicionar a eficácia da norma coletiva mais ampla à superveniência de um acordo de empresa que preveja disposições suplementares.

Trata-se de hipótese que confirma radicalmente a filiação da reforma trabalhista a uma racionalidade jurídica que, em lugar de simplesmente preconizar a abstenção do Estado de

¹⁰ Em tradução livre por este autor.

intervir sobre a esfera jurídica dos particulares, compromete a administração pública com o interesse de estabelecer, resguardar e proteger o modelo concorrencial, inclusive, se necessário, por meio de intervenções nessa mesma esfera privada.

Essa possibilidade, assim como as inconsistências com a proteção à liberdade contratual individual do empregado, apontadas por Morin (2017), sugere que as reformas neoliberais não nos colocam exatamente diante de um retorno às bases civilistas da regulação social do trabalho, em que o Direito do trabalho desapareceria em favor do restabelecimento de um liberalismo contratual clássico, mas na sua transmutação em uma disciplina normativa que, elevando a concorrência ao patamar de interesse público, autoriza, inclusive, a imposição de restrições às liberdades – sejam elas coletivas ou individuais.

3.2 A unificação de todas as instâncias de representação de pessoal na empresa sob o Comitê Social e Econômico – CSE

Entre as principais modificações introduzidas pelas *ordonnances* publicadas por E. Macron, está a unificação de todas as instâncias de representação de pessoal na empresa sob uma única instituição: o Comitê Social e Econômico – CSE.

Obrigatório nas empresas que possuam mais do que 11 empregados, o Comitê Social e Econômico reúne as atribuições de três Instituições de Representação de Pessoal – IRP até então distintas e independentes entre si: o Comitê de Empresa – CE, a Delegação de Pessoal - DP e o Comitê de Higiene, Segurança e Condições de trabalho – CHSCT.

O Comitê Social e Econômico (CSE) torna-se um órgão obrigatório para as empresas de pelo menos 11 funcionários. O CSE possui as seguintes atribuições: (i) apresentar ao empregador as reivindicações individuais ou coletivas relacionadas ao cumprimento do Código do Trabalho, salários, aplicação de acordos e convenções coletivas aplicáveis na empresa; (ii) atuar na promoção da saúde, segurança e melhora das condições de trabalho, além de investigar acidentes de trabalhos e a ocorrência de doenças ocupacionais; (iii) acionar a inspeção do trabalho para resolver problemas relacionadas ao descumprimento de disposições legais pela empresa. Ele é composto pelo empregador e representantes dos funcionários. Nas empresas de menos de 300 trabalhadores, é obrigatório a presença de um delegado sindical no CSE. E nas empresas com mais de 300 empregados, cada entidade sindical representativa dentro da empresa tem o direito de designar um membro para compor o CSE. (JESUS, OLIVEIRA, 2019, p. 727).

Dessa forma, além de reduzir as instâncias de diálogo social no âmbito da empresa, com a concentração de todas as atribuições no CSE, também deixou de existir uma IRP

responsável exclusivamente pela matéria de saúde e segurança no ambiente de trabalho. Porta e Sachs (2017) destacam que, de todas as instituições de representação de pessoal dissolvidas e cujas atribuições foram reunidas no CSE, a comissão de higiene, segurança e das condições de trabalho - CHSCT é a mais recente, de 1982.

Assim, é destacado que, embora o Direito do Trabalho francês tenha avançado nos anos anteriores no sentido de conferir maior autonomia e eficiência à CHSCT, a sua supressão e a concentração de suas atribuições no CSE esvaziam não apenas o direito dos trabalhadores à representação coletiva no âmbito da empresa, e, portanto, o diálogo social reivindicado como justificador da reforma trabalhista (JESUS, OLIVEIRA, 2019), como também o seu direito à saúde e segurança no trabalho, cuja obrigação de garantir e observar incumbe ao empregador.

Dois são aspectos apontados como centralmente prejudicados pela dissolução do CHST e pela reunião de suas atribuições no CSE: de um lado, a perda de uma instituição especializada na matéria de saúde e segurança operando no âmbito da empresa, e que acabaria sendo obrigada a dividir sua atuação e atenção com outras matérias. Por outro lado, e de forma correlata, haveria a perda da independência decisória, pela tendência de que o Comitê Social e Econômico, reunindo também as atribuições do Comitê de Empresa e da Delegação de Pessoal, acabe não tomando decisões fundadas exclusivamente no interesse de resguardar a saúde e a segurança dos trabalhadores no ambiente laboral, ante a probabilidade de que esses interesses sejam contrabalançados com outras pautas, inclusive de ordem administrativa e financeira, que também estão incluídas entre os compromissos e a agenda do CSE (PORTA, SACHS, 2017).

Dessa forma, a unificação das instituições de representação de pessoal não significará apenas a redução dos espaços de organização coletiva dos trabalhadores, mas sobretudo a inexistência de um segmento especializado e exclusivamente voltado a resguardar os interesses objetivos de proteção à saúde e à segurança dos trabalhadores na empresa, inclusive com possibilidade de que esses interesses sejam capturados pela preocupação com os riscos administrativos e profissionais da atividade econômica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre as conclusões talvez mais frequentes acerca das mudanças que as *ordonnances* Macron operaram na regulação das relações coletivas de trabalho na França (assim como no Brasil), aparece quase sempre a denúncia de uma certa “irracionalidade” da reforma

trabalhista, que em grande medida se expressa na dificuldade de compatibilizar os pontos principais da reforma com aqueles elementos normativos mais caros a um certo paradigma de Direito do Trabalho cristalizado desde a revolução industrial.

Se por um lado, é verdade que a reforma contradiz diversos dos institutos que contribuíram para o aparecimento histórico do Direito do Trabalho como um sistema científico autônomo, dotado de certa coerência interna, normativa e semântica, por outro, no caso da França, as reformas também parecem ir de encontro a certos limites lógico-jurídicos até então existentes entre uma autonomia coletiva, tal como definida por Orlando Gomes (1986), e a esfera particular dos trabalhadores, revelando um contraste até mesmo com as noções de liberdade individual e autonomia da vontade tal como preconizadas no contratualismo liberal.

Nesse sentido, a prerrogativa de modulação, pelo Ministério do Trabalho, dos efeitos da norma coletiva, no interesse de salvaguardar o modelo concorrencial, negando-lhe incidência sobre os contratos de determinadas empresas, na medida em que conforma uma possibilidade de intervenção direta do Estado na autonomia negocial entre empregados e empregadores, também sugere a radical transmutação do modelo de regulação das relações laborais numa disciplina normativa que, sob o argumento de salvaguardar a concorrência, autoriza até mesmo a imposição de restrições às liberdades – sejam elas coletivas ou individuais.

Ao mesmo tempo, a conformação de possibilidades de contratação coletiva *ad referendum* dos empregados, ausente qualquer interveniência sindical, também aponta para a progressiva descaracterização da negociação coletiva não somente como uma forma de ação sindical, a seu turno inseparável do direito de greve, mas também como o exercício de uma faculdade jurídica por um sujeito coletivo de direitos, cuja existência, a do sindicato, antes justificada unicamente pela necessidade de negociar, chega então a ser dispensada ante a imperiosa necessidade de que exista, sempre, uma norma coletiva regulando e minudenciando as relações de trabalho nos limites da empresa.

É nesse sentido que o caráter antissistêmico ou irracional da reforma, naqueles aspectos em que contrasta com o sistema historicamente construído do direito do trabalho, não deve ocultar o que pode ser uma sistematicidade ou uma racionalidade jurídica própria, mais coerente com o *ethos* neoliberal – e, portanto, com uma “nova forma de governo” (Dardot, Laval, 2016) que adota, no ápice de seu sistema normativo, o compromisso de

promover, manter e resguardar o modelo concorrencial, inclusive, se necessário, contra as liberdades individuais ou coletivas dos governados.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. Campinas: Cortez Editora, 1995.

_____.; SILVA, Jair Batista da. **PARA ONDE FORAM OS SINDICATOS? Do sindicalismo de confronto ao sindicalismo negocial**. Cad. CRH [online]. 2015, vol.28, n.75, pp.511-527.

ARAÚJO, Maurício Azevedo. DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. **Neoliberalismo e flexibilização da legislação trabalhista no Brasil e na França**. Salvador: Caderno do CEAS, nº 242, 2017.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Trad. MAGALHÃES, L. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Trad. ECHALAR, M. São Paulo: Boitempo, 2016.

_____. *Anatomía del nuevo neoliberalismo*. *Viento sur*, nº 164, año XXVII, Jun. 2019.

DRUCK, Graça. **Trabalho, precarização e resistências: velhos e novos desafios?** Caderno CRH, Salvador, número especial 01, 2011.

_____. JESUS, Selma Cristina Silva. **“Reforma trabalhista”: uma contrarreforma para impor a precarização como regra**. In. BENDA, L. R. A Reforma trabalhista na visão da AJD. São Paulo: AJD, 2018.

_____. THÉBAUD-MONY, A. **Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil**. In. DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. (orgs). A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **Os sindicatos, os movimentos sociais e o governo Lula: Cooptação e resistência**. In: OSAL, Observatorio Social de América Latina, año VI, no. 19, ene-abr, 2006. DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social**. Vol. I. Trad. FREITAS, E. Lisboa: Presença, 1989.

GALVÃO, Andréia. **A reconfiguração do movimento sindical no governo Lula**. In: Outubro Revista, n. 18, 1º semestre de 2009. Pp. 179-200.

GOMES, Orlando. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

_____. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

HIRATA, H. PRÉTECEILLE, E. **Trabalho, exclusão e precarização socioeconômica: o debate das ciências sociais na França**. Salvador: Cad. CRH, v. 15, n. 37, 2002.

JESUS, Selma Cristina Silva de; OLIVEIRA, Douglas Mota. **A nova razão do direito do trabalho: uma análise dos indicadores jurídicos e sociais da reforma trabalhista na França**. Cadernos do CEAS: Revista Crítica de Humanidades. Salvador, n. 248, set./dez., p. 713-741, 2019.

MORIN, Marie-Laure. *Derrière “le pragmatisme” des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail*. In. *Le droit ouvrier: revue juridique de la Confédération Générale du Travail, Paris, octobre, 2017*, p. 590-597.

MARTINS, Heloísa de Souza; RODRIGUES, Iram Jácome. **O sindicalismo brasileiro na segunda metade dos anos 90**. Tempo Social, Brasil, v. 11, n. 2, p. 155-182, oct. 1999.

MATOS, Marcelo Badaró. **Trabalhadores e Sindicatos no Brasil**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MELLO FILHO, Luís Philippe Vieira de; DUTRA, Renata Queiroz. **Contrato de locação de serviços, contrato de prestação de serviços e contrato de trabalho: um retorno às origens?** In: TEPEDINO, G. MELLO FILHO, L. P. V. FRAZÃO, A. O.; DELGADO, G. N. (Org.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 1, p. 215-247.

PORTA, Jérôme; SACHS, Tatiana. *La fusion des institutions représentatives du personnel: porte-t-elle atteinte à leur capacité d'intervention en matière de santé et de sécurité au travail?* In. *Revue de Droit du Travail, n° 11, novembre, 2017*, p. 691-700.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

SUPIOT, Alain (coord). *Au-dela de l'emploi: les voies d'une vraie réforme du droit du travail*. Paris: Flammarion, 2016.

STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa**. Trad. ANTUNES, C. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e sindicato no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

WILLEMEZ, Laurent. *Le travail dans son droit: sociologie historique du droit du travail en France (1892-2017)*. Paris: LGDJ, 2017.

A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA SOBRE TELEMEDICINA: UM IMPULSO DADO PELO COVID-19 EM BUSCA DA GARANTIA AO ACESSO À SAÚDE

Fernanda Victoria Meneses da Silva *

Ana Carolina Goncalves Santos **

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar a legislação sobre a telemedicina no Brasil com o escopo de verificar como ela está sendo implementada, qual o seu impacto a partir do advento da COVID-19 e quem, verdadeiramente, possui acesso a esse sistema, verificando as dificuldades para a sua efetivação e o que pode ser feito para superá-las, através de uma pesquisa explicativa, ao deixar claro todas as informações à respeito do objeto, e bibliográfica, ao verificar os artigos, autores, legislação e jurisprudência, além das recomendações, regimentos e resoluções do Conselho de Medicina. Concluímos, a partir da pesquisa, que o Brasil não é um país preparado para a implementação da telemedicina, em razão da legislação brasileira não trazer o suporte necessário, deixando a cargo do Conselho Regional de Medicina a forma com que eles deverão atuar, acarretando a fragmentação e divergência acerca do tema. Além disso, existem questões sociais e de infraestrutura mais profundas que acabam dificultando a consolidação da telemedicina, como por exemplo, mais da metade da população brasileira possui dificuldades com o acesso à internet, não possuindo uma banda larga de qualidade que ajude a sanar essa deficiência. A importância desse tema se dá a partir de um novo cenário no âmbito da saúde em razão da COVID-19 e, por isso, deve-se analisar a saúde como um direito fundamental ao indivíduo e prezar pela inclusão de toda a população no sistema de saúde. Verifica-se que é necessária uma mudança e consequente adaptação na legislação brasileira sobre a telemedicina, principalmente quanto à disponibilização do acesso à internet, a promoção de todas as espécies do gênero “telemedicina” e sobre sua vigência.

PALAVRAS-CHAVE: Telemedicina; Coronavírus; Legislação; Internet.

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the legislation on telemedicine in Brazil with the extent of verifying how it is being implemented, what is its impact since the COVID-19 arrival and who truly has access to this system, checking the difficulties for its implementation that are found in the country and what can be done to overcome them, through an explanatory research, to make clear all the information on the object, and bibliographical, verifying the articles, authors, legislation and jurisprudence, besides recommendations, statutes and resolutions from the Medical Council. Brazil is not a country prepared for the telemedicine implementation. Brazilian legislation does not provide any assistance for this, leaving the Federal Council of Medicine in charge of how they should act, with no unification on the subject. Also, more than half of the Brazilian population has difficulties with access to the internet and does not have quality broadband to help remedy this deficiency. Health must be analyzed as a fundamental right for the individual and the inclusion of the entire population in the health system should be valued. There is still a need for a change and consequent adaptation in the Brazilian legislation on telemedicine, mainly

* Estudante de Direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: fer.victoria23@gmail.com.

** Estudante de Direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: ana.g.santos58@gmail.com

regarding the availability of internet access, the promotion of all species of the genus “telemedicine” and its validity.

KEYWORDS: Telemedicine. Coronavirus. Legislation. Internet.

SUMÁRIO: Introdução 2. O avanço mundial da telemedicina 3. Análise da legislação brasileira sobre a telemedicina: seria uma inovação? 4. O real acesso ao tratamento para o covid-19 no Brasil 5. A telemedicina como garantia de acesso à saúde de todos: possível ou não? 6. Conclusão 7. Referências bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 ficará mundialmente conhecido como o ano das consequências da pandemia originada pelo vírus SARS-COV2, causador da mais devastadora doença deste século. Diante do ineditismo dessa situação, é de extrema importância verificarmos se o ordenamento jurídico brasileiro permite a adoção de certas práticas e procedimentos, como a telemedicina, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais do indivíduo, através de uma adaptação rápida às restrições (isolamento e distanciamento social, proibição de aglomeração, máscaras e constante higiene das mãos) decorrente da pandemia.

É importante definirmos o termo “pandemia”. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), é a disseminação mundial de uma nova doença, sendo utilizado, portanto, quando uma epidemia, um grande surto que atinge determinada região, alastra-se por vários continentes.

Esse novo vírus causa uma síndrome aguda respiratória grave com diversos sintomas que se modificam a partir da carga viral recebida, havendo uma diferenciação entre pessoas assintomáticas e com sintomas graves da doença. Alguns exemplos de sintomas são as complicações pulmonares, falta de ar e, em alguns casos, danos cerebrais.

A doença COVID-19 fez com que os sistemas de saúde se vissem confrontados com um ambiente volátil, incerto, complexo e ambíguo. Com efeito, volátil e incerto pela própria complexidade e desconhecimento do novo corona vírus, o que acabou originando um ambiente de insegurança, em razão de inúmeros tratamentos sem o devido respaldo científico. A título de exemplo, pode-se mencionar o Brasil, com o incentivo ao uso da cloroquina e ivermectina e, por conseguinte, da difusão de *fake news*, impulsionando a sociedade à um

cenário irreal dessa nova doença, além da incerteza dos métodos de precaução que são liberados pouco a pouco pela Organização Mundial de Saúde, de acordo com os estudos realizados em meio ao caos, à medida que vai se descobrindo as potencialidades do novo vírus.

Esse estado de coisas criou desafios na forma de agir, organizar, reestruturar e garantir a segurança em tempos de crise, principalmente na saúde, área diretamente mais afetada em decorrência da pandemia. Precisamos conviver e nos adaptar as diversas recomendações que nos foram passadas durante esse período, tais como a utilização da máscara, higienização das mãos, e, em especial, ao isolamento social, que nos revelou uma nova forma de viver através da utilização da tecnologia em diversas relações sociais, familiares, trabalhistas e de entretenimento.

A telemedicina surge, então, como uma alternativa fundamental para evitar-se o contato presencial e, com isso, diminuir o contágio dos pacientes e propensos pacientes que estejam em isolamento, mas necessitam de tratamento médico em função de outra enfermidade, tendo em vista que pessoas de grupos de risco, por exemplo, ao saírem de casa para ir a um consultório médico podem entrar contato com pessoas que podem estar contaminadas ou que não respeitam o distanciamento social, podendo até gerar uma aglomeração desnecessária, além de tornar-se um meio para diminuir a transmissão do vírus, possibilitando um atendimento, em teoria, mais célere para aqueles que foram contaminados.

O objetivo principal é analisar se a telemedicina é regulamentada corretamente pela legislação brasileira e, por conseguinte, a eficácia dessa prática num país envolto por desigualdades sociais. O cenário pandêmico é ideal para a consagração da telemedicina, principalmente, pela necessidade de adaptação rápida de um sistema de saúde, que é preponderantemente presencial, favorecendo a evolução da doença em um Estado Democrático de Direito, que deve garantir o acesso à saúde para todos os cidadãos.

Dessa forma, utilizamos, no presente trabalho, a metodologia de pesquisa explicativa, de forma que buscamos demonstrar todas as informações a respeito do uso da telemedicina na pandemia de COVID-19 e quais os fatores que permitem essa utilização, bem como o uso de pesquisa bibliográfica, baseando este artigo em documentos, artigos, notícias e qualquer documento que seja de fácil acesso para a leitura.

Realizando uma consulta no site dos Descritores em Ciências da Saúde (DeCS) com o termo “Telemedicina”, encontramos a seguinte definição: “oferta dos serviços de saúde por

telecomunicação remota”. A definição inclui tanto os serviços de consulta como os de diagnósticos interativos. Essa explicação, apesar de objetiva, é um tanto limitada, uma vez que a Telemedicina também pode ser aplicada, por exemplo, para fins educacionais de aperfeiçoamento para profissionais da saúde e mesmo para promoção da saúde popular, modalidade de assistência em saúde que emerge dos saberes locais de profissionais de saúde anônimos integrantes da comunidade. (BARBOSA et al., 2019)

A telemedicina é definida, também, pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como a providência de cuidados médicos, em lugares em que a distância é um fator crítico, pelos profissionais da saúde, utilizando-se das tecnologias de informação e comunicação para a troca de informações válidas para o diagnóstico, tratamento e prevenção de doenças, para a pesquisa e avaliação e para a educação contínua dos profissionais de saúde, no interesse de promover a saúde individual e coletiva. (SERIES, 2010)

As aplicações da telemedicina são variadas, e observa-se que o emprego da tecnologia na saúde apresenta níveis variados de maturação para as distintas áreas da medicina. A OMS aponta como as principais interações do segmento da telessaúde, por vezes utilizada como sinônimo de telemedicina em razão de sua caracterização que é a distribuição de serviços e informações relativas à saúde através de meios tecnológicos de informação e telecomunicações, a telemedicina entre o profissional da saúde-paciente e a telemedicina entre profissionais da saúde. (SERIES, 2010)

A maioria dos serviços de telemedicina que incide sobre diagnóstico e manejo clínico já é rotineiramente oferecida nos países mais desenvolvidos. Além disso, dispositivos de medição biométricos, tais como monitores de frequência cardíaca, pressão arterial e de glicose no sangue são cada vez mais usados para acompanhar e gerenciar remotamente os pacientes com doenças agudas e crônicas. Nos países em desenvolvimento, a telemedicina tem o potencial de solucionar grandes desafios da saúde, nomeadamente na ampliação do acesso a serviços médicos especializados a locais que não os apresentam, na melhoria da qualidade da atenção à saúde, na redução do tempo gasto entre o diagnóstico e a terapia, na racionalização de custos e no apoio à vigilância epidemiológica, auxiliando na identificação e rastreamento de problemas de saúde pública. (WHO, 2009)

A telemedicina ganha espaço em países em desenvolvimento, como o Brasil, que não possui uma cultura tecnológica bem definida na saúde em comparação com o Canadá, por exemplo, que é considerado um país de excelência no que tange à instrumentalização nos

procedimentos médicos, utilizando até mesmo robôs para garantir uma maior precisão nas formas de realização destes, nesse contexto de crise em decorrência da COVID-19.

Esse status de pandemia nos arremessou, se nos permitem a analogia, em uma lagoa profunda de tecnologias, e estamos tendo de aprender a nadar rapidamente para sobrevivermos. Porém, o que trazemos como ideia principal, além de uma comparação, no que diz respeito a difusão da telemedicina, com outros países situados em continentes diferentes e com uma cultura diferente, é a desigualdade socioeconômica brasileira que acaba ocasionando milhares de mortes nessa lagoa da tecnologia. E qual o motivo para isso? O árduo acesso à internet e aos instrumentos que possibilitam essa difusão tecnológica, como os computadores, smartphones e tablets, bem como a dificuldade no manuseio desses itens, em alguns locais.

Vivemos em um país em que o número de pessoas que estão na linha abaixo da pobreza, e, segundo dados do IBGE em 2018, chega à 25,3%, e isso pode ser considerado alarmante. E, a partir dessa perspectiva, trazemos um questionamento: é possível a aplicação da telemedicina a partir do ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, a sua eficácia em razão da diversidade social e econômica brasileira?

Inicialmente, verifica-se um embasamento jurídico deficitário no que concerne a própria consagração da telemedicina. Existem um rol restrito de práticas relacionadas a esse gênero e algumas medidas que dificultam o funcionamento integral dessa nova prática.

Apesar de não ser um tema muito recente, haja vista que, em diversos países, essa prática já estava em desenvolvimento, aqui, no Brasil, a telemedicina é considerada algo novo, tendo a legislação se adequado a partir dessa crise. A COVID-19 incentivou os órgãos responsáveis pela regulamentação da telemedicina.

Hoje, para regulação do tema, temos a lei nº 13.989/2020, que trata sobre aspectos da telemedicina, além de algumas portarias e decretos do ministério da saúde e orientações dos conselhos de medicina que analisaremos a seguir.

Na relação médico-paciente estabelecida a partir da telemedicina, verifica-se uma impessoalidade, que não é familiar à população brasileira, a qual tem uma cultura de proximidade e de contato físico, o que acaba dificultando a aderência à telemedicina.

Trazemos, então, aspectos positivos e negativos dessa nova realidade através do incentivo da telemedicina que, na teoria, é um grande instrumento de aproximação do paciente, mas, na prática, verificamos como uma forma de segregação social.

2 O AVANÇO MUNDIAL DA TELEMEDICINA

A telemedicina é considerada um gênero, no qual existem diversas espécies. Dentre elas, as mais comuns são: teleconsulta, que é a mais conhecida, teleorientação e a interação entre dois médicos (MUNDIAL, 1999). É importante destacar, ainda, que a telemedicina pode ter uma interação em tempo real ou tempo diferido (*store and forward*), quando têm-se um armazenamento de informações do paciente que serão analisadas posteriormente pelo médico.

O termo *store and forward*, na telemedicina, é utilizado para indicar a coleta, transmissão e a interpretação de dados do paciente em momento posterior ao da realização do exame pelo médico, sendo utilizada a extração dessas informações de dispositivos que, no momento da realização da consulta e do exame, são utilizados pelos pacientes, com rápida transmissão desses dados por meio de portais internos dos hospitais, celulares e tablets, permitindo atualizações e lembretes (ROMANICK-SCHMIEDL, RAGHU, 2020).

Esse modo de intervenção na telemedicina é denominado como videoconferência assíncrona, utilizando o sistema de armazenamento e envio de imagens diagnósticas, sinais vitais e/ou vídeo clipes em conjunto com os dados do paciente para revisão posterior do especialista (LOPES et al., 2019).

A expressão surgiu, originariamente, dentro do âmbito das telecomunicações, sendo utilizada para definir uma técnica que ocorre quando a informação é levada a uma estação intermediária para que depois possa chegar ao seu destino. Dessa forma, sendo similar ao que ocorre na entrega do exame em momento posterior para o médico, se fez necessário o uso do termo dentro do âmbito da telemedicina.

O progresso tecnológico no mundo vem afetando a sociedade sob diversas formas e em diversos setores, e com a medicina não é diferente.

Em Portugal, por exemplo, a telemedicina atua por mais de 20 (vinte) anos, embora tenha sido, até aqui, baseada sempre em projetos locais ou projetos-piloto e em áreas muito específicas da Medicina, em modelos médico-médico ou médico-médico/doente. Como exemplos, podemos mencionar o projeto de telemedicina da Cardiologia Pediátrica do Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra (CHUC) na região centro, com mais de 20 anos de experiência, ou da teledermatologia em vários centros de saúde na região norte do país. Também, nos últimos anos, apareceram alguns projetos de modelos de videoconsultas médico-doente, de que é exemplo o Centro Clínico Digital do Hospital da Luz, aplicado a várias especialidades clínicas (LOPES et al., 2020).

Com o cenário da COVID-19, começaram a surgir diversas questões sobre como se dariam, de maneira prática, os atendimentos, tanto dos pacientes com sintomas mais brandos do vírus, que necessitam, de qualquer sorte, de acompanhamento, quanto dos pacientes com outras doenças que, por outro lado, também precisam do acompanhamento.

A maioria das instituições de saúde nacionais e internacionais, públicas e privadas, implementaram os seus modelos de consultas remotas de molde a manter contato com os seus doentes. “Este contato remoto é apreciado pelos doentes e pelos profissionais de saúde, mesmo por aqueles que, antes da pandemia por COVID-19, levantavam muitas dúvidas sobre a eficácia e/ou segurança deste tipo de seguimento remoto” (FERREIRA, 2020).

A telemedicina encontra-se já amplamente implementada nos cuidados de saúde primários de locais como a Austrália ou o Reino Unido, onde representa aproximadamente um quarto do número total de consultas realizadas neste setor. (CHAUNDHRY et al., 2020)

No Canadá, os registros da telemedicina podem ser observados a partir da década de 50, quando, em 1957, o Dr. Albert Jutras, radiologista do hospital Hôtel Dieu em Montreal, utilizou circuito fechado de televisão para transmissão de imagens médicas (BASHSHUR, 2000).

Na década de 60, utilizava-se a transmissão de eletroencefalogramas a longa distância através de satélites. Em 1976, o lançamento do satélite Hermes-CTS permitiu a realização de experimentos e projetos-piloto entre o Canadá e os EUA, visando o atendimento das regiões distantes do norte do país (KHOURI, 2003).

Ao longo dos anos, observa-se que o governo canadense mantém uma política de apoio às iniciativas relativas ao provimento de serviços e educação médica à distância.

O principal fator de desenvolvimento da telessaúde, em geral, além do desenvolvimento tecnológico, foi a disponibilidade de fundos para aquisição, implementação e manutenção de sistemas de telessaúde, que acaba recaindo na telemedicina, além do financiamento de projetos de pesquisa e projetos piloto, e estímulos às pequenas empresas para o desenvolvimento de tecnologia e inovações, através da facilidade de crédito (FREUDENHEIM, 2010).

Atualmente, é possível perceber um avanço na telecirurgia, através de robôs inteligentes e, com o novo coronavírus, houve uma ampliação no alcance das pessoas no que se refere aos serviços da telessaúde, em razão do alto desenvolvimento no país.

Tratando de outro país desenvolvido, temos os Estados Unidos da América, que é um grande investidor da pesquisa, o que acaba, porventura, influenciando na implementação da telemedicina no país.

As pesquisas norte americanas, no entanto, não se limitam à formação e aplicação da Telemedicina, mas, igualmente, tratam da regulamentação e obrigações a ela relacionadas. Em 1993, por exemplo, foi criada a *American Telemedicine Association* (ATA), uma entidade sem fins lucrativos, que promove estudos e pesquisas no campo da telemedicina, enquanto que o Estado de Maryland trabalha em um projeto de atendimento por telemedicina em áreas rurais e, em nível federal, a pesquisa e desenvolvimento da telemedicina é alvo de financiamento específico. (ROWTHORN, HOFFMANN, 2011)

Os estudos promovidos em universidades também detêm igual importância. A *University of Maryland Baltimore*, que implementou um programa de atendimento a gestantes de alto risco e a pacientes vítimas de acidente vascular cerebral ou trauma cerebral, contempla exames e consultas utilizando computadores, telefones celulares e internet, para permitir que médicos especialistas diagnostiquem e tratem pacientes em locais distantes e mais afastados do centro. (AMERICAN, 2009)

Em que pese o avanço da telemedicina e dos estudos quanto as suas repercussões jurídicas, o tema ainda suscita debates quando se trata de tributação e direitos obrigacionais. Em 2010, a *Federal Communication Commission* (FCC) divulgou o *National Broadband Plan* (NBP), no qual realça a importância da banda larga como ferramenta útil aos cuidados de saúde, além de traçar diretrizes cuja implementação é desejável - como o registro eletrônico de saúde e o uso compartilhado de dados de saúde -, e incentivar o governo federal a expandir reembolsos de atendimentos em telemedicina e viabilizar um amplo perfilhamento a essa modalidade. (DOMINGUES et al., 2014)

A regulamentação da telemedicina nos EUA é bem avançada. A *Health Information Technology for Economic and Clinical Health Act* (HITECH) foi promulgada, na sequência da *American Recovery and Reinvestment Act* (ARRA) e na recente reforma do sistema de saúde (*Health Care Reform*) (FREUDENHEIM, 2010), que criou o *Center for Medicare and Medicaid Innovation* (CMI), para explorar o uso da telemedicina na área de saúde mental, AVC's e doenças crônicas, sem prejuízo da competência estadual, sendo possível identificar que diferentes estados dos EUA promulgaram suas próprias regulamentações, estruturando o atendimento na área da saúde e organizando o exercício da medicina dentro de suas fronteiras, incluindo o licenciamento. (BASHSHUR, 2008)

No entanto, o federalismo americano impede que os médicos possam atuar nos outros Estados, haja vista que a licença para o exercício da medicina é estadual, o que dificulta, e muito, o progresso da telemedicina no país.

Assim, um dos desafios da telemedicina nos EUA seria o de unificar o licenciamento médico para admitir que a habilitação permita a atuação do médico em todo o território dos EUA. (PAUL, 2020)

A COVID-19 estabeleceu uma nova perspectiva para a telemedicina, ao passo que estabelece um papel crucial na elaboração de políticas de saúde.

Nesse sentido, na China, o Centro Nacional de Telemedicina estabeleceu o Sistema de Consulta de Telemedicina de Emergência, uma rede de alerta e resposta a surtos de telemedicina. O setor privado participou da organização de resposta: a ZTE e a China Telecom forneceram a tecnologia 5G para o Hospital da China Ocidental da Universidade de Sichuan. (ZHAI et al., 2020)

Cingapura, por sua vez, criou um sistema de rastreamento que poderia identificar e relatar o rastreamento GPS de pessoas em quarentena e vincular essas informações com suas informações sorológicas e os resultados dos testes para confirmar a COVID-19, permitiu que eles tivessem um mapa da cadeia de transmissão. (CENTERS, 2020)

Na Coreia do Sul, o uso de telemedicina era muito controverso, desde 2018, mas o Hospital da Universidade Nacional de Seul começou a fornecer um serviço de telemedicina para pacientes com coronavírus perto do epicentro global da COVID-19. (CENTERS, 2020)

Os EUA, o Japão e vários países europeus estão, agora, em diferentes estágios de experimentação ou implementação da telemedicina. Como parte de seu esforço para estender os cuidados de saúde aos idosos, o governo Trump anunciou uma expansão significativa das opções de telemedicina, o que permite que os americanos inscritos no Medicare conversem com um médico por telefone, bate-papo ou vídeo sem nenhum custo extra. (CRUZ, MALDONADO, MARQUES, 2016)

Percebe-se, então, que, ao ressignificarmos a pandemia causada pelo novo corona vírus, estabelecemos um ponto positivo da COVID-19 que obrigou os países a evoluírem, permitindo a implementação da telemedicina, visando diminuir o contágio da população, tendo em vista que o distanciamento social é uma das medidas mais efetivas no combate a disseminação do vírus, e, por conseguinte, a sua regulamentação.

3 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A TELEMEDICINA: SERIA UMA INOVAÇÃO?

As discussões sobre a utilização da telemedicina no território brasileiro estão em andamento por mais de duas décadas. De início, pode ser citada a criação, em 1989, do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação da Rede Nacional de Ensino e Pesquisas (RNP), que visava à construção de uma infraestrutura de rede de Internet nacional de âmbito acadêmico. Em 2006, a RNP lançou o projeto Rede Universitária de Telemedicina (RUTE), com o objetivo de implantar infraestrutura de interconexão nos hospitais universitários e unidades de ensino de saúde no Brasil (CFM, 2020).

É importante destacar que a telemedicina, no Brasil, e, por conseguinte, seu avanço, é uma prática ligada diretamente às Universidades, o que nos mostra que não existe progresso nos diversos setores sociais sem o investimento em pesquisa e educação.

Nesse sentido, em 1997 foi criado o Hospital Virtual Brasileiro pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e, pela Universidade de São Paulo (USP), a disciplina de Telemedicina, que estuda e pesquisa acerca da utilização da tecnologia para o aperfeiçoamento do sistema de saúde. (CRUZ, MALDONADO, MARQUES, 2020)

Em 2007, foi criado, pelo Ministério da Saúde, o Programa Nacional de Telessaúde, ampliado em 2011, que objetivava capacitar funcionários, criar núcleos e instalar diversos pontos de telessaúde funcionando em Unidades Básicas de Saúde (UBS) de diversos estados brasileiros. (FINEP, 2020)

Já em 2013, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, juntamente com a Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), unido ao Ministério da Saúde, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) lançou o programa Inova Saúde que, dentre outros projetos de inovação no campo da saúde, apoia atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação nas áreas da telessaúde e da telemedicina. O programa, segundo a FINEP, amparava projetos de empresas que promoviam o desenvolvimento de novas tecnologias, informativas e comunicativas que poderiam ser empregues na área da saúde à distância, e durou até 2017. (MEDICINA, 2020)

Estabelecido esse pequeno panorama sobre a utilização da telemedicina no Brasil, devemos, a partir disso, analisar a regulamentação jurídica brasileira, que acompanha as mudanças sociais, com o desenvolvimento feito recentemente.

Em outubro de 1999, durante a 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, realizada em Israel, foi adotada a chamada Declaração de Tel Aviv, que versa sobre algumas das responsabilidades inerentes da utilização da telemedicina. O documento aponta para o fato de que, apesar da telemedicina ser um avanço de grande magnitude e importância para a área da saúde, ela deve ser tratada com cautela, pois tal modalidade médica modifica alguns dos princípios tradicionais da relação médico-paciente. (MEDICINA, 2020)

Em 2002, a telemedicina foi parcialmente regulamentada, de maneira jurídica, pelo CFM. Na resolução n. 1643/2002 do CFM, o órgão definia a telemedicina e estabelecia que seus serviços deveriam seguir as normas técnicas do Conselho Federal de Medicina, no que dizia respeito à guarda, ao manuseio e à transmissão de dados e à confidencialidade, privacidade e garantia de sigilo profissional. (MEDICINA, 2019)

A mesma resolução de 2002 também ordenava que, em caso de situação emergencial, ou nos casos solicitados pelo médico responsável, o médico que forneceu o laudo à distância estaria permitido a prestar o cabível suporte diagnóstico e terapêutico. Porém, o documento era incompleto, uma vez que não previa a teleconsulta, o telediagnóstico, a telecirurgia, dentre outros. (MEDICINA, 2019)

Em 2018, o CFM, por meio da resolução n. 2227/2018, regulamentou-se o atendimento online no Brasil. A resolução amplia o conceito de telemedicina e completa algumas vacâncias deixadas pelo documento de 2002, tratando, de forma definida e detalhada, de alguns procedimentos ligados ao tema, como a teleconsulta, o telediagnóstico, a telecirurgia e o telediagnóstico, todos carentes de ordenação no documento anterior. (MEDICINA, 2020)

Contudo, em março de 2019, tal resolução foi revogada, tendo sido colocada em seu lugar a resolução n. 2228/2019, o que ocorreu, segundo o órgão, por causa do alto número de propostas de alteração do documento. Somou-se a isso os pedidos de diversas entidades médicas por mais tempo, para a melhor avaliação do documento e a possibilidade de sugestões para a regulamentação da telemedicina no país. (BRASIL, 2020) Essa nova resolução restabeleceu a vigência da resolução 1.643/2002, o que, por óbvio, foi um retrocesso.

Porém, com a necessidade de isolamento social que surgiu em decorrência da pandemia do novo coronavírus, fora autorizada a prática da telemedicina por meio da lei n. 13.989/2020, da portaria do Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro n. 467/2020, e do ofício n. 1.756/2020 do CFM.

A lei n. 13.989, de 15 de abril de 2020, dispõe sobre o uso da telemedicina no Brasil, conceituando-a, em seu artigo 3º, como o “exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção da saúde”.

A mesma lei afirma que o médico deve ser o responsável por informar ao paciente todas as limitações inerentes ao uso da telemedicina, tendo em vista a impossibilidade de realização de exame físico durante a consulta, e que a prestação de tal serviço seguirá os padrões normativos e éticos que são usualmente aplicados no atendimento presencial, inclusive em relação à contraprestação financeira pelo serviço prestado, visto que não cabe ao poder público custear ou pagar por tais atividades quando não forem exclusivamente prestadas pelo Serviço Único de Saúde (SUS) (SABBATINI, 2020).

O ofício n. 1.756/2020 do CFM dispõe, no item 5, que a telemedicina seria utilizada em caráter de excepcionalidade e enquanto durar a batalha de combate ao contágio da COVID-19, sendo tal disposição reiterada nos artigos 1º e 2º da lei de telemedicina (SABBATINI, 2020).

Tal ofício também não faz muito para nortear o uso da prática no Brasil. O mesmo item supracitado afirma reconhecer a possibilidade e a eticidade da utilização da telemedicina além do que foi disposto na resolução CFM n. 1.643, de 26 de agosto de 2002, que, antes da disseminação do COVID-19, era a responsável por nortear o tema para os médicos brasileiros e fixava normas de conduta para a utilização ética da telemedicina (FEDERICI, 2012).

A resolução, que posteriormente foi revogada, possuía sete artigos e versava sobre o assunto de forma precária, conceituando a telemedicina, definindo como deveria ser a sua infraestrutura, abordando a responsabilidade profissional do atendimento e tratando sobre como deveria ser o registro das pessoas jurídicas que realizavam a prática. O regramento atual pouco atualizou o anterior: aborda, especificamente, as modalidades de teleorientação, telemonitoramento e teleinterconsulta (ALMEIDA, 2017).

A telemedicina se apresenta como um importante instrumento de apoio diagnóstico nesse período de pandemia, todavia, sua legislação está regulada de forma precária e desatualizada. Um exemplo disso é o fato de que a portaria n. 467/2020 do Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro faz menção, de forma errada, a “Declaração de Tel Aviv sobre responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina”, adotada em 1999 pela Associação Médica Mundial e revogado em 2006 (ALMEIDA, 2017). A temática é regulada atualmente pela “Declaração de Helsinki”, feita em 2007 e atualizada em 2018.

O que acontece, em realidade, é que, embora a telemedicina já tenha sido legalmente aprovada, não significa que o país possua um plano específico para a sua implantação pós COVID-19. As tecnologias na área continuam avançando, todavia, o que realmente ocorre é a falta de recursos e de profissionais na área médica, que se refletem na indisponibilidade de equipamentos adequados para a telemedicina em todos os locais onde ela se faz necessária (FERRARI, 2020).

4 O REAL ACESSO AO TRATAMENTO PARA O COVID-19 NO BRASIL

Deve-se ressaltar que a telemedicina é um método, e não uma ferramenta tecnológica, tendo em vista que ainda necessita de maior desenvolvimento para que esteja apta ao completo e perfeito funcionamento no território brasileiro. Essa diferença é feita visando reforçar o cuidado com temas amplos e perenes que regem o relacionamento correto, ético e seguro entre médicos e pacientes, como os da segurança das informações pessoais que são armazenadas e trocadas nos sistemas de saúde (FURLANETO, 2020).

É importante mencionar que, aqui no Brasil, o Hospital Albert Einstein foi um dos pioneiros no uso da telemedicina, estando este em funcionamento há oito anos. O início da implementação do sistema nesse hospital se deu em virtude da necessidade de amparar a emergência do Hospital Municipal Moysés Deutsch. Nessa época, faltavam especialistas nesse hospital, e os plantonistas realizavam conferências com os neurologistas do Einstein para discutir casos e tratamentos. (NANCI, 2020)

Além disso, o Ministério da Saúde realizou o lançamento de um aplicativo com informações sobre a COVID-19 à população. Tal fato não pode ser conceituado como telemedicina, todavia, permanece sendo de grande importância, por elucidar o público acerca das dúvidas sobre o tema e o que está sendo feito no combate a esse vírus.

Iniciativas sem fins lucrativos, como a Missão COVID, têm sido cruciais para que o nosso sistema de saúde não entre em colapso. Criado pelo oncologista Raphael Brandão, esse projeto busca entregar assistência à população que precisa de atendimento médico por meio de videoconferências (CREMEB, 2020).

Contudo, existem muitas dúvidas para a realização da telemedicina, tendo em vista que a legislação brasileira é muito rígida quanto à responsabilidade dos médicos, o que acaba por gerar muitos anseios para a prática, além de não explicar de forma compreensível o que pode ou não ser feito em algumas situações, e ser omissa em outras.

Uma breve análise da lei nos permite destacar alguns pontos que devem ser observados tanto pelo médico quanto pelo paciente.

O Conselho Federal de Medicina (CFM), por exemplo, deixou claro que os Estados, respeitando, obviamente, a lei n. 13.989/20, deveriam regular a questão ética sobre a telemedicina.

Ocorre que tal medida acaba por não uniformizar a regulação normativa, o que acaba gerando uma insegurança jurídica. Nesse sentido, no Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ), por exemplo, não é possível a teleconsulta para os pacientes que estão se consultando pela primeira vez. Em outros Conselhos Regionais de Medicina, podendo ser mencionado o Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia (CREMEB), não é feita a proibição da teleconsulta nessa situação. De acordo com a resolução n. 367/2020 proferida pelo órgão, é permitida, em modalidade de teleconsulta, a consulta do paciente, com a possibilidade de prescrição por parte do médico de tratamento, solicitação de exames ou outros procedimentos, sem o exame direto do paciente. (SUPLEMENTAR, 2020)

Na mesma linha, houve, na lei n. 13.989/2020, veto no parágrafo único do art. 2º, relativo ao documento (prontuário) que deve ser criptografado (chave cpbrasil). Tal situação merece uma atenção especial, tendo em vista que não será qualquer documento que poderá ser considerado como prontuário, voltando-se mais para o médico que deve ainda resguardar todos os princípios estabelecidos no código de ética como o sigilo.

Nesse diapasão, no que diz respeito à assinatura, se o médico não possuir assinatura eletrônica, não poderá enviar nenhum documento digitalizado.

É necessário observar, também, que não existe nenhuma plataforma específica no Brasil para o uso da telemedicina, devendo, mais uma vez, ter o imenso cuidado em relação ao sigilo na relação médico-paciente.

A lei é criada para ajudar no diagnóstico dos casos de telemedicina, ou seja, fazer uma triagem e diminuir a demanda nos hospitais. No entanto, deve ser observado, em especial, o dever de informação, sendo obrigatório o consentimento do paciente para a teleconsulta ou teleorientação.

Outra dificuldade para a implementação da telemedicina de uma maneira mais incisiva no país é que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), através da nota técnica n. 006/2020 (SOPRANA, 2020), se posicionou sobre a remuneração nos casos de teleconsultas, não tendo discussão sobre a existência do pagamento uma vez que, de qualquer forma, seria

considerada uma consulta. Todavia, a ANS aconselha que seja realizado um acordo entre o plano de saúde e o médico, o que, de fato, não é realizado, em razão do médico não ter muita escolha em uma negociação junto ao plano de saúde.

A regulamentação, mesmo existente, não é clara nesses pontos apresentados, o que acaba dificultando bastante a implementação da telemedicina, prática essa que representa o futuro, tanto pelas facilidades obtidas na relação paciente-médico, quanto pelas próprias políticas públicas de saúde.

5 A TELEMEDICINA COMO GARANTIA DE ACESSO À SAÚDE DE TODOS: POSSÍVEL OU NÃO?

A implementação da telemedicina no sistema de saúde brasileiro conta com diversos obstáculos, dentre eles, o acesso em áreas rurais ou de baixa renda e a capacidade da rede de dados da internet do paciente. Muitos desses indivíduos não possuem conhecimento básico de acesso à internet, necessitando de treinamentos no uso das novas tecnologias e um *software* que efetivamente funcione e permita essa conexão (CFM, 2020).

No momento em que o distanciamento social é aplicado no país, é importante ressaltar que cerca de 70 milhões de brasileiros possui precário acesso à internet ou não tem nenhum acesso. A pandemia mostrou a faceta da desigualdade digital, que é caracterizada das mais diversas formas. Uma delas é a questão da localização, que faz a diferença no acesso à internet: mesmo nos centros urbanos, onde se concentram mais de 80% da população, independente do fato de o cidadão possuir dinheiro pra contratar um bom serviço de internet, se estiver em um bairro periférico, pode não ter o mesmo atendimento que teria se residisse em um bairro nobre (VALENTE, 2020).

É de extrema importância, principalmente vivemos atualmente, que o Brasil trate o acesso à internet como política pública essencial, democratizando a tecnologia e diminuindo a desigualdade social.

Como exemplo, pode-se citar a decisão judicial que deliberou pela manutenção dos serviços de internet durante a pandemia mesmo em situação de inadimplência, que foi derrubada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), com a justificativa de que deve ser levada em conta a crescente demanda por serviços de telecomunicação intimamente relacionados às medidas de isolamento social adotadas para enfrentamento da pandemia do

COVID-19, o que irá demandar maiores investimentos para manutenção e expansão da infraestrutura (BASHSHUR et al., 2020).

Considerando a realidade social e atual vivenciada no Brasil, não se pode dizer que a telemedicina é aplicável para todos, todavia, é uma das grandes soluções no auxílio ao isolamento social. Ela é, sim, um grande avanço, mas antes de se pensar em telemedicina de forma ampla, é necessário pensar em políticas públicas de acesso à internet pelos diversos meios possíveis, para que, por fim, possamos refletir sobre a disseminação da telemedicina para os mais necessitados.

6 CONCLUSÃO

A telemedicina no Brasil, dessa forma, não possui o mesmo avanço em seu desenvolvimento do que os países europeus, norte-americanos e asiáticos citados neste artigo, seja em termos regulatórios ou em termos práticos. Podem ser citados, por exemplo, os avanços que ocorreram com a telemedicina no Canadá, que possui pesquisas e estudos sobre o tema desde a década de 50, o que levou ao país se tornar um dos modelos para o uso desse sistema em todo o mundo. Outro país com o qual foi feita uma relação é Portugal, cuja atuação vem ocorrendo há mais de 20 anos. Mesmo que, nesse local, o exercício da telemedicina tenha sido feito em áreas muito específicas da telemedicina, a sua execução pode ser vista como um exemplo a ser seguido.

No Brasil, a telemedicina ainda possui uma legislação muito nova, que começou a ser aplicada, de fato, a partir da pandemia originada pelo novo corona vírus. Não há uma uniformidade no regramento determinado a ser seguido por todo o país, deixando isso a cargo dos Conselhos Federais de Medicina. Falta segurança jurídica nacional sobre a temática, não podendo deixar a cargo de cada Conselho Federal a decisão sobre o que pode ou não ser feito.

Além disso, há uma grande dificuldade de acesso à internet nas áreas mais remotas. A conexão de internet é um item fundamental para que a telemedicina possa ser corretamente utilizada, devendo ser vista como uma política pública de extrema importância, aliada à implantação da telemedicina no país.

Mesmo com as mudanças na lei que já foram postas em práticas em virtude do COVID-19, a relação paciente-médico ainda é bem afetada e não tem a segurança necessária para a utilização de tecnologias no desenvolvimento da medicina. Não há uma plataforma unificada para a sua utilização, ficando a cargo de cada médico ou hospital definir de que

forma esse atendimento será feito, desprotegendo as informações pessoais do paciente e ampliando a possibilidade de vazamento desses dados sensíveis na internet.

A certeza é de que, a partir da COVID-19, será cada vez maior o número de médicos e de doentes que irão alternar consultas presenciais com consultas remotas.

Idênticas previsões fazem Rashid Bashshur et al. num artigo recente sobre as lições para o futuro da telemedicina que já podemos retirar nesta fase da crise pandêmica (BASHSHUR et al., 2020).

Esta será, seguramente, uma das grandes revoluções da Medicina do século XXI. Como diria Charles Darwin, “Não é o mais forte que sobrevive. Nem o mais inteligente. Mas o que melhor se adapta às mudanças”.

Não obstante, a legislação atual, em especial a lei n. 13.989/2020, possui algumas omissões que dificultam a aplicação, em termos práticos, da telemedicina, além, claro, da limitação às modalidades desse gênero, quais sejam a teleorientação, telemonitoramento e teleinterconsulta, aqui já mencionados.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Nota técnica n. 006/2020/DIRAD/-DIDES/DIDES**. Rio de Janeiro, 30 abr 2020. Disponível em: https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/nota-tecnica-6-2020-dirad-dides-dides.pdf . <Acesso em 04 ago 2020>.

ALMEIDA MW de. **Desigualdade social e em saúde no Brasil: a telemedicina como instrumento de mitigação em João Pessoa-PB**. *Jornal Brasileiro de Economia da Saúde*. 2017; 9(3): 292-303. DOI: 10.21115/JBES.v9.n3.p292-303.

BARBOSA, Paulo Henrique Ferreira de Araujo; PEREIRA, Thiago Vidal; MARTINS, Emerson Fachin. **Telemedicina**. In: LEITE, Cicília Raquel Maia; REIS, Célia Aparecida dos; BINSFELD, Pedro Canisio; ROSA, Suélia de Siqueira Rodrigues Fleury (org.). *Novas tecnologias aplicadas à saúde: desenvolvimento de sistemas dinâmicos: conceitos, aplicações e utilização de técnicas inteligentes e regulação*. Mossoró - RN: EDUERN, 2019. E-book (608 p.). Disponível em: <https://ppgcc.ufersa.edu.br/wpcontent/uploads/sites/42/2019/07/novas-tecnologias-vol2-final3.pdf>. Acesso em 31.jul.2020.

BASHSHUR RL et al. **A new health Care Delivery System**, Annual Ver. Public Health. 2000 21:613-37.

BASHSHUR, Rashid. **Telemedicine and State-Based Licensure in the United States, Revisited. Telemedicine and e-Health**, Vol. 14, n. 4, Maio, 2008, p. 310.

BASHSHUR R, DOARN CR, FRENK JM, KVEDAR JC, WOOLLISCROFT JO. **Telemedicine and the COVID-19 Pandemic, Lessons for the Future**. *Telemed J E Health* (in press). DOI: 10.1089/tmj.2020.29040.rb

BRASIL. **Lei 13.989, de 15 de abril de 2020**. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: [http://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13.989-de-15-de-abril-de-2020-252726328#:~:text=Di%C3%A1rio%20Oficial%20da%20Uni%C3%A3o,-Publicado%20em%3A%2016&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20da,SARS%2DCoV%2D2\).&text=Fa%C3%A7o%20saber%20que%20o%20Congresso,SARS%2DCoV%2D2\)](http://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13.989-de-15-de-abril-de-2020-252726328#:~:text=Di%C3%A1rio%20Oficial%20da%20Uni%C3%A3o,-Publicado%20em%3A%2016&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20da,SARS%2DCoV%2D2).&text=Fa%C3%A7o%20saber%20que%20o%20Congresso,SARS%2DCoV%2D2) <Acesso em 06 mai 2020>.

CENTERS FOR MEDICARE & MEDICAID. **President trump expands telehealth benefits for medicare beneficiaries during COVID-19 Outbreak**. Disponível em: <https://www.cms.gov/newsroom/press-releases/president-trump-expands-telehealth-benefits-medicare-beneficiaries-during-covid-19-outbreak>. <Acesso em 30.jul. 2020>

CHAUDHRY U, IBISON J, HARRIS T, RAFI I, JOHNSTON M, FAWNS T. **Edinburgh Research Explorer Experiences of GP trainees in undertaking telephone consultations Citation for Experiences of GP trainees in undertaking telephone consultations: a mixed-methods study**. Disponível em: <https://doi.org/10.3399/bjgpopen20X101008>. <Acesso em 31 mai 2020>

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). **Ofício CFM nº 1756/2020 – COJUR**. Brasília, 19 mar 2020. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/images/PDF/2020_oficio_telemedicina.pdf [Acesso em 10 jun 2020].

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20096:responsabilidade-normas-eticas-na-utilizacao datelemedicina&catid=46#:~:text=Genival%20Veloso%20de%20Fran%C3%A7a%20apresenta,sentidas%20pelos%20Conselhos%20Federal%20e. <Acesso em 08 jun 2020>

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1643**, de 26 de agosto de 2002. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. <Acesso em 31 jul 2020>

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2227**, de 6 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/65864894. Acesso em 31 jul 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2228**, de 6 de março de 2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2228>. Acesso em 31 jul 2020.

CREMEB. **Resolução CREMEB n. 367/2020**. Salvador, 8 jul 2020. Disponível em: <http://www.cremeb.org.br/index.php/normas/resolucao-cremeb-367-2020/>. <Acesso em 04.ago.2020>

CRUZ, Antonio; MALDONADO, João Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa. **Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil**. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/csp/v32s2/pt_1678-4464-csp-32-s2-e00155615.pdf. Acesso em 29 abr 2020.

DOMINGUES, Daniela; MARTINEZ, Israel; CARDOSO, Ricardo Bertoglio; OLIVEIRA, Helena; RUSSOMANO, Thais. **História da evolução da telemedicina no mundo, no Brasil e no Rio Grande do Sul**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/303913363_Historia_da_evolucao_da_telemedicina_no_mundo_no_Brasil_e_no_Rio_Grande_do_Sul. <Acesso em 31 jul 2020>

FERRARI CAR. **Eficiência e eficácia das inovações em telemedicina nas práticas hospitalares: um estudo de caso no Brasil**. [Dissertação]. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo; 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29014/EFICI%c3%8aNANCIA%20E%20EFIC%c3%81CIA%20DAS%20INOVA%c3%87%c3%95ES%20EM%20TELEMEDICINA%20NAS%20PR%c3%81TICAS%20HOSPITALARES%20V08.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 06 mai 2020.

FERREIRA, D. **Papel da Telesaúde em Tempos de Pandemia COVID-19: Para Grandes Males, Grandes Remédios** The Role of Telehealth in the COVID-19 Era: Great Ills Require Great Remedies, 2020.

FEDERICI R. **A crise do covid-19 e a regulamentação da telemedicina.** Migalhas. 7 abr 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323897/a-crise-do-covid-19-e-a-regulamentacao-da-telemedicina>.

FINEP. Disponível em: <http://www.finep.gov.br/apoio-e-financiamento-externa/historico-de-programa/programasinova/inova-saude>. <Acesso em 30 abr 2020>.

FREUDENHEIM, Milt. 2010, nota n. 16. <Acesso em 2.jul.2020>.

FURLANETO A. **Isolamento social estimula atendimento médico à distância.** O Globo, 30 jun 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/isolamento-social-estimula-atendimento-medico-distancia-1-24505928>. <Acesso em 04 jun 2020>.

GLOBAL OBSERVATORY FOR EHEALTH SERIES – Volume 2. World Health Organization. Disponível em: https://www.who.int/goe/publications/goe_telemedicine_2010.pdf. <Acesso em 31 jul 2020>.

KHOURI SM, el. **Telemedicina: análise da sua evolução no Brasil.** São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5160/tde-24102007-143128/pt-br.php>.

LOPES MAC, OLIVEIRA GMM, RIBEIRO ALP, PINTO FJ, REY HCV, ZIMERMAN LI, et al. **Diretriz da Sociedade Brasileira de Cardiologia sobre Telemedicina na Cardiologia – 2019.** Arq Bras Cardiol. 2019; [online]. ahead print, PP.0-0

MALDONADO JMS de V, MARQUES AB, CRUZ A. **Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil.** Cad. Saúde Pública 32 (suppl 2), 03 nov 2016. DOI: 10.1590/0102-311X00155615.

MUNDIAL, AM. (1999). **Declaração de Tel Aviv sobre Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização de Telemedicina.** 51ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial. Disponível em <http://www.unifesp.br/dis/set/law/declaracaotelaviv.html>. <Acesso em 31 jul 2020>.

NANCI, L. **Telemedicina: inovação em tempos de COVID-19.** Revista Forbes. 12 mai 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/colunas/2020/05/telemedicina-inovacao-em-tempos-de-covid-19/> <Acesso em 21 jun 2020>.

O American Recovery and Reinvestment Act de 2009 (Pub. L. 111-5 [2/17/09]) dispôs sobre a necessidade de preparação de um plano de ação para melhorar o acesso à internet de banda larga em todo os EUA. Disponível em: <http://www.broadband.gov/plan/>. <Acesso em 2 abr 2020>

PAUL G. Business Insider; 2020. **ZTE and China Telecom enabled the first remote diagnosis of coronavirus via a 5G telehealth system** [Internet] Disponível em: <https://www.businessinsider.com/zte-china-telecom-build-5g-telehealth-system-for-coronavirus-2020-1?IR=T>. <Acesso em 31 jul 2020>

ROMANICK-SCHMIEDL, S., Raghu, G. **Telemedicine — maintaining quality during times of transition**. Nat Rev Dis Primers 6, 45 (2020). <https://doi.org/10.1038/s41572-020-0185-x>

ROWTHORN, Virginia; HOFFMANN, Diane. 2011, p. 6.

SABBATINI RME. **Capítulo 1: A Telemedicina no Brasil, Evolução e Perspectivas**. In: Informática em Saúde, São Bernardo do Campo: Editora Yendis, 2012. Disponível em: http://www.sabbatini.com/renato/papers/Telemedicina_Brasil_Evolucao_Perspectivas.pdf <Acesso em 10 jun 2020>.

SOPRANA P. **70 milhões de brasileiros têm acesso precário à internet na pandemia do coronavírus**. Folha de São Paulo. 16 mai 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/cerca-de-70-milhoes-no-brasil-tem-acesso-precario-a-internet-na-pandemia.shtml> <Acesso em 21 jun 2020>.

VALENTE J. **Justiça permite corte de serviços de telecomunicações de inadimplentes**. Agência Brasil. 16 abr 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-04/justica-permite-corte-de-servicos-de-telecomunicacoes-de-inadimplentes> <Acesso em 24 jun 2020>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Telemedicine: opportunities and developments in Member States: report on the second global survey on eHealth**. Geneva: World Health Organization: 2009. (Global Observatory for eHealth Series 2). Disponível em: https://www.who.int/goe/publications/goe_telemedicine_2010.pdf. <Acesso em 31 jul 2020>.

ZHAI Y., WANG Y., ZHANG M., GITTELL J.H., JIANG S., CHEN B. 2020. **From isolation to coordination: how can telemedicine help combat the COVID-19 Outbreak?** Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.02.20.20025957v1> <Acesso em 03.ago.2020>

A SAÚDE INDÍGENA NO BRASIL E A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS PERSPECTIVAS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Anna Beatriz de Oliveira Figueredo *

Gabriel Santiago dos Santos Gonçalves **

RESUMO: A pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 trouxe importantes alterações no cotidiano de sociedades ao redor de todo o globo, além de exigir a formulação de políticas públicas voltadas a combater os efeitos da doença por ele causada, denominada por pesquisadores de Covid-19. Ciente de que agrupamentos sociais historicamente marcados pela vulnerabilidade socioeconômica e negligência institucional são as maiores vítimas da pandemia, o presente artigo se dedica a analisar a efetividade das políticas adotadas pelo Estado brasileiro no enfrentamento ao novo coronavírus, especificamente no que tange à população indígena, cotejando-as com o conteúdo do direito à saúde dos povos indígenas formulado no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Para tanto, utilizou-se a metodologia exploratória na forma de pesquisa aplicada, analisando de modo qualitativo elementos bibliográficos e documentais, comprovando a hipótese de que a atuação do Brasil ainda é insuficiente para romper com as vulnerabilidades que afligem os indígenas durante a pandemia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. População indígena. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Pandemia da Covid-19.

ABSTRACT: The pandemic caused by the SARS-CoV-2 virus brought important changes on the daily habits of societies through the globe, while also requiring the formulation of public policies aimed at fighting the consequences of the disease caused by it, named Covid-19 by researchers. Knowing that social groups historically marked by socioeconomic vulnerability and institutional neglect are the biggest victims of the pandemic, this article aims to analyze the effectiveness of the policies adopted by the Brazilian State to fight the new coronavirus, specifically with regard to the indigenous population, comparing those with the content of the right to health of indigenous people as formulated by the Inter-American System for the Protection of Human Rights. For that purpose, was used the exploratory methodology in the form of applied research, analyzing bibliographic and documentary elements in a qualitative way, proving the hypothesis that the Brazil's performance is yet insufficient to break the vulnerabilities that grieve indigenous people during the pandemic.

KEYWORDS: Right to health. Indigenous people. Inter-American System for the Protection of Human Rights. Covid-19 pandemic.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito à saúde; 3. O direito à saúde e a população indígena; 4. A população indígena e o combate à pandemia do novo coronavírus no Brasil; 5. Conclusão; Referências.

* Estudante de Direito pela UFBA. E-mail: annafdufba@gmail.com.

** Estudante de Direito pela UFBA. E-mail: gabrielsggs030399@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O final do ano de 2019 foi marcado pelo início da contaminação por um novo tipo de coronavírus, na cidade de Wuhan, na China. Até então desconhecido pelos cientistas, o vírus SARS-CoV-2 rapidamente se espalhou, transformando a doença por ele causada – Covid-19 – em uma pandemia mundial.

A necessidade de adotar medidas de prevenção contra a Covid-19 trouxe mudanças relevantes no cotidiano das pessoas em diversos países, cujos governos passaram a recomendar, ou mesmo exigir, práticas de higiene e de isolamento social. Não bastasse, ao mesmo tempo, passou-se a lidar com o colapso nos sistemas laboratoriais, hospitalares e funerários, materializado na ausência de testes para casos suspeitos, leitos de tratamento intensivo para casos mais graves e espaços para a digna destinação dos que sucumbiram à enfermidade.

No Brasil, os desafios apresentados pela pandemia são potencializados tanto pela precariedade no sistema de saúde, como por aspectos socioeconômicos que permeiam as decisões dos governos e as interações sociais. Isto porque, o país já convive rotineiramente com entraves na redução das desigualdades sociais e manutenção das ofertas de emprego, circunstância que obstaculiza a consolidação de práticas de higiene, de isolamento, além de reduzir drasticamente o acesso à saúde adequada.

Nesse sentido, malgrado dedicar parte importante do seu orçamento à saúde, o Brasil conta com um sistema notavelmente ineficiente de utilização dos valores investidos, confrontando anualmente problemas como não imprimir a devida atenção a estratégias preventivas, o que, a longo prazo, implica em maiores gastos para o tratamento de doenças.

Os desafios no sistema público de saúde tornam-se cada vez maiores com o fortalecimento da pandemia, em que se mostra necessário priorizar o cuidado com as pessoas infectadas, especialmente aquelas que integram o grupo de risco da Covid-19. Trata-se da parcela populacional que, em virtude de condições preexistentes, a exemplo da idade avançada e de comorbidades como a hipertensão, apresenta maior tendência de manifestação de sintomas e de mortalidade pelo coronavírus. Para essas pessoas, a infecção pode rapidamente evoluir para uma síndrome respiratória aguda grave¹, exigindo internação em unidades de tratamento intensivo e o uso imediato de aparelhos de respiração mecânica.

¹ Trata-se de uma enfermidade cujos sintomas se assemelham àqueles associados a infecções respiratórias mais comuns, como a gripe, porém em uma manifestação muito mais grave. A síndrome, conhecida por sua sigla em

Entretanto, o aumento na gravidade da Covid-19 não é causado apenas por fatores de ordem biológica. Em verdade, a expressiva maioria dos mortos pela doença são amplamente reconhecidos por sua vulnerabilidade social. A relação entre os mortos pelo SARS-CoV-2 e a desigualdade social, reconhecida inclusive pelo Ministério da Saúde, é resultado direto da dificuldade de acesso ao sistema de saúde, ilustrada no Brasil pela falta de leitos hospitalares e pela carência de profissionais dedicados às áreas habitadas pela população de menor renda. Está atrelada, também, no embaraço na adoção de práticas aparentemente simples como lavar as mãos, considerando que parcela relevante das famílias brasileiras não dispõe de saneamento básico. Ademais, a falta de acesso a conhecimento de base representa um óbice à compreensão do perigo da doença e acaba expondo demasiadamente esta camada da população aos riscos de infecção pelo vírus.

Enfrentando as duas facetas desse problema, encontram-se os povos indígenas, que comumente convivem com a necessidade de viajar durante horas para obter atendimento médico, além da maior vulnerabilidade a enfermidades contagiosas resultante da baixa convivência com a população não-indígena. Em períodos de crise, a alta capacidade de transmissão da doença pode apresentar um verdadeiro risco de genocídio da população indígena, como já ocorreu quando do surto de outras doenças infecciosas. Outrossim, fatores estruturais e sociais que permeiam a manutenção das comunidades indígenas transformam-se em uma barreira à prática de medidas preventivas, impondo aos governos nacionais e aos órgãos de atuação internacional a tarefa de conciliar recomendações e ações de prevenção com o respeito à cultura dos povos nativos.

Atento a essa questão, que não está adstrita ao Brasil, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) expediu uma série de pronunciamentos com providências a serem tomadas pelos Estados americanos para proteger os povos indígenas, de modo a compatibilizar as atuações governamentais com o conteúdo dos direitos humanos dessa população, especialmente no caso da saúde.

Partindo desse contexto, o presente trabalho visa analisar criticamente as estratégias adotadas pelo governo brasileiro para prevenir e combater a pandemia do novo coronavírus, especificamente em relação à população indígena. Nesse interim, o questionamento que

inglês “SARS”, pode ser causada por três das inúmeras variedades de coronavírus, e foi identificada pela primeira vez também na China, em 2002. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt/casa/infec%C3%A7%C3%B5es/v%C3%ADrus-respirat%C3%B3rios/coronav%C3%ADrus-e-s%C3%ADndromes-respirat%C3%B3rias-agudas-covid-19,-mers-e-sars>. Acesso em: 14 nov. 2020.

demarca o artigo pode ser sintetizado da seguinte forma: “as medidas tomadas pelo Estado quanto à proteção das comunidades tradicionais se encontram em consonância com as recomendações exaradas pelo SIDH, e são capazes de proteger esses povos durante a grave crise de saúde que assola o país?”. Além disso, a fim de proporcionar um estudo mais completo, indaga-se também “de que forma as mobilizações indígenas vêm reagindo quanto às demandas institucionais relacionadas ao seu direito à saúde?”.

Visando responder a estas interrogações, traçou-se a hipótese de que as ações adotadas pelo Brasil, até o momento, são insuficientes na missão de garantir a sobrevivência das pessoas indígenas, sendo diametralmente opostas às recomendações do SIDH, em que pese as diversas manifestações de lideranças e defensores dos direitos desses povos.

Para alcançar as respostas necessárias à avaliação da hipótese descrita, bem como atender ao questionamento do problema central, inicialmente será traçado um breve histórico do direito à saúde, com atenção especial à sua positivação e efetivação no âmbito do SIDH. Em sequência, será feito um panorama do referido direito no que toca aos povos indígenas. Por fim, serão analisados os efeitos ocasionados pela Covid-19 sobre esses indivíduos.

2 O DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde, tal qual concebido atualmente, tem sua origem após a mudança de paradigma na atuação estatal, ocorrida em meados do século XX, em que a concepção liberal dá lugar às ideias de bem-estar e justiça social, e o Estado passa a assumir uma posição intervencionista, a fim de garantir que os direitos sociais, econômicos e culturais fossem assegurados à todos.

É dentro desse contexto que se começa a vislumbrar a verdadeira existência de um direito à saúde, consubstanciado no dever do Estado de implementar políticas públicas capazes de assegurar qualidade de vida, cuidados médicos e medicamentos à população. Consagrando essa nova visão, o referido direito passa a integrar diversos instrumentos normativos internacionais, que não só propiciaram o seu reconhecimento, como também garantiram a busca pela sua efetivação em boa parte dos países do mundo.

Nesse íterim, pode ser citada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, na qual foi ineditamente conjugado o catálogo dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais, incluído o direito à saúde, a partir de uma visão universal e

indivisível dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 205). Em que pese as discussões acerca da força jurídica da referida declaração, não deixa de ser importante a demonstração de comprometimento da ONU, e de seus países-membros, com as questões afeitas aos direitos sociais em sentido amplo² (AZEVEDO NETO, 2016, p. 93-96).

Além disso, em 1966, foi adotado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o qual, ao lado do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), representou um marco juridicamente obrigatório e vinculante de diversos direitos já elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (GREGORI, 2013, p. 203). Por oportuno, merece destaque o papel do PIDESC na catalogação de uma notável gama de direitos, estabelecendo obrigações positivas aos Estados, e se sobrepondo àqueles “que viam os direitos sociais em sentido amplo como sendo meras recomendações ou exortações” (RAMOS, 2020, p. 113).

Especificamente em face do direito à saúde, no artigo XII do Pacto são estabelecidas medidas a serem tomadas pelos Estados-parte para o seu pleno exercício, incluindo “a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças” e “a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade” (ONU, 1966).

Com vistas a assegurar a aplicação do PIDESC, foi criado o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que já se manifestou exclusivamente sobre o direito à saúde, destacando se tratar de um direito humano fundamental para o exercício de outros direitos humanos, bem como que

(...) o direito à saúde compreende uma ampla gama de fatores socioeconômicos que promovem condições nas quais as pessoas podem levar uma vida saudável e se estendem até determinantes subjacentes da saúde, como alimentação e nutrição, moradia, acesso à água potável e saneamento adequado, condições de trabalho seguras e saudáveis e um ambiente saudável. (ONU, 2000, p. 2, tradução nossa).³

Esse processo de reconhecimento também alcançou os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, com a construção de ferramentas de proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais - e, por conseguinte, do direito à saúde - nos Sistemas Interamericano e

2 Para fins de esclarecimento, ao se falar em “direitos sociais em sentido amplo”, o presente trabalho está se referindo a todo o rol que engloba os direitos econômicos, sociais e culturais.

3“(...) *the right to health embraces a wide range of socio-economic factors that promote conditions in which people can lead a healthy life, and extends to the underlying determinants of health, such as food and nutrition, housing, access to safe and potable water and adequate sanitation, safe and healthy working conditions, and a healthy environment.*”

Africano de Proteção dos Direitos Humanos e, indiretamente, no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos.⁴

No tocante ao Sistema Interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos já contava com a cláusula geral de desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, em seu artigo 26, mas é somente em 1988 que esse direitos alcançarão um novo patamar no seu conjunto normativo, com a adoção do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como “Protocolo de São Salvador”. Em uma região marcada pela desigualdade e exclusão social, o Protocolo Adicional representou um notável incremento na proteção dos direitos humanos, ao dispor acerca da necessidade de observância e garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais pelos Estados signatários (GHISLENI e LUCAS, 2020, p. 8).

No artigo 10 encontra-se o direito à saúde, compreendido como o direito ao gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social, e que pressupõe a adoção de diversas medidas pelos Estados, tais como a “assistência primária à saúde”, “a prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza” e a “satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco” (OEA, 1988).

Sob outro ângulo, a despeito das dificuldades de judicialização de violações aos direitos econômicos, sociais e culturais no Sistema Interamericano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já examinou o direito à saúde em algumas ocasiões, inicialmente de modo indireto, mediante a análise de violações aos direitos à vida e à integridade pessoal, conforme ocorreu no caso Albán Cornejo e outros vs. Equador (MAAS e DAROIT, 2019, p. 25).

Contudo, em 2018, a Corte apreciou o caso Poblete Vilches e outros vs. Chile, onde finalmente atribuiu proteção ao direito à saúde como um direito autônomo. No aludido litígio, em que o país chileno foi condenado pelo descaso clínico sofrido pela vítima, restou determinado que, em relação à assistência médica de urgência, os Estados devem garantir qualidade, acessibilidade, disponibilidade e aceitabilidade dos serviços de atenção à saúde (CORTE IDH, 2018, p. 42-43).

4 Sobre a proteção do direito à saúde no Sistema Europeu de Direitos Humanos, que não será objeto do presente artigo, cf. MAROCHINI, Maša. *Council of Europe and the Right to Healthcare - Is the European Convention on Human Rights Appropriate Instrument for Protecting the Right to Healthcare*. Disponível em: <<https://hrcak.srce.hr/file/176425>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

Percebe-se, portanto, os avanços na tutela do direito à saúde, tanto na esfera internacional quanto na esfera regional, primeiro com seu reconhecimento, para posteriormente desembocar na verdadeira proteção enquanto um direito autônomo, sinalizando o seu caráter indispensável e fundamental para os indivíduos.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada o grande marco do direito à saúde, pois prevê expressamente a saúde como um direito social, em seu art. 6º, além de dispor de uma seção inteira para pormenorizar a sua definição e consecução.

O art. 196 inicia esse rol, indicando que

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

A Constituição de 1988, desse modo, ilustra como o constituinte brasileiro vislumbrou a essencialidade do direito à saúde, tal qual o papel proeminente do Estado na implementação de políticas e ações para a promoção da saúde. Entretanto, em que pese os enormes avanços nessa área nas últimas 30 décadas, o sistema público de saúde do Brasil ainda sofre com inúmeros problemas, a exemplo do déficit de financiamento e das deficiências na gestão.

Tais questões repercutem com maior nitidez no tocante ao subsistema de saúde indígena, responsável pela promoção do direito à saúde dentre os povos tradicionais brasileiros.

3 O DIREITO À SAÚDE E A POPULAÇÃO INDÍGENA

Em que pese o direito à saúde tenha alcançado patamar de aprimorado reconhecimento e tutela nos últimos anos, sua efetivação no que tange à população indígena ainda é simplória, tanto na esfera internacional como na interna. De fato, considerando que os povos nativos são vitimados historicamente pela exploração de suas terras, o afunilamento forçado de suas aldeias e o constante processo discriminatório que exclui suas modalidades de conhecimento e cultura, não é de se estranhar que a luta por assistência médica digna e campanhas preventivas eficazes ocupe plano secundário, diante de prioridades mais urgentes a exemplo da demarcação de territórios e a expulsão de invasores.

Internacionalmente, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é, sem dúvidas, o principal instrumento de reconhecimento e proteção de direitos dos

povos indígenas. Dentre os deveres atribuídos aos Estados ao longo do documento, está a necessidade de oferecer serviços de saúde e de assistência sanitária adequados, por meio do planejamento e administração em cooperação com a população indígena (OIT, 1989).

Na esfera regional, destaca-se a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 15 de junho 2016, após 17 anos de discussão, na qual se reservou um artigo para tratar do direito à saúde das comunidades nativas, abordando, por exemplo, a obrigatoriedade dos Estados promoverem práticas interculturais nos serviços médicos prestados à essa população, inclusive por meio da formação de técnicos e profissionais indígenas de saúde (OEA, 2016, p. 20-21).

Na prática, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos tem atuado de modo relevante com o fito de assegurar o direito à saúde dos indígenas, como fez no caso Yanomami, ainda em 1985, em que a Comissão Interamericana recomendou que o Estado brasileiro continuasse “adotando medidas sanitárias de caráter preventivo e curativo a fim de proteger a vida e a saúde dos índios expostos a adquirir enfermidades infecto-contagiosas” (CIDH, 1985, tradução nossa).⁵ A resolução referente a este caso foi de suma importância, pois demonstrou que o Sistema Interamericano era capaz de processar violações a direitos coletivos dos povos indígenas, a exemplo do direito à saúde.

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem um processo mais recente de abordagem acerca das questões indígenas e, malgrado ainda não haja menção direta ao direito humano à saúde dessa população nos seus julgados, observa-se que sua proteção tem se dado de forma indireta, a partir da tutela dos direitos civis e políticos.

Nesse contexto, o caso da Comunidade Awas Tingni vs. Nicarágua marcou o reconhecimento, pela Corte, de que o direito indígena à propriedade vai muito além do quanto concebido pelas normas clássicas de Direito Civil, atingindo também uma esfera espiritual e comunitária. A decisão, favorável à comunidade indígena, esteve fundamentada principalmente nos testemunhos que atestam a correlação entre o território e seus recursos naturais e o direito consuetudinário, bem assim a cultura e religiosidade do povo que o habita. A partir da análise do vínculo espiritual que os povos tradicionais mantêm com as terras, foi possível à Corte concluir que “sua forma comunal de propriedade, muito mais ampla que a concepção civilista (jusprivatista)”, deve ser apreciada sob o prisma do artigo 21 da

⁵ “adoptando medidas sanitarias de carácter preventivo y curativo a fin de proteger la vida y la salud de los indios expuestos a adquirir enfermedades infecto-contagiosas”.

Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo o qual “toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens” (CORTE IDH, 2001, p. 90).

O estudo deste caso permite concluir pela ocorrência de uma proteção indireta do direito à saúde indígena, dado que a relação entre o povo e seu território perpassa também pela manutenção do bem estar da comunidade através da preservação de suas tradições. Nesse sentido, compõe o conjunto probatório o laudo pericial de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo e sociólogo, segundo o qual

o vínculo com a terra é essencial para sua auto-identificação. A saúde física, a saúde mental e a saúde social do povo indígena estão vinculadas com o conceito de terra. Tradicionalmente, as comunidades e os povos indígenas dos distintos países na América Latina têm tido um conceito comunitário da terra e de seus recursos. (CORTE IDH, 2001, p. 25).

Outrossim, a proteção da terra como elemento da religiosidade indígena representa mais um esforço indireto no sentido da promoção da saúde dos povos tradicionais, tendo em vista que nas aldeias a perda da conexão espiritual entre o indivíduo e suas raízes é comumente a causa atribuída para enfermidades físicas e psíquicas.

A proteção indireta do direito à saúde através da tutela de outros direitos, em especial da propriedade privada, se faz notar também no caso da Comunidade Yakyé Axa vs. Paraguai, em que a demora do Estado em garantir a proteção do território indígena implicou em violações inclusive do direito à vida da referida aldeia, vez que ocasionou o sucateamento de instituições essenciais à sobrevivência de seus habitantes (CORTE IDH, 2005, p. 88-92).

No Brasil, a Constituição Federal garante, em seu artigo 231, o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas, direito que evidentemente não se limita à tutela no que diz respeito à demarcação de terras, estendendo-se para muito além do quanto positivado pela norma. Nessa senda, imprescindível coordenar esforços no sentido de promover a saúde respeitando a proteção dos interesses de comunidades que mantêm pouca interação com a sociedade urbana, ou mesmo permanecem em completo isolamento. Esse é justamente o campo de atuação da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), vinculada ao Ministério da Saúde, que se responsabiliza pela coordenação da Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, bem como pela gestão do Subsistema de Saúde Indígena, integrante do Sistema Único de Saúde.

Na prática, a SESAI aplica diferentes técnicas de promoção da saúde de acordo com o plano de fundo cultural, demográfico e geográfico dos 34 Distritos Sanitários Especiais

Indígenas (DSEI)⁶ que demarcam a atuação do Ministério da Saúde nas terras brasileiras ocupadas por povos tradicionais. A distribuição do território em distritos é essencial ao atendimento especializado das diferentes aldeias, considerando que foram registradas mais de 300 etnias indígenas difundidas por todos os estados brasileiros. Os distritos são organizados em uma rede hierarquizada, facilitando o acesso da população aos diferentes níveis de atendimento em saúde.

Os Postos de Saúde são as unidades de base, situadas dentro das aldeias, onde atuam os Agentes Indígenas de Saúde (AIS)⁷ voltados ao atendimento primário. Acima dos Postos de Saúde estão os Pólos-Base, que contam com equipes de saúde maiores e mais capacitadas, e se responsabilizam pelo atendimento às aldeias geograficamente próximas, nas chamadas áreas de abrangência (GARNELO, 2012, p. 27-30). Além disso, o subsistema de saúde indígena é composto também pelas Casas de Saúde Indígena, cuja principal função é oferecer suporte e assistência aos indígenas cuja enfermidade exige tratamento ministrado em grandes centros urbanos.

Completam a estrutura hierárquica as Unidades de Referência, que consistem em ambulatórios ou hospitais especializados, dedicados ao atendimento de casos de maior complexidade. Em verdade, esse nível organizacional já é considerado parte do sistema de saúde municipal ou estadual, conformando uma interação e cooperação entre este sistema e o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

Além dos obstáculos de financiamento e gerenciamento de uma rede complexa e hierarquizada de postos médicos, assim distribuídos por território e por nível de atendimento, o núcleo humano do trabalho médico também exige a formulação de políticas voltadas ao eficaz e humanitário atendimento às famílias indígenas. Nesse sentido, uma das estratégias mais viáveis à efetivação do direito à saúde titularizado pelos povos tradicionais consiste na

6 “O Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) é a unidade gestora descentralizada do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SasiSUS). Trata-se de um modelo de organização de serviços – orientado para um espaço etno-cultural dinâmico, geográfico, populacional e administrativo bem delimitado – que contempla um conjunto de atividades técnicas, visando medidas racionalizadas e qualificadas de atenção à saúde. Promove a reordenação da rede de saúde e das práticas sanitárias e desenvolve atividades administrativo-gerenciais necessárias à prestação da assistência, com o Controle Social”. Informação disponível na página oficial do Ministério da Saúde: <https://www.saude.gov.br/secretarias-estaduais/685-institucional/secretarias/secretaria-especial-de-saude-indigena-sesai/46396-distritos-sanitarios-especiais-indigenas-dseis>. Acesso em: 06 out. 2020.

7 Os Agentes Indígenas de Saúde (AIS) são profissionais formados para atuar no atendimento primário oferecido pelo Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. Seu papel, para além da promoção do direito à saúde, consiste também no fortalecimento do protagonismo indígena através de ações inovadoras adequadas aos mais variados contextos. Informação disponível no Programa de Formação de Agentes Indígena de Saúde e de Saneamento: <<http://www.saude.gov.br/images/pdf/2018/agosto/07/PDF---Programa-de-Formacao-de-Agentes-Indigenas-de-Saude-e-de-Saneamento---PDF.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2020.

formação dos Agentes Indígenas de Saúde, possibilitando uma melhor interação entre o profissional da saúde e o paciente, tal qual reduzindo as ocorrências de práticas discriminatórias nas consultas e tratamentos.

Por outro lado, oportunizar a composição de grupos de médicos, enfermeiros e auxiliares formados parcial ou integralmente por indígenas traz consigo uma série de desafios. Algumas dessas dificuldades incluem a formação centrada na tecnologia biomédica, incapaz de superar a separação entre os saberes científicos e tradicionais e o baixo interesse dos docentes na formação dos distritos e nos aspectos peculiares de cada aldeia (PONTES et al., 2012, p. 274-275).

4 A POPULAÇÃO INDÍGENA E O COMBATE À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NO BRASIL

A pandemia de Covid-19 acabou por acentuar entraves antigos em matéria de direito à saúde e acesso aos sistemas de saúde, tanto nacional como internacionalmente. Para o Brasil, que em maio atingiu a marca de segundo país com o maior número de mortos pela enfermidade, enfrentar a pandemia tem sido um desafio que envolve não somente questões de fundo médico, mas também paradigmas políticos e sociais. Pouco desse debate, todavia, tem sido direcionado aos povos indígenas, que sofrem com a adoção de medidas que não contemplam suas demandas em concreto, elaboradas tardiamente, sem consulta às lideranças locais, e por vezes em completo desacordo com as tendências e recomendações internacionais.

Em 20 de março de 2020, 10 dias após a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarar a pandemia do novo coronavírus, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu sua primeira manifestação, instando aos Estados que garantam a proteção integral dos direitos humanos e da saúde pública frente à Covid-19 (CIDH, 2020a).

Posteriormente, a referida manifestação foi endossada e pormenorizada com a adoção da Resolução nº 1/2020, em 10 de abril de 2020, na qual a CIDH alerta para os efeitos da pandemia sobre as pessoas e grupos em especial situação de vulnerabilidade, recomendando, no tocante à população indígena, a adoção de medidas como “proporcionar informação sobre a pandemia no seu idioma tradicional”; “respeitar de forma irrestrita o contato com os povos e segmentos de povos indígenas em isolamento voluntário”; “adotar medidas extremas de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas”; e “abster-se de promover iniciativas legislativas e/ou avanços na implementação de projetos produtivos e/ou extrativos nos

territórios dos povos indígenas durante o tempo em que durar a pandemia” (CIDH, 2020b, p. 18, tradução nossa).⁸

Por fim, em novo comunicado, estritamente direcionado ao contexto dos povos indígenas, a CIDH destacou o grave risco que a pandemia da Covid-19 representa à essa população, analisou medidas tomadas por alguns Estados e fez recomendações adicionais àquelas já indicadas na Resolução nº 1/2020, dentre as quais destacam-se “assegurar a participação dos povos indígenas (...) na formulação e implementação de políticas públicas orientadas à prevenção e atenção médica dessa população” e “adotar medidas, incluindo políticas sociais, visando mitigar os efeitos socioeconômicos que as ações sanitárias que se implementem para a prevenção e atenção da saúde no marco da pandemia de Covid-19 possam causar nas formas de vida e no sustento econômico dos povos indígenas” (CIDH, 2020c, p. 18, tradução nossa).⁹

Ao transpor as recomendações exaradas pela CIDH para a realidade do Brasil, tem-se uma situação extremamente preocupante, ante o aumento expressivo de indígenas acometidos pela Covid-19, aliado a flagrante insuficiência de políticas públicas de prevenção, enfrentamento e tratamento direcionadas à essa população.

O primeiro caso da Covid-19 em uma aldeia indígena foi notificado pelo Ministério da Saúde em 01/04/2020¹⁰ e, de acordo com dados do Boletim Epidemiológico da SESAI,¹¹ que vem monitorando a situação indígena durante a pandemia, até 20/11/2020, já foram confirmados 33.929 casos de indígenas infectados em áreas rurais, além de 488 óbitos.¹² Todavia, os números podem ser ainda maiores, haja vista a notável subnotificação que marca a pandemia no Brasil, bem como o fato da SESAI já ter afirmado que só atende “os habitantes de terras indígenas homologadas” (CHIARETTI, 2020). No escopo de trazer ao público

8 “proporcionar información sobre la pandemia de forma en su idioma tradicional”; “respetar de forma irrestricta el no contacto con los pueblos y segmentos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario”; “extremar las medidas de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas”; y “abstenerse de promover iniciativas legislativas y/o avances en la implementación de proyectos productivos y/o extractivos en los territorios de los pueblos indígenas durante el tiempo en que dure la pandemia”.

9 “asegurar la participación de los pueblos indígenas (...) en la formulación e implementación de políticas públicas orientadas a la prevención y atención médica de esta población” y “adoptar medidas, incluyendo políticas sociales, orientadas a mitigar los efectos socioeconómicos que las acciones sanitarias que se implementen para la prevención y atención de la salud en el marco de la pandemia de COVID-19, puedan causar en las formas de vida y el sustento económico de los pueblos indígenas”.

10 Informação disponível em: http://www.saudeindigena.net.br/coronavirus/pdf/01_04_2020%20Boletim%20Epidemiol%20SES AI%20sobre%20COVID%2019.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

11 Disponível em: <<https://saudeindigena.saude.gov.br/corona>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

12 As informações obtidas junto à SESAI são relativas à população indígena que vive em áreas rurais, uma vez que àqueles que vivem nas zonas urbanas são atendidos pelas estruturas de saúde municipais e estaduais, portanto fora do sistema de saúde indígena.

informações mais condizentes com a realidade, o Comitê Nacional pela Vida e Memória Indígena, organizado pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), lançou um boletim voltado à coleta, verificação e registro de casos de contaminação e óbitos relacionados à Covid-19 entre indígenas. Segundo a APIB, até 21/11/2020, foram registrados 39.826 casos de indígenas contaminados, 161 povos afetados e 880 óbitos, quase o dobro identificado pela SESAI.¹³

Em 2020, as infecções respiratórias já são a maior causa de morte entre as populações indígenas brasileiras (FELLET, 2020). Um dos fatores que contribuem para a formação desse quadro é a baixa imunidade dos indígenas contra doenças consideradas comuns no contexto de comunidades não-indígenas, especialmente em virtude do escasso contato mantido entre os povos tradicionais e os centros urbanos. Prova disso é que, no caso dos indígenas, sequer é possível uma categorização mais específica quanto aos grupos de risco, dado que uma das primeiras mortes registradas foi de um jovem Yanomami de apenas 15 anos (MENDONÇA, 2020).

Nesse sentido, apesar da Covid-19 ser uma doença nova, cuja memória imunológica inexistente tanto no que toca aos povos indígenas como às populações urbanas, outros fatores se somam à situação das aldeias, dificultando a adoção de medidas de prevenção e combate à pandemia nessas famílias. Entre as questões enfrentadas pelas comunidades indígenas podem ser citadas as deficiências do sistema de saúde, a intensificação de invasões aos seus territórios, além de vulnerabilidades sociais e demográficas.

Malgrado a fragilidade do sistema de saúde brasileiro reverberar sobre toda a população, é notório que seus efeitos são potencializados em relação aos povos indígenas. Nesse contexto, um estudo publicado pela Associação Brasileira de Estudos Populacionais (Abep) apontou que apenas 8,7% dos municípios onde há terras indígenas ou que são vizinhos a elas possuem leitos de Unidade de Terapia Intensiva (ANTUNES et al., 2020, p. 43). Nos demais casos, essas pessoas precisam se deslocar para outras localidades, a fim de obter um tratamento adequado, uma vez que os DSEIs não detêm atribuição para realizar atendimentos de média e alta complexidade, como nas situações em que é necessário a internação em leitos clínicos ou UTIs.

Contudo, tal tarefa não é fácil, considerando as distâncias entre muitos territórios indígenas e centros urbanos que contam com estrutura de internação e respiradores. Esse é o

13 Disponível em: https://emergenciaindigena.apiboficial.org/dados_covid19/. Acesso em: 21 nov. 2020.

caso do povo Kokama, que se encontra a quase 700km em linha reta de Manaus (ANJOS e FONSECA, 2020), único município do Estado do Amazonas que possui leitos de UTI para tratamento dos casos mais graves da Covid-19. Esse difícil deslocamento, imperativo diante da falta de estrutura nas unidades de atendimento primário, impõe aos indígenas a efetivação de contato com comunidades externas às aldeias, facilitando a contaminação.

Outro problema, já recorrente em terras indígenas e agravado no contexto da pandemia, é relativo às invasões aos territórios desses povos. Em face do risco de contaminação pelo SARS-CoV-2, órgãos ambientais, indigenistas, a Polícia Federal e o Exército reduziram suas ações de fiscalização, criando um campo fértil para o aumento da atuação de grileiros, missionários, garimpeiros e madeireiros. Com efeito, as atividades de mineração pouco foram impactadas pela pandemia, resultando em um contínuo avanço sobre terras indígenas de invasores potencialmente contaminados pelo vírus (WALLACE, 2020). À guisa de exemplo, estima-se que cerca de 20.000 garimpeiros estejam infiltrados na Terra Indígena Yanomami, sendo o principal vetor de transmissão do novo coronavírus no território mais vulnerável ao agente infeccioso entre as regiões indígenas da Amazônia (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2020, p. 4).

Politicamente, pouco tem sido feito pelos órgãos responsáveis, haja vista as condutas adotadas pelas autoridades, que ignoram a necessidade do isolamento. Prova disso foi a Portaria nº 419/2020, publicada em 17 de março de 2020 pela FUNAI, que passou para as coordenações regionais a incumbência, antes atribuída à Coordenação Geral de Índios Isolados, de autorizar atividades das quais derivasse o contato com essas comunidades. A portaria, amplamente criticada por delegar a importante tarefa a coordenações descentralizadas e muito mais vulneráveis a ingerências políticas,¹⁴ foi reformulada pouco tempo depois.

Esse quadro, inclusive, levou os membros da Terra Yanomami, composta por 321 aldeias, incluindo povos em isolamento voluntário ou de recente contato, a solicitarem medidas cautelares à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para que o Estado brasileiro pudesse garantir a vida e a integridade física dessa população no contexto da

¹⁴ Diversas entidades de apoio à causa indígena, a exemplo do Instituto Socioambiental e do Conselho Indigenista Missionário divulgaram notas de repúdio à Portaria nº 419/2020 da FUNAI. O Ministério Público Federal expediu recomendação em que sugere a revogação do trecho da portaria que delega às coordenações regionais a responsabilidade por autorizar atividades que impliquem no contato com comunidades indígenas isoladas, bem como reforça a necessidade de abstenção em promover quaisquer atividades do gênero. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Recomendacao6CCRMPIndiosisolados.pdf.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

pandemia. Atendendo ao requerimento, a CIDH expediu a Resolução nº 35/2020, na qual reconhece a insuficiência das providências adotadas pelo Brasil na proteção dessas comunidades indígenas e determina que o país, entre outras coisas,

adote as medidas necessárias para proteger os direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal dos membros dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, implementando, de uma perspectiva culturalmente apropriada, medidas de prevenção contra a disseminação da COVID-19, além de fornecer assistência médica adequada em condições de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, de acordo com os parâmetros internacionais aplicáveis. (CIDH, 2020d, p. 12).

Finalmente, a ausência de ações mais incisivas de prevenção e tratamento direcionadas aos povos nativos completa o quadro de aflição quanto aos efeitos da pandemia do Covid-19 na população indígena. As medidas tardiamente anunciadas pelos órgãos federais competentes não ultrapassam, na maioria dos casos, meras recomendações e sugestões, trazendo pouca efetividade no caso concreto, consoante apontado e criticado com veemência por lideranças atuantes em todas as regiões do Brasil.

O Ministério da Saúde elaborou uma série de recomendações no sentido de, em síntese, reforçar medidas restritivas de acesso a territórios indígenas. Adotando a mesma linha estratégica, a SESAI elaborou planos de contingência dirigidos individualmente a cada um dos 34 distritos sanitários. Ainda, foram realizadas outras medidas de enfrentamento ao novo coronavírus, como a entrega de medicamentos e equipamentos de proteção individual (EPI) às comunidades, e a inauguração de alas hospitalares voltadas ao atendimento exclusivo de pacientes indígenas em hospitais nos Estados do Amazonas e do Amapá.¹⁵

A análise dos referidos planos possibilita vislumbrar, contudo, o caráter programático e superficial que os marca, na medida em que descrevem táticas e recomendações com pouca ou nenhuma conexão com a realidade concreta estrutural do subsistema de saúde indígena. Nesse sentido, destaque-se que mesmo as iniciativas de promoção à educação e acesso à informação são pouco eficazes na prática, visto que são disponibilizadas pela modalidade de educação à distância, exigindo que as aldeias estejam equipadas com todo o aparato necessário à concretização dessa forma de ensino.

15 Informações obtidas através do relatório das ações realizadas pela SESAI para enfrentamento da pandemia da Covid-19, atualizado até 10/11/2020, e disponível em:

https://saudeindigena1.websiteseuro.com/coronavirus/pdf/Relatorio%20Resumido_SESAI_Coronavirus.pdf;
bem como de pasta eletrônica contendo os planos de contingência e demais documentos relevantes ao enfrentamento da pandemia entre os povos indígenas, acessível pelo link:

<https://drive.google.com/drive/folders/1NypkAgVkbQU5ztQ4yWVgh1bgxdiBIBhh>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Não bastasse, mesmo no caso de medidas supostamente eficazes, a exemplo da entrega de medicamentos, vislumbra-se uma atuação inadequada do Estado brasileiro, como relatou a Rede Pró-Yanomami e Ye'kwana, ao descrever a entrega de 33.000 comprimidos de cloroquina aos povos da Terra Yanomami,¹⁶ remédio cuja eficácia contra a Covid-19 nunca restou cientificamente comprovada.

Não é difícil compreender que a ineficácia das medidas até então elaboradas pelos órgãos oficiais decorre preponderantemente da ausência de consulta às lideranças locais. Cumpre mencionar que essa é uma luta antiga da população indígena, e reflete um quadro de invalidação de suas formas de conviver e criar conhecimento, vista muitas vezes como mera expressão cultural ou mesmo ocultismo. Pouco antes do coronavírus chegar ao Brasil, pensadores de 45 etnias distintas construíram, durante o Encontro dos Povos Mebengokrê, um manifesto onde se exigia do governo federal o respeito ao “nosso direito à consulta livre, prévia e informada toda vez que sejam previstos projetos e decisões que possam nos impactar e ameaçar nossos territórios e modos de vida”.¹⁷

Já em sua mais recente edição, o Acampamento Terra Livre possibilitou a reunião virtual de milhares de indígenas, com contribuições de diversas mentes focadas nas questões enfrentadas pelos povos nativos do Brasil. Durante um dos painéis, foi anunciada a elaboração de uma carta, destinada à OMS, em que se requer maior atenção ao pleito dos povos originários, “para orientar aos governos do mundo que implementem políticas públicas que garantam a segurança física, alimentar, territorial e cultural desses povos”.¹⁸ Conclui-se que a articulação indígena não carece de lideranças políticas e intelectuais dos mais diversos ramos do conhecimento. O problema, na verdade, é uma histórica subalternização dessas formas de produção, que não são vistas como integrantes do conceito de ciência, tampouco utilizadas no momento de edificar e implementar políticas determinantes do próprio cotidiano dos povos identificados implicitamente pelas autoridades como subalternos.

Fundamental argumentar, ante evidências de que os casos de coronavírus se alastram com maior rapidez em regiões que sofrem com a exploração ilegal de minérios e madeira (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2020, p. 13), que meras recomendações não são o

16 O relatório, que foi encaminhado ao Ministério Público Federal, pode ser consultado em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/nota_redeyy_cloroquina_16jul.pdf#overlay-context=pt-br. Acesso em: 30 out. 2020.

17 Íntegra do manifesto disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1HSsR0JnJcw3MY1KRzrinzgWsjVicw43s/view>. Acesso em: 07 nov. 2020.

18 Informação sobre o painel extraída do site eletrônico da APIB, disponível em: <http://apib.info/2020/05/01/indigenas-realizam-edicao-historica-do-acampamento-terra-livre>. Acesso em: 18 out. 2020.

suficiente para afastar invasores e prevenir a contaminação das aldeias, sejam estas oficialmente isoladas ou não.

Essa problemática é ainda mais latente nos territórios ditos não homologados,¹⁹ que se encontram sem qualquer assistência dos órgãos governamentais de acompanhamento da saúde da população indígena, conforme reconhecido pela própria SESAI.

Enquanto isso, somente em 16/06/2020, mais de 2 meses após o registro do primeiro caso de infecção pelo SARS-CoV-2 entre os povos indígenas, o Congresso Nacional aprovou a PL 1142/2020, chamada de “Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos Territórios Indígenas”, que garante a criação de um programa com medidas de proteção à essa população frente à pandemia. Essa medida é de suma importância para as comunidades indígenas, habitantes de terras homologadas ou não, haja vista, por exemplo, a criação de auxílio emergencial específico para os povos tradicionais, a distribuição gratuita de materiais de higiene e a participação de Equipes Multiprofissionais de Saúde Indígena (EMSI) qualificadas e treinadas para enfrentamento da Covid-19.

Todavia, diversos dispositivos do projeto de lei foram vetados pelo Presidente da República,²⁰ que previam, entre outras coisas, a oferta emergencial de leitos hospitalares e de UTI's; a facilitação do acesso ao auxílio emergencial pelos povos tradicionais; e a elaboração de materiais informativos sobre os sintomas da Covid-19, com a participação dos povos indígenas, e em linguagem acessível. Após forte pressão da sociedade e de lideranças indígenas, o Congresso Nacional derrubou grande parte dos vetos presidenciais.²¹

Diante de toda essa problemática, a APIB, em conjunto com 6 partidos políticos, ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal, solicitando medidas mais assertivas do governo federal no combate a pandemia do SARS-CoV-2 entre a população indígena. Em decisão, o STF destacou a insuficiência das providências tomadas até então pelo poder público, e determinou a criação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de terceiros nos territórios de povos indígenas isolados ou de recente contato; a extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde às comunidades situadas em terras não homologadas e aos indígenas que vivem em zonas urbanas, mas não possuem acesso ao SUS; e a criação de um Plano de Enfrentamento da

19 As terras indígenas não homologadas são áreas que aguardam um decreto presidencial, última fase do processo de demarcação antes do registro definitivo.

20 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/13425>. Acesso em: 01 nov. 2020.

21 A apreciação dos vetos presidenciais realizada pelo Congresso Nacional pode ser consultada em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/13425>. Acesso em: 01 nov. 2020.

COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, com participação de representantes da população nativa, e que preveja, inclusive, medidas para retirar os invasores de terras indígenas (BRASIL, 2020). Não obstante, apesar da decisão ter sido proferida em 08/07/2020, o governo federal ainda não apresentou um plano de enfrentamento satisfatório.²²

Buscando alertar a população quanto a questões como essas, foi realizado, como parte da programação do I Congresso Virtual da Universidade Federal da Bahia, o seminário "Covid-19 e Povos Indígenas: impasses jurídicos, ataques institucionais e formas de enfrentamento coletivo",²³ que reuniu, em 22 de maio de 2020, acadêmicos do campo do Direito e da Antropologia para debater a lesão de direitos titularizados por indígenas, acentuada pelo contexto da pandemia.

De acordo com o advogado Maynamy Xucuru Kariri, “os modelos de medidas administrativas até então adotados pelo governo federal e pelo Ministério da Saúde têm sido claramente ineficazes”. O pós-graduado em Direito afirmou também que “dentro de uma organização jurídica, percebe-se claramente que toda a legislação se remete a uma deficiência notória, na forma de lidar com as diferenças culturais e questões de políticas indigenistas”.

Na fala do Coordenador da APIB, Dinamam Tuxá, foi exposto que o enfraquecimento da política indigenista teve como reflexo o protelamento na elaboração de um plano de contingência, bem como a flexibilização do acesso de missionários a povos isolados.

O quadro atual é grave e exige medidas urgentes. Destarte, a baixa imunidade dos povos indígenas, assim como as dificuldades de acesso a elementos básicos de prevenção, podem ocasionar um verdadeiro genocídio não apenas no Brasil, como em diversas regiões da América Latina.

Esse fato é corroborado pelos números da pandemia, consoante levantamento realizado pelo Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM) e pela Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), que indica que taxa de mortalidade entre a população indígena é 150% mais alta que a média brasileira (ALENCAR et al., 2020, p. 10). Enquanto isso, constata-se um aumento preocupante do número de infecções em algumas comunidades indígenas, como na Terra Yanomami, onde os casos de Covid-19 quase

22 Na decisão proferida em 21 de outubro de 2020, o relator da ADPF, Min. Luís Roberto Barroso, não acatou o plano apresentado pela União, por entender que não atendia as necessidades da população indígena, determinado a produção de um novo Plano Geral. Cópia da decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

23 Íntegra do seminário disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qZ8iQWLU9GE>. Acesso em: 15 out. 2020.

triplicaram entre os meses de agosto e outubro (GONGORA et al., 2020, p. 12), sinalizando que este problema ainda pode estar longe do fim.

5 CONCLUSÃO

O artigo teve como objetivo identificar as ações empreendidas pelo Estado brasileiro no que tange ao enfrentamento da Covid-19 entre a população indígena, a partir de uma análise comparativa com as recomendações exaradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e considerando a construção histórica do direito à saúde da população indígena no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e no Brasil.

Nesse sentido, foi evidenciado que o combate à pandemia nas comunidades indígenas pressupõe a adoção de medidas tradicionais, como a expansão de leitos clínicos e de UTI, mas também de providências específicas, de modo a contemplar as vicissitudes desses povos, a exemplo da consulta às formas legítimas de representação indígenas para formulação de políticas públicas e do controle das invasões aos seus territórios.

Os dados colhidos e expostos, por sua vez, apontam para uma notável discrepância entre as ações governamentais direcionadas à população indígena e as recomendações feitas pela CIDH e por inúmeros especialistas, o que sinaliza uma situação extremamente preocupante, face à constatação de que boa parte das aldeias já enfrentam uma transmissão consolidada do SARS-CoV-2.

Se, por um lado, a Comissão Interamericana recomenda adotar medidas orientadas a mitigar os efeitos socioeconômicos decorrentes das ações sanitárias de prevenção à Covid-19, os planos de contingenciamento idealizados pelo Ministério da Saúde tangenciam as demandas concretas das aldeias, consistindo na maioria dos casos em meras abstrações.

Enquanto a Resolução nº 01/2020 da CIDH aponta a importância de fornecer informações acessíveis às aldeias, a pouca transparência quanto a informações importantes para lidar com a pandemia obrigou membros de determinadas etnias a traçarem estratégias descentralizadas na tentativa de evitar a propagação do vírus.

Já em face às recomendações mundiais de isolamento social, o governo brasileiro vai no caminho oposto ao sugerido pelo Sistema Interamericano, relativizando regras de acesso aos territórios indígenas, ao invés de respeitar de forma irrestrita o não contato com povos em isolamento.

Tudo isso enquanto a ausência de estrutura do sistema de saúde brasileiro, especialmente do setor direcionado ao acompanhamento das comunidades tradicionais, a distância geográfica entre as aldeias e os centros urbanos, bem como a intensificação das invasões aos seus territórios são apenas alguns dos problemas que trazem à tona o desamparo dos povos indígenas.

Não obstante a gravidade do problema, ainda há tempo para reverter o presente quadro. Entretanto, isso perpassa por uma ação conjunta entre todas as esferas governamentais, com a adoção de medidas efetivas e capazes de atender as particularidades da população indígena. Nesse ponto, a devida aplicação dos instrumentos de proteção já existentes, sejam aqueles construídos antes da pandemia ou durante a crise de saúde pública – como é o caso do PL 1142/2020, que originou a Lei nº 14.021/2020 –, já representariam um grande avanço no enfrentamento ao novo coronavírus nas comunidades tradicionais.

Ademais, a criação de um plano satisfatório de combate à pandemia alinhado às vicissitudes dos povos indígenas é essencial, consoante, inclusive, já determinado pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, é preciso que a construção desse plano conte com uma verdadeira consulta e participação de representantes das mais diversas etnias, e enfrente problemáticas históricas, como a falta de assistência às comunidades indígenas que vivem em territórios não demarcados e a invasão das terras indígenas por grileiros, missionários, garimpeiros e madeireiros, que, atualmente, é um dos principais vetores de transmissão da SARS-CoV-2.

Por fim, também é importante que se garanta a transparência das informações, de modo a permitir o escrutínio dos órgãos de controle e da sociedade sobre a atuação do Estado brasileiro junto a população indígena; a ampliação da capacidade de testagem; e o aumento do efetivo de agentes de saúde, com uma formação profissional adequada e devidamente isolados, tal qual de leitos de UTI nas regiões próximas às aldeias indígenas.

Somente assim, com a adoção de políticas públicas adequadas aos *standards* de proteção da população indígena, já definidos no âmbito nacional e internacional, sobretudo pelo Sistema Interamericano, é que o Brasil pode romper com a desigualdade e vulnerabilidade histórica que aflige os povos nativos, evitando que pandemia da Covid-19 continue a ceifar, de forma alarmante, a vida e, por conseguinte, a história de inúmeras comunidades no país.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, A.; CASTRO, I.; COELHO, M. E.; FELLOWS, M.; MOUTINHO, P.; NICÁCIO, M.; PAYE, V. **Não são números, são vidas! A ameaça da Covid-19 aos povos indígenas da Amazônia brasileira**. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM) e Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), 19 jun. 2020.

ANJOS, A. B.; FONSECA, B. **Inédito: mais de 200 terras indígenas na Amazônia têm alto risco para Covid-19**. Agência Pública de Jornalismo Investigativo, São Paulo, 23 abr. 2020. Disponível em: <<https://apublica.org/2020/04/ineditomais-de-200-terras-indigenas-na-amazonia-tem-alto-risco-para-covid-19>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

ANTUNES, M.; AZEVEDO, M. A.; DAMASCO, F.; MARTINS, M. H.; REBOUÇAS, M. P. **Análise de Vulnerabilidade Demográfica e Infraestrutural das Terras Indígenas à Covid-19: Caderno de insumos**. Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 2020. Disponível em: <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2020/04/caderno-demografia-indigena.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. **Panorama Geral da Covid-19**. [S.I.], 2020. Disponível em: <https://emergenciaindigena.apiboficial.org/dados_covid19/>. Acesso em: 21 nov. 2020.

AZEVEDO NETO, P. T. **A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça: em busca da proteção efetiva do sujeito trabalhador na contemporaneidade**. Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AKMMXM/1/tese_platon_teixeira_de_azevedo_netto.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Câmara dos Deputados. **PL 1142/2020. Ficha de transmissão**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242218>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Programa de formação de agentes indígenas de saúde e saneamento**. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/images/pdf/2018/agosto/07/PDF---Programa-de-Formacao-de-Agentes-Indigenas-de-Saude-e-de-Saneamento---PDF.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. **Saúde indígena. Sobre a SESAI.** Brasília, [2020?]. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/saude-indigena/sobre-a-sesai>>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. Secretaria Especial de Saúde Indígena. **Boletim Epidemiológico da SESAI.** Disponível em: <<https://saudeindigena.saude.gov.br/corona>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

_____. **Coletânea de documentos técnicos.** Brasília, 2020. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/1NypkAgVkBQU5ztQ4yWVgh1bgxdiBlBhh>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. **Relatório das ações realizadas pela SESAI para enfrentamento da pandemia da COVID-19.** Brasília, 2020. Disponível em: <https://saudeindigena1.websiteseuro.com/coronavirus/pdf/Relatorio%20Resumido_SESAI_Coronavirus.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. **Saúde indígena. Distritos Sanitários Especiais Indígenas.** Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/secretarias-estaduais/685-institucional/secretarias/secretaria-especial-de-saude-indigena-sesai/46396-distritos-sanitarios-especiais-indigenas-dseis>>. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Recomendação nº 01/2020.** Brasília, 19 mar. 2020. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Recomendacao6CCRMPFindiosisolados.pdf.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709.** Brasília, 08 jul. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2020

CHIARETTI, D. **Pandemia se alastra rapidamente entre povos indígenas.** Valor Econômico, São Paulo, 02 jun. 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/06/02/pandemia-se-alastra-rapidamente-entre-povos-indigenas.ghtml>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

CONGRESSO VIRTUAL DA UFBA. **Tema: Covid-19 e Povos Indígenas: impasses jurídicos, ataques institucionais e formas de enfrentamento coletivo.** 1ª ed. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qZ8iQWLU9GE>>. Acesso em: 15 out. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 7615 (Brasil), publicado no Informe anual 1984-1985, OEA/Ser.L/V/II.66.** Washington, 01 out. 1985. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. Comunicado de Imprensa. **A CIDH e sua REDESCA instam a assegurar as perspectivas de proteção integral dos direitos humanos e da saúde pública frente à pandemia do COVID-19.** Washington, 20 mar. 2020a. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/060.asp>>. Acesso em: 06 nov. 2020.

_____. *Comunicado de Prensa. La CIDH alerta sobre la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a la pandemia de COVID-19 y llama a los Estados a tomar medidas específicas y acordes con su cultura y respeto a sus territorios.* Washington, 06 mai. 2020c. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/103.asp>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

_____. **Resolução 25/2020.** Washington, 17 jul. 2020d. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR-PT.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. **Resolución n° 1/2020: Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.** Washington, 10 abr. 2020b. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai.** San José, 17 jun. 2005. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____ . **Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua**. San José, 31 ago. 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

_____ . **Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile**. San José, 08 mar. 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

FELLET, J. **Coronavírus pode dizimar povos indígenas, diz pesquisadora**. BBC News Brasil, São Paulo, 25 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52030530>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

GARNELO, L. **Política de Saúde Indígena no Brasil: notas sobre as tendências atuais do processo de implantação do subsistema de atenção à saúde**. In: GARNELO, Luiza; PONTES, Ana Lúcia (Org.). *Saúde Indígena: uma introdução ao tema*. Brasília: MEC-SECADI, 2012. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_indigena_uma_introducao_tema.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

GARNELO, L.; PONTES, A. L.; STAUFFER, A. **Profissionalização indígena no campo da saúde: desafios para a formação técnica de Agentes Indígenas de Saúde**. In: GARNELO, Luiza; PONTES, Ana Lúcia (Org.). *Saúde Indígena: uma introdução ao tema*. Brasília: MEC-SECADI, 2012. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_indigena_uma_introducao_tema.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

GHISLENI, P. C.; LUCAS, D. C. **Direitos Humanos e vulnerabilidades atravessadas**. *Revista Estudos Feministas*, v. 28, n. 2, p. 1-15, 16 set. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/1806-9584-2020v28n260174/44136>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

GONGORA, M. F.; JABRA, D.; MACHADO, A. M.; MARTINS, M. S.; ROCHA, M. T.; SENLLE, M. G.; WEIS, B. W.; YANOMAMI, D. V. K. **Xawara: rastros da Covid-19 na Terra Indígena Yanomami e a omissão do Estado**. Instituto Socioambiental, 1ª ed., São Paulo, 2020. Disponível em:

<https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/coy_publicacao_r05_20201117.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GREGORI, M. S. **Artigo 12º**. In: COUTO, Mônica Bonetii (Org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013.

INDÍGENAS realizam edição histórica do Acampamento Terra Livre. Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, 01 mai. 2020. Disponível em: <<https://apiboficial.org/2020/05/01/indigenas-realizam-edicao-historica-do-acampamento-terra-livre/>>. Acesso em: 18 out. 2020.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **O impacto da pandemia na Terra Indígena Yanomami: #ForaGarimpoForaCovid**. [S.I.], 2020. Disponível em: <<https://acervo.socioambiental.org/acervo/publicacoes-isa/o-impacto-da-pandemia-na-terra-indigena-yanomami-foragarimpoforacovid>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

MANIFESTO DO PIARAÇU. Aldeia Piraçu, 17 jan. 2020. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1HSsR0JnJcw3MY1KRzrinzgWsjVicw43s/view>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

MASS, R. H.; DAROIT, A. P. **A proteção interamericana do direito humano e social à saúde**. *Revista de Direito Sanitário*, v. 20, n. 1, p. 13-31, 18 nov. 2019. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164199>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

MENDONÇA, H. **Yanomami de 15 anos morre vítima do coronavírus em Roraima**. *El País Brasil*, São Paulo, 10 abr. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-04-10/yanomami-de-15-anos-morre-vitima-do-coronavirus-em-roraima.html>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Santo Domingo, 15 jun. 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

_____. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Protocolo de San Salvador”**. San Salvador, 17 nov. 1988. Disponível em:

<http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 11 nov. 2020.

OIT. **Convenção nº 169**. Genebra, 7 jun. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72>. Acesso em: 13 out. 2020.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Nova York, 16 dez. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

____. Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)**. Disponível em: <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2020.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, A. C. **Curso de Direitos Humanos**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REDE PRÓ-YANOMAMI E YE'KWANA. **Considerações sobre a recente missão interministerial e suas ações para conter a pandemia na Terra Indígena Yanomami**. [S.I.], 16 jul. 2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/nota_redey_y_cloroquina_16jul.pdf#overlay-context=pt-br>. Acesso em: 30 out. 2020.

TESINI, B. L. **Coronavírus e Síndromes respiratórias agudas (COVID-19, MERS e SARS)**. Manual MSD, 2020. Disponível em: <<https://www.msmanuals.com/pt/casa/infec%C3%A7%C3%B5es/v%C3%ADrus-respirat%C3%B3rios/coronav%C3%ADrus-e-s%C3%ADndromes-respirat%C3%B3rias-agudas-covid-19,-mers-e-sars>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

WALLACE, S. **Primeiras mortes causadas pelo coronavírus em comunidades indígenas na Amazônia**. National Geographic Brasil, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.nationalgeographicbrasil.com/ciencia/2020/04/morte-aldeia-indigena-amazonia-amazonas-coronavirus-covid-19-saude-kayapo-yanomami>>. Acesso em: 04 out. 2021

CRIPTOMOEDAS BITCOIN E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EXCHANGES PELA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

João Vitor Gondim Silva dos Santos*

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar as principais questões atinentes à responsabilidade civil imputável às corretoras de criptomoedas *bitcoin*. Dentre os aspectos analisados, discute-se a natureza destes criptoativos, as relações consumeristas em sede de transações de *bitcoins*, bem como as condições em que a responsabilização das exchanges pode se verificar. Enfim, acredita-se haver na esfera consumerista respaldo, ainda que genérico, para a efetivação da responsabilidade destes entes que atuam como fornecedores nas relações de intermediação e corretagem de criptomoedas.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção dos Consumidores; Bitcoin; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article analyses the main subjects related to the civil liability demanded to the bitcoin cryptocurrency realtors. Within the analyzed aspects, the nature of such cryptoactives is discussed, the consumer relations due to bitcoin transactions, and also the verification of responsibility conditions from exchanges. Therefore, it is safe to say that there is a feedback, in the consumer's mean, even if unbiased, to make the provider responsible for the intermediation of the transactions and brokerages of cryptocurrencies.

KEYWORDS: Consumer Protection; Bitcoin; Civil Liability.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2 Bitcoins: Principais Conceitos e Demais Elementos; 2.1 Uma Breve Contextualização Histórica Sobre as Criptomoedas em Questão; 2.2 Noções e Atributos dos Bitcoins; 3 As Corretoras de Bitcoins; 3.1 As Principais Noções Acerca das Exchanges; 3.2 Contratos por Adesão Atinentes ao Uso das Criptomoedas; 4 A Responsabilidade Civil das Exchanges em Face dos Consumidores Lesados por Falha nos Serviços Contratados; 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos anos, problemáticas relacionadas às criptomoedas vêm sendo vertiginosamente acentuadas. Não é difícil promover tal contestação, eis que uma sintética busca por notícias desta natureza já traz resultados consideráveis, como se vê nesta de 22 de maio de 2020: “Clientes de *exchange* brasileira noticiam problemas com saques desde janeiro”¹. Por sua vez, de 1 de dezembro de 2019, tem-se: “Problemas com bitcoin? Disparam reclamações sobre o sumiço de criptomoedas”². Regressando ainda no tempo, notícia de 27 de setembro de 2019: “O desespero de quem investiu as economias em *bitcoins* e teme nunca

* Graduando em Direito pelas Faculdades de Direito da Universidade Federal da Bahia e da Universidade de Coimbra em Regime de Dupla Titulação, membro da Associação Baiana de Defesa do Consumidor (ABDECON). E-mail: jvgondim@gmail.com

¹ MATOS, Gino. Clientes de exchange brasileira noticiam problemas com saques desde janeiro. *Criptofácil*, [S. l.], 22 maio 2020. Disponível em: <https://www.criptofacil.com/clientes-de-exchange-brasileira-noticiam-problemas-com-saques-desde-janeiro/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

² CUNHA, Lilian. Problemas com Bitcoin? Disparam reclamações sobre o sumiço de criptomoedas. *6 minutos*, 01 dez. 2019. Disponível em: <https://6minutos.com.br/minhas-financas/problemas-com-bitcoin-disparam-reclamacoes-sobre-sumico-de-criptomoedas/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

recuperar o dinheiro”³. De igual modo, em 23 de maio de 2019: “Problema em plataforma trava saques e depósitos em criptomoeda de *exchanges* brasileiras”⁴. Suscita-se, por último, esta que se data de 11 de dezembro de 2018: “US\$1 bilhão em criptomoedas foram roubados em 2018”⁵.

De logo, não é difícil compreender o impulso para o presente trabalho, cuja base é inequivocamente fática, segundo a qual os usuários-consumidores de criptomoedas, e principalmente a mais famosa delas, os *bitcoins* (BTC’s), precisam ter a devida instrumentalização a respeito da plataforma, do sistema, do funcionamento das criptomoedas. Em se tratando de algo tão recente e ainda pouco explorado, a utilização de criptoativos revela dificuldades como o acesso às informações sobre os serviços prestados e o analfabetismo digital que ainda assola boa parte dos brasileiros. É, pois, necessário discutir a responsabilização desses agentes intermediadores nas operações com BTC’s por falhas e consequentes danos ocorridos aos usuários dessas plataformas, vulneráveis que são.

O trabalho em epígrafe se esteia na metodologia de pesquisa exploratória, que “tem por objetivo aumentar a compreensão de um fenômeno ainda pouco conhecido, ou de um problema de pesquisa ainda não perfeitamente delineado” (APPOLINÁRIO, 2014, p. 87). Nessa linha, o procedimento técnico⁶ empregado foi essencialmente a pesquisa bibliográfica, isto é, o estudo do tema a partir de materiais doutrinários, acadêmicos e jornalísticos já publicados.

Além disso, ilustra-se que “a vertente jurídico-teórica [...] acentua os aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários de determinado campo que se deseja investigar” (DIAS; GUSTIN, 2006). Por isso mesmo, e em razão do caráter geral, teórico e propedêutico a que lança a proposta do trabalho em epígrafe, optou-se pela adoção metodológica da vertente jurídico-teórica, não obstante o gerenciamento, em simultâneo, dos vieses prospectivo e positivo, tencionando-se a busca por uma análise – e quiçá soluções – autenticamente efetivas para as questões que ainda se revelam tanto quanto cinzentas para ordenamento jurídico pátrio.

Por final, mas sem perder de vista as autoras acima mencionadas, comporta aduzir que o raciocínio indutivo ganha destaque na pesquisa ora produzida, certamente por aquele consistir em “um processo mental que parte de dados particularizados e localizados e se dirige a constatações gerais” (DIAS; GUSTIN, 2006). Isto posto, aponta-se a tendência de, partindo do problema, alcancem-se as considerações gerais (método este que se coaduna com a o viés tópico e problemático já citado) – levando-se, portanto, à adoção do raciocínio de natureza hipotético-dedutiva.

2 OS BITCOINS: PRINCIPAIS CONCEITOS E DEMAIS ELEMENTOS

Não há falar nos *bitcoins* sem se debruçar sobre a natureza destes, compreendendo-a enquanto moeda digital e buscando analisar o seu enquadramento perante o ordenamento jurídico e a esfera econômica. Para além, é preciso reconhecer que a aceitação, bem como a

³ MORI, Letícia. O desespero de quem investiu as economias em bitcoins e teme nunca recuperar o dinheiro. *BBC*, 27 set. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49831619>. Acesso em: 13 jul. 2020.

⁴ RABIN, Cláudio Goldberg. Problema em plataforma trava saques e depósitos em criptomoeda de *exchanges* brasileiras. *UOL – Portal do Bitcoin*, 23 mai. 2019. Disponível em: <https://portaldobitcoin.uol.com.br/problema-em-plataforma-trava-saques-e-depositos-em-criptomoeda-de-exchanges-brasileiras/>. Acesso em: 13 jul. 2020

⁵ MATOS, Gino. US\$1 bilhão em criptomoedas foram roubados em 2018. *Webitcoin*, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://webitcoin.com.br/us1-bilhao-em-criptomoedas-foram-roubados-em-2018-dez-11/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

⁶ Acerca do tema, cf. PRODANOV, Cleber Cristiano. Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. p. 128.

adesão às criptomoedas não é unânime, avaliando o cenário econômico global. Nesse trilhar, é bem verdade que o processo de globalização, ao alcançar os mercados financeiros, fê-lo com inequívoco esteio nos avanços tecnológicos, não se podendo olvidar das tecnologias conectivas e na complexa sistemática de liquidação e compensação de uma diversa gama de operações financeiras (GARNATEO; MARTINEZ; NUÑEZ, 2019, p. 41).

De modo sintético, – e conforme há de se reiterar em linhas subsequentes –, é possível conceituá-los como “um sistema de pagamentos online alternativo, baseado em código criptográfico e informático, mediante o qual seria possível substituir os intermediários de confiança por uma confiança no código matemático” (CORREIA, 2017, p. 2). São uma fiel representação do futuro, distanciando-se do tradicional *modus operandi* inerente à maioria das transações econômicas. Para tanto, possui “uma natureza dual: é simultaneamente um sistema de pagamentos, de troca, e uma moeda digital” (CORREIA, 2017, p. 2).

Por outro lado, há quem critique duramente o advento dessas criptomoedas. A este respeito, protesta Charlie Stross que, em semelhança a todos os outros sistemas de moedas, falar em Bitcoin demanda a implantação de sua própria agenda política (STROSS, 2019), e continua, asseverando que “*our current global system is pretty crap, but I submit that Bitcoin is worst*”⁷ (STROSS, 2019). Em conclusão, acrescenta que o custo para que sejam gerados novos *bitcoins* tende a aumentar progressivamente, gerando uma espécie de efeito cascata: se houver menos “dinheiro perseguindo coisas”, o fluxo monetário diminui, reduzindo-se gastos e, em última instância, levando a um indesejado desaquecimento da economia (CORREIA, 2017, p. 2).

Por fim, convém enunciar que a denominação dos criptoativos como moedas eletrônicas não encontra respaldo legal, já que a definição destas, prevista na legislação brasileira por meio da Lei nº 12.865/13, refere-se apenas ao capital (efetivamente reconhecido como tal pelas autoridades nacionais) que estejam, *ipsis litteris*, “armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”⁸. Em outras palavras, tratam-se dos recursos reais, postos sob custódia de uma instituição financeira propriamente dita, e cuja função é de fato servir como modo de pagamento, tal como notas físicas da moeda Real⁹.

2.1 Uma breve contextualização histórica sobre as criptomoedas em questão

Com a grande crise financeira de 2008 e todas as repercussões de ordem internacional, verificou-se uma grande inconsistência no valor das moedas (PIRES, 2017). Isto se deveu, registre-se, a um intenso processo de desregulamentação financeira, atrelado à globalização neoliberal (PIRES, 2017). É sob esse espectro que se reconhece que o processo de endividamento desenfreado e estrutural desencadeado pelos Estados Unidos, sem prejuízo da participação efetiva de outras economias centrais, influiu peremptoriamente no estabelecimento de um capitalismo instável e sem segurança (PIRES, 2012).

Nesse passo, é inegável que o cenário político-econômico à época foi bastante propício ao aparecimento dos recursos tecnológicos de base algorítmica cuja premissa era

⁷ “Nosso sistema global atual é uma porcaria, mas eu afirmo que o Bitcoin é o pior.” (Tradução livre).

⁸ BRASIL. Lei nº 12.865/13. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12865.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁹ COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS (Brasil). Alerta de 10/05/2018. **Criptoativos**: Série Alertas, [S. l.], 10 maio 2018. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

nomeadamente a criptografia. Assim, torna-se imperioso afirmar que a tecnologia por traz dos *Blockchains* (ou cadeia de “blocos virtuais” que registram todas as transações realizadas) demonstram uma revolução ante a “falta de limites e regras, impostas pelo cassino financeiro do capitalismo global, e também à busca de estabilidade no valor das moedas” (PIRES, 2012). Toda a questão gira, portanto, em torno do fato de que antes das criptomoedas, não era possível operar transações na rede sem necessariamente a figura do “terceiro intermediário de confiança” (ULRICH, 2014, p. 18) – tradicionalmente, instituições bancárias; num panorama mais hodierno, plataformas de pagamento (Paypal e afins).

Destarte, as inovações trazidas pelas criptomoedas em causa tornaram desnecessária a tal autoridade central, sendo esta responsável pela criação de unidades monetárias, ou mesmo pela fiscalização da legitimidade transacional (ULRICH, 2014, p. 18). Por isso, há que se concluir que o programador/criador do *Bitcoin*, de pseudônimo Satoshi Nakamoto, “tomou a iniciativa incrível de reinventar a moeda na forma de código de computador” (ULRICH, 2014, p. 12). Foram, portanto, nesses moldes que nasceu “o *Bitcoin* [...] Nakamoto lançou-o com um *white paper* em um fórum aberto: aqui está uma nova moeda e um sistema de pagamento” (ULRICH, 2014, p. 12).

Impressionantemente, “dois anos após ter sido lançado ao mundo, o *bitcoin* atingiu a paridade com o dólar americano – algo imaginado como possível por muito poucos” (ULRICH, 2014, p. 13). Foi assim que estas criptomoedas surgiram, portando elementos intensamente atrativos pelo que se tem como “ideal de dinheiro” nos estudos da ciência econômica: escassez, divisibilidade e, simultaneamente, incorporeidade. O *Bitcoin* empreendeu importantes curvas ao panorama tradicional e, até então, inabalado sistema bancário vigente, promovendo uma nova possibilidade: a desnecessidade de intervenção governamental – pelo menos em sua concepção original (ULRICH, 2014, p. 13-14).

2.2 Noções e atributos das criptomoedas *bitcoin*

Inicialmente, cumpre aduzir que se trata o *Bitcoin* de uma moeda digital, de código aberto, de natureza “*peer-to-peer*”, isto é, o que em português se conhece como par a par, ou, em tradução mais específica, “de ponto a ponto” (remetendo-se à ideia da ausência de um terceiro entre transações realizadas por duas partes interessadas). Seu principal atributo é, sem dúvidas, o fato de ser o primeiro sistema de pagamentos (remeta-se aqui à natureza dual da moeda virtual), em ordem global, integralmente descentralizado (ULRICH, 2014, p. 18).

Esta, todavia, não é a única definição possível: a denominada “criptocomunidade”, a saber, o grupo de pessoas que se debruçam mais sobre o referido tema, formada pelos entusiastas, estudiosos e utilizadores, chega também a definir as criptomoedas. Assim, conceituam-nos como moedas de base unicamente criptográfica, cujo valor se engendra principalmente na sua aptidão para serem mesmo utilizadas como produto de troca, moeda, tendo o vantajoso atributo de serem fundadas em propriedades matemáticas, e não com base em propriedades de natureza física, corpórea, como a exemplo dos metais mais valiosos – ouro, prata etc. (ULRICH, 2014, p. 43).

Ainda sob outro panorama, no ano de 2015 o Banco Central Europeu trouxe a compreensão do *Bitcoin* como um modo digital de serem representados valores, os quais, a seu turno, não são emitidos por uma autoridade (banco) central, nem por instituições de crédito ou similares. Admitiu-se, para além, a possibilidade de lançar mão destes criptoativos, em certos casos, como alternativas ao dinheiro (GARNATEO; MARTÍNEZ; NUÑEZ, 2019, p. 41).

Pode-se questionar acerca da relevância das novidades trazidas pelo *Bitcoin*. Nesse trilhar, cabe a seguinte ilustração: se Jorge pretendesse transacionar com Ana, utilizando a

internet, X unidades monetárias, seguramente teria de recorrer a uma plataforma de serviços de pagamentos e transações, tais como Paypal, Mastercard ou tantos outros possíveis agentes intermediadores. Uma vez enviadas as X unidades monetárias acima enunciadas, resulta que o terceiro que intermedia debita o valor de uma conta (de Jorge) e credita na outra (de Ana). Qual a importância, nesses sistemas, do intermédio? Sem ele, nada impediria que o dinheiro digital fosse gasto duas vezes: e surge assim o conhecido – e superado – problema dos gastos duplos (ULRICH, 2014, p. 18-19).

De início, é possível haver algum estranhamento quanto à possibilidade de um valor existir duplamente. Elucidando, a possibilidade de que um valor fosse gastado mais de uma vez seria como um e-mail reenviado: quando se remete um arquivo anexado ao corpo da mensagem eletrônica, este não desaparece do computador original, ou mesmo da caixa de mensagens do remetente. É, portanto, arrimando-se na presente analogia que se afirma: sem que houvesse um terceiro intermediando a transação, nada impediria que Jorge enviasse as X unidades monetárias a Ana, e ainda assim permanecesse com a quantia. A isto, na ciência da computação, de nomina-se “problema do gasto duplo”, muito presente até o surgimento do Bitcoin (ULRICH, 2014, p. 18-19).

Nessa senda, a rede desenvolvida para a operação com as criptomoedas *Bitcoin* “depende dos usuários que proveem a força computacional para realizar os registros e as reconciliações das transações. Esses usuários são denominados ‘mineradores’, porque são recompensados pelo seu trabalho com bitcoins recém-criados” (ULRICH, 2014, p. 19-20). É desta maneira que foram impedidos os gastos duplicados, já que a grande inovação consistiu exatamente na verificação e posterior registro das operações sem a necessidade de um terceiro intermediando estas mesmas. Ademais, é um sistema de auto alimentação, já que “o minerador que registrar as transações no *blockchain* recebe os Bitcoins recém criados” (SILVA, 2016, p. 43).

Cumprir tecer um breve comentário acerca dos denominados ‘mineradores’, assim chamados porque são recompensados pelo seu trabalho com bitcoins recém-criados” (ULRICH, 2014, p. 19-20). Por sua vez, a criação dos *bitcoins* se dá à medida em que milhares de computadores, dispersos (não há uma figura central, uma instituição, uma sede etc.) pelo planeta, resolvem equações matemáticas de complexidade muito elevada e que aumentam conforme a atividade de mineração avança (ULRICH, 2014, p. 20)¹⁰.

Nesse leme, cabe asseverar que é a tecnologia utilizada nos *blockchains* que permite esse tão mencionado predicado da descentralidade do sistema moeda-pagamento, ou seja, contratos digitais autoexecutáveis e ativos que podem ser todos controlados pela internet (LYRA, 2019, p. 38). Finalmente, considere-se que estes blocos de registro em cadeia, pretensamente públicos e transparentes, são autênticos protocolos de confiança, os quais possibilitam que as operações ocorram simplesmente sob a atenção de uma imensa rede de computadores, não se demandando intervenções humanas na atividade de intermediação das transações (LYRA, 2019, p. 38).

3 AS CORRETORAS DE BITCOINS

Primeiramente, imperioso afirmar que, para a esmerada compreensão do presente estudo, é necessário se fazer uma breve análise acerca das empresas corretoras de criptoativos. Nesse diapasão, tem-se que o advento das criptomoedas, os investimentos e operações atreladas a elas, tornou vultuosa a quantidade de pessoas que recorrem às *exchanges* para a compra e manutenção das referidas moedas (MILAGRE, 2018). Seja em maior ou menor grau

¹⁰ No mesmo sentido: NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system*. 2008.

quanto aos riscos das operações, bem como quanto o aporte de recursos financeiros dos que recorrem ao novel *modus* de transacionar economicamente, é inegável que, pelo “fato da estrutura que suporta o Bitcoin não possuir intermediários (como os bancos) também fascina pessoas e empresas que querem investir de forma ‘segura’ e privada” (MILAGRE, 2018).

A este respeito, interessante notar que um recente estudo publicado pelo *Financial Stability Board* sobre o panorama mundial quanto à regulação das criptomoedas revelou que, dentre as principais questões que preocupam os diversos países ao redor do globo, listam-se, com distinção, a proteção do consumidor e do investidor (LYRA, 2019, p. 80-81). Disto emanam as preocupações no tocante à regulação das corretoras (*Exchanges*) que atuam como intermediárias na troca entre moedas virtuais e moedas oficiais. Verifica-se serem estes casos os que mais expõem os consumidores “comuns” às inseguranças e riscos – tanto inerentes aos negócios, quanto devido às abusividades praticadas pelas referidas fornecedoras (LYRA, 2019, p. 81).

Sem prejuízo das diversas vantagens já elencadas ao longo dos parágrafos anteriores, fato é que “os riscos das criptomoedas não estão só ligados ao fato de que se sabe muito pouco sobre o que realmente gera as movimentações neste mercado” (MILAGRE, 2018), mas também às complexas questões envolvendo segurança da informação (MILAGRE, 2018). Deste modo, não é incomum que as corretoras aduzam que não se enquadram como carteiras, mas fato é que, mesmo temporariamente, custodiam os ativos dos respectivos titulares, e nesse iter – mas não restrito a ele –, danos ao patrimônio do titular podem, com efeito, serem verificados (MILAGRE, 2018).

3.1 As principais noções acerca das *exchanges*

Em primeiro lugar – definindo-as concretamente –, tratam-se as nomeadas *exchanges* de “plataformas de câmbio de moeda virtual [...], que fazem intermediação *online* entre vendedores e compradores de alguma moeda [...] e recebem uma taxa por essa intermediação” (SOBRAL, 2018). Sob esse espectro, há que pugnar pela essencialidade das referidas corretoras para o orgânico funcionamento do mercado das criptomoedas. Isto porque “é possível transacionar como numa corretora usual, de maneira muito simples e econômica permitindo a entrada de usuários leigos” (PRADO, 2017, p. 15). Em suma, consistem em pessoas jurídicas cujos serviços de corretagem e similares são prestados essencialmente através de plataformas em sítios eletrônicos, que atuam promovendo a confluência entre aqueles que desejam comercializar (comprar e/ou vender) a moeda virtual em epígrafe (PRADO, 2017, p. 15).

Ainda no panorama conceitual, a Comissão de Valores Imobiliários, através do Ofício Circular nº 11/2018/CVM/SIN¹¹, compreende as *exchanges* como plataformas de negociação, através das quais é possível, inclusive, a realização de investimentos – e não só de transações em sentido estrito, consoante se vinha abordando em caráter majoritário, até então, no presente escrito.

3.2 Contratos por adesão atinentes ao uso das criptomoedas

Imergindo nos limites da seara consumerista, convém, sobretudo, investigar a teoria por trás dos contratos por adesão, para, deste modo, tecer a devida abordagem desta figura no

¹¹ COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS (Brasil). Daniel Walter Maeda Bernardo. *Ofício Circular nº 11/2018/CVM/SIN*. Investimento indireto em criptoativos pelos fundos de investimento. Rio de Janeiro, 19 set. 2018. Disponível em: cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-1118.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

âmbito das criptomoedas. É preciso admitir que este contrato reflete, principalmente, o modo de vida contemporâneo e suas implicações no âmbito econômico. Nesses moldes, Humberto Teodoro Jr. elucida que a tônica da atualidade é o consumo em massa, a partir do qual surgem volumosas demandas a todo tempo, de modo que os empresários passaram a lançar mão de padrões, literalmente uniformizados, na forma de negociar e de contratar (TEODORO JR., 2017, p. 276).

Sob tal prisma, à práxis mais hodierna das relações negociais estão imbricados os contratos de massa, conhecidos pelo peculiar atributo de serem elaborados fundamentalmente por estipulação unilateral, esta, por sua vez, promovida no inequívoco mais da vezes pela parte dos fornecedores. Sumariamente, e por mais paradoxal que seja, esta figura contratual afasta a ideia de discussão pormenorizada de cláusulas e condições operacionais.

Curioso notar que não existem, nestes casos, um contexto de individualização das escolhas contratuais, ou seja, não costuma haver reais opções contratuais do lado dos consumidores (a opção é mesmo de aderir ou não ao negócio). Dito isto, acentua-se a razão pela qual os contratos de massa são bastante peculiares em sua própria natureza, eis que não proporcionam aos consumidores a faculdade de deliberar sobre as disposições contratuais, “como deveria ocorrer segundo os padrões clássicos do princípio da autonomia plena de vontades” (TEODORO JR., 2017, p. 276).

Com efeito, os produtos desta espécie contratual, pela sua própria gênese, adesiva que é, podem nascer eivados de cláusulas abusivas, que de algum modo contrariem o Direito vigente no ordenamento jurídico pátrio. É nesse sentido que a proteção aos consumidores deve se efetivar seja “com relação ao direito à prestação principal do contrato – o produto ou serviço contratado – assim como pelo cumprimento de todos os demais deveres estabelecidos ao fornecedor por força de lei” (MIRAGEM, p. 304-305).

Nesse passo, há certas violações ao contrato que são especialmente vedadas pelo microsistema consumerista. Cumpre, portanto, construir uma síntese acerca das infringências que mais relevam para o deslinde da problemática nos contratos firmados entre *exchanges* e consumidores-usuários. Primeiramente, consoante as lições de Leonardo Medeiros Garcia (GARCIA, 2016, p. 317), o art. 39, V do Código de Defesa do Consumidor (CDC) não admite o exercício de um direito em caráter absoluto, devendo ser exercido sem desvio de finalidade, bem como sem frustrar as legítimas expectativas criadas em outrem, sob pena de ser considerado ato ilícito, ainda que o titular não chegue a macular a norma em si. Além disso, a intelecção do que significa “vantagem manifestamente excessiva” traz um exercício de remissão ao artigo 51 do mesmo Códex, já que este dispositivo, em seu parágrafo primeiro, define o que seria o “exagero da vantagem” auferida por um fornecedor (NUNES, 2015, p. 620).

Para além, há que se respeitar os princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual. No tocante àquela, Humberto Teodoro Jr. explica que na concepção hodierna da função social do contrato, ao abrigo do CDC, a boa-fé transmuta-se, em um processo de afastamento da sua feição tradicional (TEODORO JR., 2017, p. 239). Diante do exposto, a boa-fé subjetiva retrata como um estado anímico, este, aliás, mais do que uma norma jurídica em si (MIRAGEM, 2016, p. 145). Boa-fé objetiva, por sua vez, afigura-se como uma “fonte de deveres jurídicos implícitos”, isto é, que apesar de não estarem prescritos na lei ou no contrato, decorrem da incidência deste próprio axioma em uma determinada relação jurídica (MIRAGEM, 2016, p. 145). Adicionalmente – e de decisiva relevância –, constata-se que o princípio da transparência, consagrado no *caput* do art. 4º do CDC é corolário da boa-fé, exigência indispensável às partes do contrato (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013, p. 75).

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EXCHANGES EM FACE DOS CONSUMIDORES LESADOS POR QUEBRA OU FALHA NOS SERVIÇOS CONTRATADOS

Cumpra asseverar, antes de tudo, que, oferecendo serviços de compra e venda dos criptoativos em causa, ofertando também os serviços de cotação, e cobrando taxas para a realização de ambas as atividades, as *exchanges* desempenham funções contratuais cujo melhor enquadramento é como, de fato, uma relação de consumo (CASTRO, 2019, p. 37). Assim, cabe realizar uma importante distinção: o que se pretende discutir no presente tópico atine à possibilidade de responsabilização civil das corretoras de criptomoedas, enquanto prestadoras de serviços que, em verdade, assimilam-se às atividades desempenhadas pelas tradicionais corretoras de valores. Dito isto, dá-se azo à defensabilidade de que as relações contratuais entre as referidas empresas e seus respectivos clientes-usuários tratam-se, com efeito, de relações consumeristas.

Observe-se, contudo, que não se abrangem aqui as outras possíveis relações decorrentes de transações cujo objeto são outrossim os *bitcoins* – nestes outros casos, poder-se-ia tratar de permutas, compra e venda entre particulares etc. De todo modo, em razão do apego ao recorte temático, atrelado ao diminuto espaço disponível, há que se deter especificamente ao enquadramento consumerista de uma das possíveis relações envolvendo as criptomoedas em tela. Não se olvide, entretanto, “que as *exchanges* não podem ser caracterizadas como instituições financeiras, pois carece a elas essa definição por regulamentação específica pelos órgãos competentes” (CASTRO, 2019, p. 37).

Desta maneira, é forçoso admitir as corretoras são, de fato, responsáveis pelo ambiente virtual disponibilizado ao consumidor conforme se avalia: ao se cadastrar em qualquer dessas plataformas que prestam serviços de corretagem e afins, relativos às criptomoedas em referência, alocando nesses sistemas seja o valor real, nomeadamente em dinheiro, ou em criptomoeda, “espera-se que o acesso do usuário aos seus valores constantes dentro da plataforma deva se dar de forma livre e desimpedida” (SOBRAL, 2018). Mas não só isso: evoca-se também, em favor dos consumidores, o direito à informação, a saber, um dos que possui maior alcance prático, no cotidiano das relações de consumo (MIRAGEM, 2016, p. 214). Dessarte, situações em que haja violações ao dever de informar adequadamente, de modo e preciso aos consumidores (NUNES, 2015, p. 37) sobre ao menos, o básico do funcionamento e as vicissitudes daquela atividade de operação com *bitcoins*, pode desencadear a responsabilidade das corretoras supramencionadas (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 552-553).

Nesse sentido, importa afirmar que a atual carência de regramento específico para essas plataformas no que tange à responsabilização civil não aparenta ser um impeditivo de que se veja reconhecida, junto aos tribunais, a aduzida responsabilidade. Isto porque, no contexto jurídico pátrio, pende-se, por diversas vezes, para a exclusão do atributo culpa em sede de caracterização do dano (SOBRAL, 2018). Aliás, CAVALIERI FILHO (2014, p. 543) preconiza que o ordenamento brasileiro trilhou um árduo caminho até a consagração da responsabilidade (direta) do fornecedor em face de consumidor lesado, ocorrendo um processo de alternância de posição da responsabilidade, que tinha lugar, anteriormente, na conduta do autor, passando depois a ser encaixada no fato que deu origem ao dano.

Em adição, convém registrar que o processo evolutivo da compreensão da responsabilidade do fornecedor culminou no reconhecimento de “vínculo jurídico direto entre o fabricante e o produto, em razão do qual o primeiro toma-se responsável pelo dano que o segundo viera causar[...]” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 543). A importância disto tudo, em suma, reside na alteração do *status* da garantia ínsita ao produto ou serviço ofertado no

mercado: abandonou-se a compreensão que a limitava à relação contratual refletida na cadeia de comercialização do produto/serviço. Com efeito, passou-se a abarcar também o fabricante e o último consumidor (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 543). Ilustrando o panorama acima exposto, ampliou-se o leque de garantidores da adequação, qualidade e tantos mais atributos a que um produto ou serviço deve atender – reforçando, por consequência, a tutela de consumidores que pudessem vir a ser lesados ao serem expostos ou consumirem propriamente tais objetos dessas relações.

Imagine-se, por exemplo, uma situação de ataques DDoS, isto é, o que se denomina por ataque “distribuído de negação de serviço”¹²: neste caso, é de notar que um computador mestre, gerenciando até milhões de outros computadores (“zumbis”), é capaz de empreender uma invasão virtual a um número altíssimo de máquinas, fazendo-as acessar um certo recurso, através de um certo servidor, simultaneamente¹³. Outro cenário perfeitamente mencionável como situação que pode gerar danos ao consumidor é o caso de latência, ou atraso de resposta, lentidão, da plataforma (SOBRAL, 2018). Tendo em mente panoramas como estes acima referidos, torna-se imperioso reconhecer a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados em razão das falhas ocorridas em sede de transações intermediadas pelas corretoras em tela, principalmente em decorrência da teoria do risco empresarial, pela qual o fornecedor assume o dever de indenizar, ainda que não tenha sido ele a dar causa ao dano (SOBRAL, 2018).

Ademais – e sem prejuízo do quanto acima exposto –, a excedência aos limite da boa-fé, atrelada ao abuso de direito, também se fundamenta no critério “objetivo-finalístico”, demandando ao fornecedor deveres já mencionados, como o de informação, aviso, esclarecimento e proteção (SOBRAL, 2018). Diante do exposto, é certo que qualquer *Exchange* precisa oferecer os recursos tecnológicos escorreito e adequado para preservar, o máximo possível, o sistema utilizado contra estes tão perigosos ataques DDoS, mas também “e, ainda, para que o cliente tenha livre acesso ao seu aporte em reais ou em criptomoedas, o que fica impossibilitado também em momentos de latência do sistema” (SOBRAL, 2018).

Há que ponderar, criticamente, acerca das possibilidades de efetivação desta responsabilidade, trazendo ao foco exclusivamente a situação das *exchanges*: embora no Brasil a jurisprudência já penda majoritariamente pela responsabilização objetiva das instituições bancárias por fraudes ocorridas no âmbito virtual, não há ainda uma perspectiva muito bem delimitada, e tampouco uma massa de julgados que permita ter nítida previsão de como os tribunais interpretam esta problemática (MILAGRE, 2018). De todo acaso, é ainda valioso compreender que, mesmo “bastando a demonstração do nexa causal entre a invasão e a atividade ou serviço *online* do banco” (MILAGRE, 2018) em se tratando de reconhecer o caráter objetivo da responsabilidade em causa (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 181-182), a perquirição de questões ocorridas *online* é de fato mais complicada do que ao se considerar o meio “real”. Nesse trilhar, não é esperado que o consumidor, eventual demandante em um litígio judicial, disponha de analistas, peritos e técnicos à sua disposição – o que pode ser um problema (ressalvadas questões inerentes à inversão do ônus da prova) à demonstração dos fatos alegados para comprovação dos danos causados (MILAGRE, 2018).

5 CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, resta confirmado que o ordenamento pátrio fornece, através das normas originadas no microsistema consumerista, proteções de ordem mais

¹² Em inglês, *Distributed Denial of Service* (DDoS).

¹³ O QUE é DoS e DDoS?. *Canaltech*, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/produtos/o-que-e-dos-e-ddos/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

genérica, e que de toda sorte são perfeitamente aplicáveis às situações em que o consumidor lesado pretenda demandar a *exchange* envolvida, por dano causado aquando da prestação de serviços relacionados à corretagem de criptomoedas *bitcoin*. Entretanto, é igualmente verídico que não podem lançar mão de tutelas especiais referentes, por exemplo, aos clientes de instituições financeiras *stricto sensu*, ou mesmo corretoras de valores, a saber, o Fundo Garantidor de Crédito (FGC), Mecanismo de Ressarcimento de Prejuízos (MRP) etc. (CASTRO, 2019, p. 37). Resta evidente, por outro lado, que a carência de uma regulação específica a respeito da atuação das “criptocorretoras” dá azo à possibilidade de que ocorram certas desarmonias jurídicas, gerando, inclusive, certo campo de instabilidade ou de até insegurança jurídica (SOBRAL, 2018).

Inobstante o enrijecimento da responsabilidade objetiva consagrada no ordenamento pátrio, aceitando-se amplamente a teoria do risco da atividade, constata-se que este fenômeno dos criptoativos, influenciando na alteração do *status quo* vigente na esfera das operações financeiras, possivelmente há de trazer ainda algumas complicações. Nessa linha, os contratos por adesão cada vez mais presentes trazidos pelo advento e expansão dos criptoativos, “muitas vezes sem informações e pesquisas prévias, aumentarão os números de questões judiciais sobre responsabilidades de trades, plataformas de negociação e *exchanges*” (MILAGRE, 2018).

Cabe, portanto, aos aplicadores do direito – em especial os que pugnam pela defesa dos consumidores –, a atenção à multiplicidade de situações que podem ensejar a responsabilização das corretoras supra referidas. Então, é forçoso admitir que a efetiva tutela desta tão ampla classe de vulneráveis passa, inarredavelmente, pela atribuição à empresa corretora pelos danos causados aos usuários: intermediação de ativos inexistentes (ou falsos), invasões por hackers, saques ou movimentações sem a anuência do titular daquele montante traduzido em criptoativos, falhas (especialmente as mais graves) nas plataformas etc., ressalvada a hipótese de culpa exclusiva do usuário-consumidor (CASTRO, 2019). Dito isto, o delimitar dos contornos da problemática em tela será feito, muito em breve, pela jurisprudência sobre o assunto – inclusive enquanto não houver respaldo normativo específico.

REFERÊNCIAS

Antonio Herman V., BENJAMIN; Claudia Lima, MARQUES; Leonardo Roscoe, BESSA. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013.

APPOLINÁRIO, Fabio. *Dicionário de metodologia científica: um guia para a produção do conhecimento científico*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. *Lei nº 12.865/13*. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12865.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

CASTRO, Igor Fiche Seabra de. *Panorama legal das moedas virtuais: natureza jurídica, projetos de regulamentação e a responsabilidade civil das exchanges*. Orientador: Frank Ned Santa Cruz de Oliveira. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/23543>. Acesso em: 8 jul. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2014.

COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS (Brasil). Alerta de 10/05/2018. *Criptoativos: Série Alertas*, [S. l.], 10 maio 2018. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS (Brasil). Daniel Walter Maeda Bernardo. *Ofício Circular nº 11/2018/CVM/SIN*. Investimento indireto em criptoativos pelos fundos de investimento. Rio de Janeiro, 19 set. 2018. Disponível em: cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-1118.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

CORREIA, Guilherme Canedo. *BITCOIN: As inconsistências do modelo*. Orientador: Professor Dr. Rui Moreira de Carvalho. 2017. Dissertação de Mestrado (Grau de Mestre em Estratégias de Investimento e Internacionalização) - Instituto Superior de Gestão, Lisboa, 2017.

CUNHA, Lilian. Problemas com Bitcoin? Disparam reclamações sobre o sumiço de criptomoedas. 6 minutos, 01 dez. 2019. Disponível em: <https://6minutos.com.br/minhas-financas/problemas-com-bitcoin-disparam-reclamacoes-sobre-sumico-de-criptomoedas/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

GARCIA, Leonardo Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*: artigo por artigo. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvm, 2016.

GARNATEO, Patricia Carracedo; MARTÍNEZ, José Manuel Guaita; NUÑEZ, Francisco Isidoro. *Las Criptomoedas: Digitalización del dinero 2.0*. Pamplona, Espanha: Thomson Reuters, 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Repensando a Pesquisa Jurídica*. São Paulo: Del Rey, 2006.

LYRA, João Guilherme. *Blockchain e Organizações Descentralizadas: Conheça a tecnologia por trás do bitcoin*. Rio de Janeiro: Brasport, 2019.

MATOS, Gino. Clientes de exchange brasileira noticiam problemas com saques desde janeiro. *Criptofácil*, [S. l.], 22 maio 2020. Disponível em: <https://www.criptofacil.com/clientes-de-exchange-brasileira-noticiam-problemas-com-saques-desde-janeiro/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

_____. US\$1 bilhão em criptomoedas foram roubados em 2018. *Webitcoin*, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://webitcoin.com.br/us1-bilhao-em-criptomoedas-foram-roubados-em-2018-dez-11/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

MILAGRE, José Antonio. Direito do cliente diante da quebra ou falha de corretora de Bitcoins. *Consultor Jurídico*, 2 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-02/jose-milagre-direito-cliente-corretora-bitcoin-quebre>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORI, Letícia. O desespero de quem investiu as economias em bitcoins e teme nunca recuperar o dinheiro. *BBC*, 27 set. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49831619>. Acesso em: 13 jul. 2020.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

O QUE é DoS e DDoS?. *Canaltech*, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/produtos/o-que-e-dos-e-ddos/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

PIRES, H. F. Bitcoin: a moeda do ciberespaço. *Geosp – Espaço e Tempo* (Online), v. 21, n. 2, p. 407-424, agosto. 2017. ISSN 2179-0892. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/geosp/article/view/134538>>. doi: 10.11606/issn.2179-0892.geosp.2017.134538. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Capitalismo gestor de dinheiro e desregulação financeira: o endividamento dos EUA e das economias centrais. In: PACHECO, S. M. M.; MACHADO, M. S. (Org.). *Globalização, políticas públicas e reestruturação territorial*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2012. p. 109-143. v. 1. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/b3w-963.htm>>. Acesso em: 12 set. 2019.

PRADO, Felipe Lima. *Bitcoin: análise da criptomoeda no mercado brasileiro*. Orientador: Antonio Marcos Hoelz Ambrozio. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. p. 15. Disponível em: http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Felipe_Lima_Prado.pdf. Acesso em: 3 jul. 2020.

PRODANOV, Cleber Cristiano. *Metodologia do trabalho científico* [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RABIN, Cláudio Goldberg. Problema em plataforma trava saques e depósitos em criptomoeda de exchanges brasileiras. *UOL – Portal do Bitcoin*, 23 mai. 2019. Disponível em: <https://portaldobitcoin.uol.com.br/problema-em-plataforma-trava-saques-e-depositos-em-criptomoeda-de-exchanges-brasileiras/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

SILVA, Rodrigo Morais Paim. *A evolução da moeda e a Bitcoin: um estudo da validade da Bitcoin como moeda*. Orientador: Prof. Adalmir Antonio Marquetti. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Grau de Bacharel em Ciências Econômicas) - Faculdade de Administração, Contabilidade e Economia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

SOBRAL, Cristiano. Novas Relações de Consumo: Exchanges e Ausência de Regulamentação. *Blog Cristiano Sobral*, [s. l.], 5 fev. 2018. Disponível em: <https://blog.cristianosobral.com.br/novas-relacoes-de-consumo-exchanges-e-ausencia-de-regulamentacao/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

STROSS, Charlie. *Why I want Bitcoin to die in a fire*. [S. l.], 18 dez. 2013. Disponível em: http://www.antipope.org/mt/mt-cp.cgi?__mode=view&blog_id=1&id=2. Acesso em: 3 ago. 2019.

TEODORO JR., Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin: A moeda na era digital*. São Paulo: Mises Brasil, 2014.

APOSENTADORIA ESPECIAL POR EXPOSIÇÃO OCUPACIONAL AO BENZENO EM TRABALHADORES DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

*Juliano Moreira da Silveira**

RESUMO: O objetivo deste artigo é demonstrar que o trabalhador da indústria do petróleo exposto ao benzeno possui direito a aposentadoria especial, mas o risco benzeno costuma não estar descrito no PPP. O procedimento metodológico adotado foi a pesquisa bibliográfica, que ocorreu em bibliotecas físicas e digitais, nos mais variados documentos, como livros, artigos científicos, publicações em periódicos, julgados, normas nacionais e internacionais, tabelas fornecidas pelo sindicato da categoria entre outros. E, foi utilizado o fichamento como técnica para resumir o conteúdo pesquisado. A Constituição brasileira vigente adotou como proteção social a Seguridade Social, orientada por princípios específicos, para garantir de forma solidária a dignidade dos cidadãos, por meio da saúde, assistência social e previdência social, na qual estão as aposentadorias. A aposentadoria especial é um benefício previdenciário para trabalhadores expostos à agentes nocivos à saúde e exige menos tempo de contribuição. O refino do petróleo pode gerar derivados com benzeno na sua composição, como a gasolina. Trabalhador exposto ao agente carcinogênico benzeno tem direito a aposentadoria especial, por ser uma atividade reconhecida como especial pelo INSS. Diversas áreas da indústria do petróleo possuem atividades reconhecidas como especiais pelo judiciário. Mas juristas e sindicatos denunciam que empresas do petróleo habitualmente omitem o risco benzeno no PPP. Os resultados desta omissão são indeferimentos de pedidos de aposentadoria especial pelo INSS, doenças não reconhecidas como ocupacionais por impedir o nexo técnico epidemiológico previdenciário, interferência no cálculo do fator acidentário previdenciário, não recolhimento dos adicionais de contribuição previdenciária para aposentadorias especiais entre outras violações previdenciárias.

PALAVRAS-CHAVE: Seguridade Social. Aposentadoria Especial. Benzeno. Trabalhador da Indústria do Petróleo. PPP.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate that the oil industry worker exposed to benzene has the right to special retirement, but the benzene risk is usually not described in the PPP. The methodological procedure adopted was bibliographic research, which took place in physical and digital libraries, in the most varied documents, such as books, scientific articles, publications in journals, judgments, national and international standards, tables provided by the category's union, among others. And the file was used as a technique to summarize the researched content. The current Brazilian Constitution adopted Social Security as a social protection, guided by specific principles, in order to guarantee the dignity of citizens in solidarity, through health, social assistance and social security, in which pensions are located. Special retirement is a social security benefit for workers exposed to agents harmful to health and requires less contribution time. The refining of oil can generate derivatives with benzene in its composition, such as gasoline. A worker exposed to the benzene carcinogenic agent is entitled to special retirement, as it is an activity recognized as special by the INSS. Several areas of the oil industry have activities recognized as special by the judiciary. But lawyers and trade union denounce that oil companies habitually omit the benzene risk in the PPP. The results of this omission are rejections of requests for special retirement by the INSS, diseases not recognized as occupational due to impeding the social epidemiological technical nexus, interference in the calculation of the social security accident

* Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. E-mail: emaildojuliano@yahoo.com.br.

factor, non-payment of social security contribution additional for special pensions, among other social security violations.

KEYWORDS: Social Security. Special Retirement. Benzene. Worker of the Oil Industry. PPP.

SUMÁRIO: 1 introdução; 2 Seguridade social e princípios previdenciários; 2.1 Princípios previdenciários; 3 Aposentadoria especial; 3.1 Reforma previdenciária de 2019; 4 Petroleiro exposto a benzeno tem direito à aposentadoria especial; 4.1 Petroleiras omitem o risco benzeno no PPP; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade precisa de todos os tipos de trabalho, mas alguns são prejudiciais à saúde ou a integridade física do trabalhador, denominados de atividades especiais. Como forma de retribuição pecuniária e prevenção de doenças ocupacionais, o trabalhador de atividade especial tem direito a uma aposentadoria especial, que é a inatividade remunerada com menos tempo de contribuições previdenciárias, após cumprir certos requisitos. Esta é a situação de muitos trabalhadores da indústria do petróleo. Mas o INSS costuma indeferir a aposentadoria especial aos petroleiros, pois a empresa preenche o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) sem o risco benzeno, o que descaracteriza a atividade especial. Esta omissão gera vários problemas previdenciários.

Este é o cenário demonstrado pelo artigo que utiliza como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica, realizada em bibliotecas físicas e digitais, nos mais variados documentos, como livros, artigos científicos, publicações em periódicos, julgados, normas nacionais e internacionais, tabelas entre outros. O fichamento foi a técnica utilizada para resumir o conteúdo pesquisado.

Inicia com a evolução das formas de proteção social. O assistencialismo, presente desde a Antiguidade, como caridade. O mutualismo como seguro social, pois exige contribuições para formar um fundo que protege os seus integrantes em momentos de dificuldade. A precarização do trabalho industrial fez surgir no final do século XIX na Alemanha, o sistema estatal *bismarkiano* de mutualismo, para proteger trabalhadores de

invalidez, doenças, acidentes de trabalho, velhice e desemprego involuntário. A última forma de proteção é a seguridade social que surge do Estado de Bem-Estar Social, na difícil realidade mundial do início do século XX, sendo o principal modelo o *beveridgeano*, nascido na Inglaterra em 1942, mas implantado por grande parte dos países.

A seguridade social busca uma proteção social básica para todos os cidadãos e durante toda a vida destes, não apenas aos trabalhadores, sem a obrigatoriedade de contribuição, pois o seu custo é solidário entre todos. O Brasil colonial e imperial era assistencialista. O mutualismo *bismarkiano* surge com a Lei Eloy Chaves em 1923, início da previdência social brasileira. A seguridade social foi incorporada na Constituição Federal de 1988 e executada por meio da saúde e da assistência social, ambas *beveridgeanas*, e da previdência social, que é mais *bismarkiana*, pois não é universal e em regra exige contribuição.

Foram descritos os princípios previdenciários, que buscam assegurar a dignidade humana. O princípio previdenciário fundamental é o da solidariedade, na qual os ativos financiam benefícios dos inativos na sua face comutativa e, na face distributiva, a sociedade financia subsidiariamente o benefício do segurado ou dependente que não contribuiu o suficiente para a previdência, para não o deixar na miséria. Outros princípios importantes são o de proibir a redução dos direitos sociais conquistados e de proteger o hipossuficiente, sobretudo daquele que sobrevive das políticas sociais. O artigo aborda os princípios constitucionais da seguridade social e do seu custeio, além dos princípios da previdência social.

Depois, o artigo desenvolve sobre a aposentadoria especial, que surge na Lei 3.807 de 1960, como espécie da aposentadoria por tempo de contribuição. Ela é concedida pela atividade especial exercida, que pode ser de 15, 20 ou 25 anos de contribuições, a depender do risco presente no trabalho, portanto, independe do gênero do trabalhador. A Constituição entende como atividades especiais as penosas, insalubres e perigosas, e reconhece a aposentadoria especial para celetistas e estatutários. O único impedimento constitucional ao trabalho em atividade especial é para menores de 18 anos, como uma proteção.

A aposentadoria especial exige dois principais requisitos. O primeiro é a carência, que a partir de 2011 a legislação exige no mínimo 180 contribuições. O segundo requisito é a comprovação de ter trabalhado o período legal mínimo na atividade especial. Até 1995 o reconhecimento legal da atividade especial é presumido, pois basta pertencer a uma certa profissão. Mas houve mudanças nas leis, descritas no artigo, até que após 1997 o INSS passa a exigir uma perícia técnica previdenciária para reconhecer a atividade como especial. Foram

descritos os ajustes legislativos e jurisprudenciais que surgiram para viabilizar a aposentadoria especial, inclusive as recentes alterações da EC 103 de 2019.

Foi demonstrado que a atividade com exposição ao benzeno é especial. Há legislação específica e normas do INSS que reconhecem o benzeno como cancerígeno e considera uma exposição efetiva a simples presença deste agente no local de trabalho, motivo de exigir apenas uma avaliação qualitativa. Nem equipamentos de proteção podem desconsiderar a exposição como efetiva. O petroleiro costuma estar exposto a agentes perigosos e insalubres, entre os quais o benzeno, substância presente sobretudo na gasolina. Foram disponibilizadas decisões de tribunais que reconhecem várias atividades dos trabalhadores do petróleo como especiais, do poço do petróleo até o posto.

Apesar deste direito a aposentadoria especial, petroleiros costumam optar por continuar a trabalhar e se aposentar por tempo de contribuição comum. Como vários destes são servidores públicos e o art. 37, § 14 da EC 103/19 impede que servidores obtenham a aposentadoria do INSS e continuem com este vínculo de emprego, aumentaram os pedidos por aposentadoria especial, ajudado pelo PIDV (Programa de Incentivo ao Desligamento Voluntário) da petroleira estatal. Mas o INSS indefere a aposentadoria especial ao petroleiro, sobretudo pelas empresas de petróleo omitirem o risco benzeno no PPP.

Empresas de petróleo omitem o risco benzeno com a tese de que a Portaria interministerial nº 775 de 2004 permite existir até 1% de benzeno nos combustíveis, e concluem ser possível a avaliação quantitativa para o benzeno com um direito comparado a outros países sobre valor-limite de agentes carcinogênicos. Entendem que se demonstrarem uma concentração de benzeno no ambiente laboral abaixo de 1%, não é necessário reconhecer o risco no PPP. Mas esta omissão, além do indeferimento do pedido de aposentadoria especial, não atende várias outras normas e ofende diversos princípios previdenciários.

2 SEGURIDADE SOCIAL E PRINCÍPIOS PREVIDENCIÁRIOS

A humanidade sempre se preocupou em proteger socialmente as pessoas vulneráveis do grupo e são três as principais formas de proteção social: o assistencialismo, o mutualismo e a seguridade social (TSUTIYA, 2013, p. 49).

O assistencialismo é uma espécie de caridade presente desde a antiguidade, sem necessidade de contribuições. O mutualismo é um seguro social, pois exige contribuições da

pessoa que pertence à um grupo para formar um fundo, o qual protegerá seus integrantes nos momentos de dificuldade social (TSUTIYA, 2013, p. 49). Na revolução industrial, devido aos abusos sofridos pelos trabalhadores, surge na Alemanha, no final do século XIX, um sistema estatal de mutualismo, denominado *bismarkiano*. Se estendeu para os principais países europeus e assegurou doenças, acidentes de trabalho, velhice, invalidez e até desemprego involuntário (WEINTRAUB, 2005, p. 42).

A terceira forma de proteção social é a seguridade social que surge do Estado de Bem-Estar Social, pela difícil realidade econômica mundial do início do século XX. O seu principal modelo foi o *beveridgeano*, nascido na Inglaterra em 1942. É uma proteção social básica universal, para todos os cidadãos e durante toda a vida destes, sem a obrigatoriedade de contribuição do mutualismo, pois o seu custo será solidário entre todos os cidadãos. Acabou implantada pela maioria das Constituições e inclusive foi descrita na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (TSUTIYA, 2013, p. 52).

No Brasil, a evolução do sistema de proteção social foi atrasada, pois no início do século XIX a Inglaterra já amadurecia a revolução industrial enquanto o Brasil lutava pela independência, com uma economia arcaica, latifundiária e escravagista (WEINTRAUB, 2005, p. 66). O assistencialismo foi a regra do período colonial, com as ações beneficentes das Santas Casas de Misericórdia (TSUTIYA, 2013, p. 49), e no Brasil imperial tinham alguns poucos benefícios previdenciários concedidos pelo Estado como caridade. O marco inicial da previdência social no Brasil foi o Decreto nº 4.682 de 1923 ou Lei Eloy Chaves, ainda dentro do sistema de mutualismo *bismarkiano* (TSUTIYA, 2013, p. 53).

A legislação brasileira evoluiu ao longo do século XX e a seguridade social acabou incorporada apenas na Constituição Federal de 1988, momento em que o Estado passa a ter o dever de assegurar a dignidade humana por meio da saúde, da assistência social e da previdência social. A saúde e a assistência social se tornaram proteções universais, sem a necessidade de contribuição direta para acessar estes serviços, um modelo *beveridgeano*. A previdência social, representada pelo INSS, ficou mais *bismarkiano*, pois exige contribuição para conceder benefícios previdenciários (TSUTIYA, 2013, p. 55).

A doutrina define a previdência social como o segmento da seguridade social que possui específicos princípios, regras e instituições, para proteger a subsistência do segurado e dependentes, mediante contribuições, em momentos de redução ou perda da remuneração, temporária ou permanente, previstas na legislação (MARTINS, 2006, p. 276).

2.1 PRINCÍPIOS PREVIDENCIÁRIOS

As normas jurídicas sobre seguridade social, sobretudo as previdenciárias por ser objeto deste artigo, devem respeitar os respectivos princípios, estejam estes expressos no ordenamento jurídico ou deduzidos do mesmo. As regras devem estar limitadas aos princípios, pois estes são normas mais relevantes do que aquelas, e são consideradas inválidas se não seguirem o sentido racional norteado pelos vários princípios previdenciários (WEINTRAUB, 2005, p. 103).

Para atingir a dignidade do art. 1º, inc. III da Carta Magna em vigor, o Direito Previdenciário possui 3 fundamentais princípios. O 1º princípio é o da solidariedade, que possui a face comutativa, na qual o trabalhador ativo contribui para financiar o benefício do inativo e ser protegido da mesma forma no futuro. E a face distributiva, aplicada apenas subsidiariamente quando o segurado ou dependente não fez contribuições suficientes, mas a sociedade de forma indireta financia o benefício para trazer dignidade a estes. O art. 195 da Constituição vigente descreve que a seguridade social é financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, assim como o art. 3º, inc. I descreve ser objetivo do Estado brasileiro ter uma sociedade solidária (MARTINEZ, 2015, p. 74).

O 2º princípio é o da proibição do retrocesso social, que veda a diminuição do rol de direitos sociais conquistados para garantir o mínimo existencial. Não está expresso, mas o art. 5º, § 2º da Constituição descreve que direitos expressos não excluem outros princípios adotados por ela (MARTINEZ, 2015, p. 101). O último princípio fundante do Direito Previdenciário é o da proteção social ao hipossuficiente, sobretudo ao cidadão que depende das políticas sociais para a sua subsistência (WEINTRAUB, 2005, p. 104).

A seguridade social possui 7 princípios constitucionais descritos nos incisos do art. 194 da Constituição. O 1º é o da universalidade da cobertura e do atendimento, para garantir o mínimo existencial a todos. A previdência social exige contribuição como regra para acesso aos seus benefícios, já a saúde e a assistência social independem de contribuição direta para acessar seus serviços (MARTINEZ, 2015, p. 188). O 2º princípio é a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. São os mesmos, mas com valores diferentes, pois equivalência não é igualdade (MARTINEZ, 2015, p. 184).

O 3º princípio da seguridade social é o da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. São seletivos por serem concedidos a uma pessoa com requisitos que demonstrem a necessidade, não será concedido salário-família ao trabalhador sem

dependentes. A distribuição da renda busca o bem-estar social por meio de serviços, como a saúde, ou de benefícios, como a aposentadoria (MARTINEZ, 2015, p. 174). O 4º princípio é o da irredutibilidade do valor dos benefícios, previdenciário ou de assistência social, sendo possível apenas desconto legal ou judicial. O art. 201, § 2º da Constituição descreve reajuste periódico para preservar o valor real (MARTINEZ, 2015, p. 173).

O 5º princípio é o da equidade na participação do custeio. Empregados, empregadores e Poder Público contribuem, mas a empresa contribui sobre a folha de pagamento dos funcionários, faturamento e lucro, tudo para garantir a proteção social dos hipossuficientes (WEINTRAUB, 2005, p. 106). O 6º é o da diversidade da base de financiamento, pois a seguridade social pode ter receita além dos trabalhadores, empregadores e Poder Público, como ocorre na contribuição social sobre concursos de prognósticos. E, o 7º princípio é do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite e paritária dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (WEINTRAUB, 2005, p. 107).

Há princípios constitucionais de custeio da seguridade social. O 1º é o do orçamento diferenciado, afinal, a seguridade social possui orçamento próprio, conforme art. 165, § 5º, inc. III. Na Constituição anterior não havia a distinção e a reserva de caixa para viabilizar a previdência em conjunturas desfavoráveis, acabou utilizada em finalidades não previdenciárias (MARTINEZ, 2015, p. 152). O 2º princípio é o da precedência da fonte de custeio. Um benefício ou serviço é criado ou ampliado apenas com uma correspondente fonte de custeio, conforme art. 195, § 5º. Lei que o viole será inconstitucional (MARTINEZ, 2015, p. 148).

O 3º princípio é o da compulsoriedade da contribuição. Toda a sociedade deve contribuir para financiar a seguridade social e é possível o Poder Público precisar instituir contribuições sociais adicionais, conforme art. 149 da Carta Magna vigente (MARTINEZ, 2015, p. 139). O último princípio de custeio da seguridade social é o da anterioridade tributária de contribuições sociais. Podem ser exigidas somente após a *vacatio legis* de 90 dias da vigência da lei. Para reduções ou isenções de contribuições, a vigência é a partir da data prevista na lei ou, se não prevista, o prazo é de 45 dias da sua publicação, conforme art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (WEINTRAUB, 2005, p. 109).

Por fim, há princípios específicos da previdência social. O 1º princípio é o da filiação obrigatória. Todo trabalhador que exerce atividade remunerada como celetista, deve estar vinculado ao RGPS. O 2º é do caráter contributivo, pois todo regime previdenciário brasileiro

possui contribuição do segurado para o custeio. A não contribuição é inadimplência tributária e não desfiliação. E, não há vínculo entre o valor da contribuição e os benefícios. É possível um segurado contribuir 1 mês, sofrer acidente de trabalho que gera aposentadoria por invalidez e receber benefício maior do que contribuiu (WEINTRAUB, 2005, p. 110).

O 3º princípio é do equilíbrio financeiro e atuarial, incluído nos artigos 40 e 201 da Constituição pela EC nº 20/98, pois o Poder Público deve trabalhar para viabilizar o sistema previdenciário dentro dos diferentes contextos econômicos enfrentados. Deste princípio surge o fator previdenciário no cálculo de benefícios de aposentadoria, para desestimular a aposentadoria com pouca idade e tempo de contribuição (WEINTRAUB, 2005, p. 111). O 4º princípio é o da garantia do montante mínimo que, conforme o art. 201, § 2º da Constituição, não pode ser inferior ao salário mínimo, seja benefício previdenciário ou de assistência social, pois o objetivo é garantir a dignidade humana (MARTINEZ, 2015, p. 162).

O 5º princípio é do reajuste do valor. O art. 40, § 17, e o art. 201, § 3º da Constituição, garantem correções dos benefícios para evitar distorções no valor (MARTINEZ, 2015, p. 159). O 6º princípio é o da preservação do valor real dos benefícios. O art. 201, § 4º da Constituição assegura o reajuste dos benefícios para preservar o valor real e manter o poder de consumo (WEINTRAUB, 2005, p. 112). O 7º princípio é o da facultatividade da previdência complementar. É admitida a participação da iniciativa privada de forma complementar e facultativa na previdência social, conforme art. 40, §§ 14 a 16, e art. 202, ambos da Constituição, como um seguro privado, individual e autônomo, sem vínculo com o Estado, que apenas fiscalizará (MARTINEZ, 2015, p. 187).

O último princípio é o da indisponibilidade dos direitos dos beneficiários, afinal, quando se obtém os requisitos, o segurado pode não requerer o benefício, mas não perde seu direito, pois não há prazo decadencial para um benefício previdenciário. O benefício não pode sofrer penhora, arresto ou sequestro, nem ser vendido ou cedido pelo beneficiário. Os descontos serão possíveis para casos determinados por lei ou por ordem judicial, como para o cumprimento de ordem judicial decorrente da obrigação de prestar alimentos, além das autorizações realizadas pelo próprio segurado (WEINTRAUB, 2005, p. 113).

3 APOSENTADORIA ESPECIAL

A aposentadoria é um dos benefícios do RGPS e do Regime Próprio, e possui espécies como a aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de

contribuição. A aposentadoria especial é uma subespécie de aposentadoria por tempo de contribuição, instituída na legislação brasileira em 1960, no art. 31 da Lei 3.807 (INSS, 2017, p. 6). Ela concede a inatividade remunerada com menos tempo de contribuições, como prevenção de doenças e reparo pecuniário para o segurado exposto à agentes prejudiciais à saúde ou a integridade física, trabalho considerado como atividade especial, independente do gênero do trabalhador (RIBEIRO, 2009, p. 24).

A nocividade é do agente, que pode ser físico (ruído, temperatura...), biológico (bactérias, vírus...), químico (como o benzeno) ou estarem associados. Mas é a intensidade da nocividade que determina o tempo legal a ser trabalhado na atividade especial. Mineradores subterrâneos precisam de 15 anos de trabalho, trabalhadores expostos ao asbesto ou amianto, necessitam de 20 anos, e a maioria dos demais agentes exigem 25 anos (WEINTRAUB, 2005, p. 623). Em 1960 surge o Decreto-Lei 48.959-A e seu Quadro II reconhecia algumas atividades como especiais. Em 1964, o Decreto 53.831 edita outro quadro anexo com um rol de atividades especiais e descreve o trabalho com exposição a gasolina como insalubre e exige 25 anos de labor (RIBEIRO, 2009, p. 37).

Em 1968 surge a Lei 5.440-A e seu art. 1º retira a expressão 50 anos do art. 31 da Lei 3.807/60, deixando de existir idade mínima para aposentadoria especial. O Decreto 63.230/68, no seu art. 3º, §1º, permite somar o tempo trabalhado em duas ou mais atividades especiais que não atingiram o prazo mínimo da aposentadoria especial, após conversões de equivalência feitas com cálculos ministeriais. No ano de 1980, surge a Lei 6.887 e o seu art. 9º, § 4º permite somar o tempo especial ao tempo de trabalho comum e vice-versa, após devidas conversões, para possibilitar uma aposentadoria mais justa (RIBEIRO, 2009, p. 72). Em 1982, o art. 56 do Decreto 87.374 trouxe a tabela de conversão, com multiplicadores de tempo referentes à 15, 20 ou 25 anos de atividade especial, além de 30 anos para atividade comum.

A Constituição Federal de 1988, art. 201, § 1º, descreve a aposentadoria especial para trabalhadores da iniciativa privada e, no § 4º do art. 40 para servidores públicos. A doutrina entende que o art. 7º, inc. XXIII da Carta Magna, mostra que o adicional de remuneração será devido às atividades penosas, insalubres e perigosas, portanto, estas são atividades especiais (WEINTRAUB, 2005, p. 621). Pelo o art. 7º, inc. XXXIII da Constituição, os menores de 18 anos serão os únicos impedidos de trabalhar em atividades especiais, para proteger à saúde de pessoas em amadurecimento. Gestantes e Lactantes possuem restrições pelo art. 394-A da CLT (WEINTRAUB, 2005, p. 626).

Em 1990, o art. 103, inciso V da Lei 8.112, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, permite contabilizar para efeito de aposentadoria, o tempo que trabalhou em atividade especial quando estava sob o RGPS, convertendo o tempo especial em comum com os critérios de conversão da lei vigente à época do trabalho. O Recurso Extraordinário nº 431.200-0 do STF (Supremo Tribunal Federal) de 2015 e a Súmula 66 da TNU (Tribuna Nacional de Uniformização) formalizam este entendimento (WEINTRAUB, 2005, p. 639).

Em 1991 surge a lei 8.212, que organiza a seguridade social com princípios, normas e um plano de custeio. E, a Lei 8.213/91, que descreve os benefícios da previdência social, entre os quais a aposentadoria especial nos artigos 57 e 58. O art. 57, § 2º, que remete ao art. 49 da Lei 8.213/91, descreve que a data de início da aposentadoria especial será o dia do desligamento do segurado se esta aposentadoria foi requerida até 90 dias do desligamento, mas se continuar a trabalhar ou solicitar após 90 dias do desligamento ou nos demais casos, o dia inicial é a data de entrada do requerimento (DER) da aposentadoria (LADENTHIN, 2016, p. 329).

Uma grande mudança ocorreu em 28 de abril de 1995, com a Lei 9.032. Esta legislação impede que a aposentadoria especial continue a ser presumida pelo pertencimento a uma categoria profissional, apesar do INSS ainda permitir qualquer meio para reconhecer a atividade como especial (INSS, 2017, p. 6). Esta Lei passa a permitir apenas a conversão do tempo especial em comum, nos termos do art. 57, §5º. E, no § 6º deste art. 57 há a proibição do segurado receber aposentadoria especial e retornar ou continuar a trabalhar em atividade especial, seja na atividade que ensejou a aposentadoria ou em outra. O STF entende que é uma proibição constitucional no Tema 709, julgado em 2020.

Esta Lei 9.032/95 atualizou a Lei 8.213 que exigia 60 contribuições como carência até 1991, e incluiu uma tabela robusta de carência como requisito para conceder a aposentadoria especial, na qual há o ano em que o segurado adquire as condições obrigatórias do benefício e que corresponde ao número de contribuições exigidas. Acima de 2011 a carência exigida passa a ser de 180 contribuições mensais, mantidas pelo Decreto 3.048/99 e pelo Decreto 4.729/03. Esta legislação também passa a exigir a exposição permanente para conceder o benefício especial (WEINTRAUB, 2005, p. 635).

O Decreto 2.172 de 6 de março de 1997, traz o anexo IV que substitui os Decretos 53.381/64 e 83.080/79, e descreve o benzeno como um agente nocivo e a necessidade de 25 anos de exposição. E, além do formulário-padrão previdenciário, o art. 66, § 2º deste Decreto

obriga que o INSS exija perícia ou laudo técnico para reconhecer a atividade como especial. Por este motivo, o STF, reconhece em 2016 que o LTCAT (Laudo Técnico sobre as Condições Ambientais do Trabalho) só pode ser exigido após a vigência do Decreto 2.172.

Em 1998 surge a lei 9.732 com as alíquotas suplementares de 6%, 9% e 12% a serem recolhidas para custeio da aposentadoria especial de 25, 20 e 15 anos de trabalho, respectivamente, pagas pela empresa (INSS, 2017, p. 6). A EC nº 20/98 exige lei complementar para regradar a aposentadoria, sendo editado em 1999 o Decreto 3.048, no qual a aposentadoria especial está entre os artigos 64 e 70, além de um novo anexo IV que passa a ser interpretado como um rol exemplificativo e não mais taxativo, pois novas exposições surgem. Inclusive, este é o entendimento da súmula 198 do extinto TFR (CASTRO, 2001, p. 71).

Avaliações ambientais devem obedecer a metodologia da Fundacentro, mas é competência do atual Ministério da Economia o reconhecimento da atividade como especial quando não constar no anexo IV, conforme art. 68, §§ 12 e 13 do Decreto 3.048/99. O art. 181-B, § único, deste Decreto trouxe limites para a desistência do pedido de aposentadoria especial, que é receber o 1º pagamento desta aposentadoria ou sacar o PIS ou FGTS. Após um destes atos, a aposentadoria é irreversível e irrenunciável. A duração da aposentadoria é incerta, pois cessa com a morte, mas o dependente pode transformar em pensão.

Em 26 de novembro de 1999 foi publicada a Lei 9.876, a qual manteve a renda mensal da aposentadoria especial como equivalente a 100% do salário de benefício, por não incidir o fator previdenciário. Esta renda é um cálculo e não o valor do último salário do segurado. Antes desta lei o cálculo era sobre a média dos últimos 36 salários de contribuição. Após esta lei, o seu art. 3º passa a utilizar a média aritmética dos 80% maiores salários de contribuição, até o mês anterior a aposentadoria, conforme art. 29, inc. II da Lei 8.213/91.

Em 2003 o Decreto 4.882 define que o trabalho com exposição permanente, requisito necessário para a concessão da aposentadoria especial conforme art. 57, §3º da Lei 9.032/95. O conceitua como aquele não ocasional nem intermitente, e a exposição ao agente nocivo deve ser indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço (LADENTHIN, 2016, p. 120). O INSS exige a exposição permanente após 28 de abril de 1995, pela Lei 9.032, sendo este o entendimento da súmula 49 do TNU. Em 2003 também é editada a Lei 10.666 que descreve não ser obrigatório se manter segurado do INSS, para ter direito a concessão da aposentadoria especial, pois basta cumprir os requisitos na DER.

A apresentação do PPP ao INSS é obrigatória a partir de 01/01/2004, pela Instrução Normativa (IN) 99 de 2003. Os antigos formulários são aceitos apenas para períodos trabalhados até 31/12/2003 e de acordo com a vigência destes (LADENTHIN, 2016, p. 253). Formulário DIRBEN 8030 a partir de 26/10/2000, o DSS-8030 a partir de 13/10/95, o DISES BE 5235 a partir de 16/09/91, o SB-40 a partir de 13/08/79 e o ISS-132 a partir de 06/12/77 (INSS, 2018, p. 22). O PPP auxilia na perícia previdenciária e a alíquota suplementar da lei 9.732/98 em regra é recolhida pelas informações dele (MARTINEZ, 2003, p. 19).

O PPP é preenchido principalmente com base no LTCAT (Laudo Técnico das Condições do Ambiente de Trabalho), expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho do empregador, contendo os agentes nocivos, os equipamentos de proteção utilizados e as suas atualizações periódicas. Como se presume haver uma congruência entre o PPP e o LTCAT, o TNU entende que a regra será o INSS solicitar apenas o PPP para analisar. O LTCAT será solicitado em caso de dúvida ou irregularidade. O LTCAT pode ser elaborado para trabalhos realizados no passado ou no futuro, neste caso desde que não haja mudança, conforme súmula 68 do TNU (WEINTRAUB, 2005, p. 630).

Em 2007, o STF edita a súmula vinculante 33 para casos de omissões do Regime Próprio de Previdência dos servidores públicos, no qual se utilizará as regras do RGPS para evitar que não consigam obter a aposentadoria especial. Em 2013, o Decreto 8.123 descreve no art. 68, § 4º que uma avaliação qualitativa que demonstre a presença de agente cancerígeno no local de trabalho é uma exposição considerada efetiva, não importando a quantidade do agente, o qual deve estar na Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos da Portaria Interministerial nº 9 de 2014. O Benzeno é do grupo 1 desta lista, pois é reconhecidamente carcinogênico para humano. Para estes agentes a exposição é efetiva independente de equipamento de proteção, conforme Memorando-Circular nº 2 do INSS de 2015.

Na situação de não mais existir o local de trabalho, o que impossibilita a realização da perícia direta, será admitido perícia por similaridade ou indireta, a ser realizada num outro estabelecimento, com estrutura e condições de trabalho semelhantes ao local no qual o trabalho era realizado (LADENTHIN, 2016, p. 217).

Em resumo, a aposentadoria especial exige a comprovação da exposição ao agente nocivo, de forma permanente e habitual, durante o período mínimo estabelecido pela legislação (15, 20 ou 25 anos), por meio de uma obrigatória perícia médica do INSS, que analisa o PPP e eventualmente outros documentos, como o LTCAT, ou seja, não ocorre mais

de forma presumida. As atividades laborais especiais do anexo IV do decreto nº 3.048/99 são apenas exemplificativas e não taxativas. E, também é exigida a carência de 180 contribuições mensais, a partir de 2011.

3.1 REFORMA PREVIDENCIÁRIA DE 2019

Esta reforma previdenciária tem vigência em 12 de novembro de 2019. O seu art. 3º assegura a aposentadoria se os requisitos já estiverem cumpridos até esta data. O servidor que cumprir os requisitos para aposentadoria, mas de forma voluntária optar por permanecer em atividade, faz jus ao abono de permanência que é o valor da sua contribuição previdenciária, até completar a idade de aposentadoria compulsória, nos termos do art. 3º, § 3º. Conforme art. 19, § 1º, inc. I, da EC 103/19, a aposentadoria especial para segurado que se filiar ao RGPS após esta reforma previdenciária, além dos atuais requisitos, é exigida a idade mínima. Para atividade especial com 15 anos de exposição, a idade mínima para homem ou mulher, é de 55 anos. Atividades especiais de 20 anos e 25 anos, a idade mínima é de 58 anos e 60 anos, respectivamente.

O art. 21 desta reforma previdenciária se refere ao servidor público federal ou ao segurado do RGPS que tenha filiação anterior à data de vigência desta reforma previdenciária de 2019, mas venha a completar durante a vigência desta os requisitos obrigatórios para a respectiva aposentadoria. Segurados nesta condição participarão de uma regra de transição, na qual o tempo de contribuição, dentro do qual está o tempo legal mínimo de exposição efetiva da atividade especial, será somado à idade do segurado e deverá alcançar uma pontuação mínima. Para atividade especial com 15 anos de exposição, a pontuação mínima será 66. Atividade especial de 20 anos, serão exigidos 76 pontos. E, atividade especial de 25 anos, 86 pontos, caso do benzeno.

A EC 103/19 traz regra de cálculo da renda da aposentadoria especial. O art. 26, § 2º diminui para 60% da média de todos os salários de contribuição, inclusive os usuais mais baixos do início da carreira. E, são somados 2% a estes 60%, para cada ano trabalhado acima de 20 anos de atividade especial para homens e acima de 15 anos para mulheres ou para homem com aposentadoria especial de 15 anos de contribuição. Outra alteração desta reforma de 2019 se encontra no art. 25, § 2º que proíbe converter tempo de trabalho especial em tempo comum, após a vigência desta EC 103. Será permitida a conversão de tempo especial em comum somente até a data anterior a vigência desta reforma.

4 PETROLEIRO EXPOSTO A BENZENO TEM DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL

O Petróleo é uma substância natural que pode ser fracionada em diversos derivados por meio do refino. Os combustíveis e os não combustíveis são suas duas classes principais (THOMAS, 2004, p. 4). A maioria é da classe dos combustíveis, que são perigosos pelo risco de incêndio e explosões, e são insalubres, pelas substâncias tóxicas que os compõem, como o benzeno (ARCURI, 2012, p. 12). A gasolina é um combustível que a legislação brasileira permite conter até 1% de benzeno e é altamente consumida no Brasil conforme dados de dezembro de 2019 do DENATRAN que descrevem uma frota nacional de 104.784.375 veículos automotores, sendo 54,07% automóveis.

O Ministério da Saúde define o benzeno como líquido incolor, volátil e inflamável. Entre as suas principais fontes está a extração do petróleo, o refino e a evaporação da gasolina. Cerca de 50% da concentração do benzeno no ambiente é absorvida pela respiração. A pele absorve apenas em pequenas quantidades. E, apesar da absorção gastrointestinal do benzeno ser total, a sua ingestão é acidental. Assim, o ar ocupacional deve ser controlado, as roupas do trabalhador limpas e este não devem ingerir alimentos no local de labor. Benzeno em alta concentração gera intoxicação aguda que até pode levar à morte, mas a exposição aguda é muito rara (ARCURI, 2012, p. 15). O problema é a exposição crônica ao benzeno, pois este lesa principalmente o tecido formador de células do sangue, podendo causar câncer, como a leucemia (ARCURI, 2012, p. 19).

O início da legislação brasileira sobre o benzeno foi a Portaria 3.214/78, que o colocou no Anexo 11 da NR-15 por entender que havia limite de tolerância de 8 ppm (partículas por milhão) para uma exposição segura do trabalhador. Casos de leucemia surgem e o INAMPS publica em 1986 a Circular 297, com as alterações sanguíneas que caracterizam o benzenismo, doença do trabalho causada pelo benzeno. Em 1994, a Portaria nº 3 do MTE transfere o benzeno do Anexo 11 para o Anexo 13, local de substâncias cancerígenas. E, em 1995 surge a Portaria nº 14 e a IN nº 1 e IN nº 2 do MTE, que elaboraram o Anexo 13-A da NR-15, específico para o benzeno (TEIXEIRA, 2012, p. 8).

Estas normas criam o foro tripartite denominado Comissão Nacional Permanente do Benzeno (CNP-Bz) e exigem de empresas com 1% ou mais de benzeno em seus processos, o Grupo de representação dos Trabalhadores do Benzeno para ajudar no PPEOB (Programa de Prevenção à Exposição Ocupacional ao Benzeno) e buscar controlar o ambiente e a saúde dos trabalhadores. Instituem o VRT (valor de referência tecnológica) como meta de concentração

de benzeno para programas de melhoria contínua dos locais de trabalho, sendo 2,5 ppm para siderúrgicas e 1 para as demais empresas, mas não é limite de tolerância, pois não há limite seguro para o benzeno, não se exclui o risco, segundo item 6 do Anexo 13-A (TEIXEIRA, 2012, p. 9).

Em 2001, surge a Portaria nº 34 e padroniza o ácido trans, trans-mucônico na urina (Atm-U) como o indicador biológico de exposição para o benzeno (IBE-Bz), pois mostra que o benzeno está sendo metabolizado pelo corpo e é mais preciso para identificar intoxicações do que as avaliações ambientais (ARCURI, 2012, p. 30). Em 2014, o Ministério da Saúde edita a Portaria nº 776, para padronizar a vigilância da saúde dos trabalhadores expostos ao benzeno, e a Portaria nº 775, que proíbe o comércio de produtos acabados contendo mais de 0,1% de benzeno, mas o seu art. 1º, § 1º, permite que combustíveis derivados de petróleo tenham até 1% de benzeno (TEIXEIRA, 2012, p. 9). Em 2010, a IN nº 45 do INSS, no art. 236, §1º, inc. I, reconhece a aposentadoria especial pela simples presença do benzeno no ambiente, por ter nocividade presumida.

O pedido da aposentadoria especial por exposição a benzeno é realizado junto ao INSS. Os responsáveis pelas perícias médicas previdenciárias avaliam este pedido por meio dos artigos 246 a 299 da IN nº 77/15 e pelo Memorando-Circular nº 2 do INSS de 2015, que orienta sobre como deve ser analisada a atividade especial com exposição a agente nocivo comprovadamente cancerígeno. A base legal é o Decreto 3.048/99, com as alterações trazidas pelos Decretos 4.729/03 e 8.123/13, sendo a aposentadoria especial descrita entre os artigos 64 e 70. Também utiliza a Portaria Interministerial nº 09 de 2014.

O Memorando-Circular nº 2/15 possui 5 alíneas que considera a exposição como efetiva pela mera presença do benzeno no local de trabalho, por meio de uma análise qualitativa, de modo independente à eficácia dos equipamentos de proteção, tudo devido ao benzeno ser um agente nocivo do grupo 1 da Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos (LINACH), ou seja, ser reconhecidamente cancerígeno, com registro nº 000071-43-2 no CAS, e pertencer ao Anexo IV do Decreto 3048/99, que o faz no código 1.0.3 deste Anexo, exigindo 25 anos de tempo de exposição. O responsável técnico do INSS faz a sua análise auxiliada pelo PPP emitido pela empresa, com eventual necessidade de verificar o LTCAT ou outros documentos (INSS, 2017, p. 147).

Em todas as áreas da indústria do petróleo há atividade especial com exposição ao benzeno. E, geralmente ocorre em associação de agentes nocivos ou perigosos. Portanto, o trabalhador da indústria do petróleo deve comprovar a exposição permanente ao benzeno pelo

período mínimo de 25 anos de trabalho, conforme art. 64, § 1º, do Decreto 8.123/13, além da carência, que após 2011 são 180 contribuições, para fazer jus ao direito da aposentadoria especial. Segue abaixo decisões judiciais que reconhecem a exposição ao benzeno para trabalhadores de diferentes áreas da indústria do petróleo.

A Apelação Cível (AC) nº 5024250-19.2017.4.04.7000/PR de 2018 do TRF 4, decidiu que a atividade de frentista e de gerente de posto de combustíveis realizada por este trabalhador, por mais de 25 anos, são atividades especiais pela exposição ao benzeno e à periculosidade. O INSS foi condenado a conceder aposentadoria especial a partir da DER (data de entrada no requerimento). Reconheceu a função de gerente de posto de combustíveis como atividade especial por ocorrer junto à pista de abastecimento, na qual há periculosidade e exposição ao benzeno.

A AC nº 0014053-29.2011.4.01.3300/BA de 2016 do TRF 1, decidiu que a atividade de electricista em plataforma de petróleo realizada neste caso por mais de 25 anos, é atividade especial pela exposição ao agente cancerígeno benzeno, ao ruído e pela periculosidade da energia elétrica. O INSS foi condenado a conceder aposentadoria especial a partir da DER. A AC nº 5003208-02.2018.4.04.7121/RS de 2019 do TRF 4, decidiu que a atividade de técnico de operação de logística e transporte de derivados de petróleo é uma atividade especial pela exposição ao agente cancerígeno benzeno, ao ruído e pela periculosidade dos líquidos inflamáveis. E, o INSS foi condenado a converter a aposentadoria por tempo de contribuição comum em especial desde a DER.

A AC nº 5023975-41.2015.4.04.7000/PR de 2019 do TRF 4, decidiu que a atividade de técnica química do petróleo em laboratório de empresa petrolífera é atividade especial pela exposição ao benzeno. O INSS foi condenado a conceder o benefício previdenciário mais vantajoso entre aposentadoria especial ou tempo de contribuição comum. A AC nº 5009128-29.2018.4.04.7000/PR de 2019 do TRF 4, decidiu que a atividade de técnico de operação de refinaria de petróleo é atividade especial por exposição ao benzeno e à periculosidade dos inflamáveis. O INSS foi condenado a conceder a aposentadoria especial.

Apesar do direito previdenciário especial de aposentação, os empregados da indústria do petróleo costumam se aposentar por tempo de contribuição comum, conforme dados do Sindipetro PR/SC referente aos desligamentos que ocorreram em 2016 e 2017 pelo PIDV de empresa estatal brasileira. A justificativa provável é a qualidade de trabalho das estatais brasileiras, deduzido do Acórdão 728/19 do TCU ao constatar que estatais “pagam remunerações superiores às do setor privado para quase 86% dos seus funcionários”. Como

98% das refinarias do Brasil são estatais, muitos petroleiros do refino são empregados públicos (LIMA, 2019, p. 25).

O art. 37, § 14 da reforma da previdência de 2019 impede que servidor público obtenha aposentadoria pelo INSS e continue com o vínculo de emprego, numa possível alusão ao princípio do interesse público, exceto para pedidos de aposentadoria anteriores a vigência da reforma, ocorrida no dia 12 de novembro de 2019, mesmo que a concessão ocorra em data posterior, nos termos do art. 6º desta EC 103/19. Este fato aumentou os pedidos de aposentadoria especial por petroleiros servidores públicos, também incentivados por PIDV, mas o pedido costuma ser indeferido pelo INSS pela omissão do risco benzeno no PPP.

4.1 PETROLEIRAS OMITEM O RISCO BENZENO NO PPP

O Informativo nº 646 do Sindicato dos Petroleiros de Duque de Caxias de 2018, traz a manchete “sindicato conquista que risco ao benzeno conste no ASO e no PPP”, resultado da Ação Civil Pública nº 0012447-50.2014.5.01.0204/RJ que julgou a omissão do risco benzeno no ASO e no PPP de trabalhadores de refinaria do Rio de Janeiro. O professor de Direito da Universidade Federal do Paraná, Sidnei Machado, em 2013, no seu artigo “aposentadoria especial por exposição ao benzeno tem novas regras”, descreve a omissão do risco benzeno. Relata a resistência das empresas do petróleo em reconhecer a aposentadoria especial dos trabalhadores com simples exposição ao benzeno e somente mencionam este risco após prova quantitativa que demonstre uma concentração deste químico carcinogênico acima do VRT (Valor de Referência Tecnológico).

O art. 1º, § 1º da Portaria interministerial nº 775 de 2004 admite até 1% de benzeno nos combustíveis derivados de petróleo e as empresas de petróleo levam esta permissão de 1% para o ambiente ocupacional, associado ao direito comparado sobre valor-limite de exposição ao benzeno que busca proteger a saúde dos trabalhadores ao orientar os profissionais de segurança e saúde ocupacional no controle desta exposição. São diferentes valores preconizados como normas ao compararmos os países (MENDES, 2017, p. 9).

Em 2005, agências alemãs sobre doenças ocupacionais e substâncias perigosas definiram um valor-limite para agentes carcinogênicos com base em dados epidemiológicos e pesquisas. O valor-limite para o benzeno, que é a sua concentração no ar, foi acordado entre representantes das partes interessadas em 4:1.000 como risco tolerável de câncer e 4:100.000

como risco aceitável. Desde 2012 o valor-limite de exposição ao benzeno na Alemanha é de 0,6 ppm para risco tolerável e de 0,006 ppm, para risco aceitável (MENDES, 2017, p. 11).

Os Estados Unidos possuem agências com influência mundial pela alta qualidade de suas evidências científicas, sendo a principal agência a ACGIH, que definiu o valor-limite de exposição ao benzeno em 0,5 ppm para 8 horas de trabalho e 2,5 ppm para uma exposição de curto período (ACGIH, 2019, p. 34). O Comitê Científico “Limites de Exposição Ocupacional” (SCOEL) da União Europeia, recomenda exposições abaixo de 1 ppm para 8 horas de trabalho e o valor limite de 3 ppm, conforme artigo 16º da Directiva nº 37 do Parlamento Europeu de 2004 e seu anexo III (BOLT, 2012, p. 29).

O Brasil possui valor-limite de 1 ppm para o benzeno, descrito como Valor de Referência Tecnológico (VRT), conforme item 7 do anexo 13-A da NR 15. O VRT é a concentração de benzeno que um programa de melhoria contínua do ambiente ocupacional deve buscar, mas não exclui o risco à saúde, nos termos do item 6 do anexo 13-A. Estudos mostram que 1 ppm no ar equivale a 2 mg/L de ácido trans, trans-mucônico na urina, motivo de associar este índice ao VRT para acompanhar os trabalhadores expostos ao benzeno (ASCURI, 2012, p. 32).

As empresas de petróleo entendem que se o VRT não for utilizado como valor-limite, a NR 9 da Portaria 3.214/78, no item 9.3.5.1, alínea c, descreve que o agente nocivo sem valor limite de exposição ocupacional definido na NR 15, que logicamente é o caso do benzeno, é adotado o valor da ACGIH ou o valor acordado por negociação coletiva de trabalho, desde que mais rigoroso do que os critérios técnicos. A ACGIH apresenta para o benzeno um valor limite de 0,5 ppm em 8 horas de trabalho e 2,5 ppm para exposições de curta duração. Esta é a tese das empresas não reconhecerem o benzeno no PPP quando a concentração estiver abaixo do suposto valor limite (BUSCHINELLI, 2011, p. 51).

A omissão do risco benzeno no PPP gera desdobramentos, além do indeferimento do pedido de aposentadoria especial pelo INSS. O risco benzeno obriga o Médico do Trabalho a ter um PPEOB (Programa de Prevenção à Exposição Ocupacional ao Benzeno) que exige hemograma completo semestral para gerar o ASO (Atestado de Saúde Ocupacional), conforme quadro II da NR-7 da Portaria 3.214/78. A omissão leva a uma não necessidade de PPEOB e fica comprometida a vigilância em saúde dos trabalhadores do item 7.4.8 da NR-7.

O risco benzeno omissa no PPP também pode levar a perícia médica do INSS a não realizar o Nexa Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP) descrito no artigo 21-A da lei

8.213/91 e, ao não caracterizar o benefício previdenciário como decorrente do trabalho, prejudica o trabalhador, pois este recebe um valor de benefício menor do que se fosse ocasionado pelo trabalho, além de não ter direito a estabilidade do emprego durante os 12 meses seguintes a cessação de um auxílio-acidentário, conforme o art. 118 da lei 8.213/91.

Esta omissão de risco no PPP gera uma não notificação de doença do trabalho que interfere no FAP, multiplicador do INSS que varia de 0,5 a 2, aplicado sobre a alíquota que a empresa paga à previdência social, a depender dos índices de frequência dos trabalhadores, da gravidade dos acidentes e dos afastamentos do trabalho e outros custos gerados ao INSS. Petroleiras são classificadas como risco grave que exige alíquota de 3% sobre a folha de salário e serviços. Sem doença do trabalho, a empresa pode se favorecer com a sua alíquota do INSS reduzida pela metade, se utilizado o multiplicador 0,5 do FAP.

A empresa também deve recolher a alíquota suplementar de 6% sobre a folha de salários e serviços, referente aos trabalhadores que realizam atividades especiais que concedem aposentadoria especial com 25 anos de contribuição, situação dos petroleiros expostos ao benzeno, nos termos do § 6º da lei 9.732/98, incluído no art. 57 da lei 8.213/91. Portanto, com a omissão do risco benzeno, a empresa não recolhe esta alíquota suplementar (INSS, 2017, p. 6).

No acórdão do TRT 9, sobre os Embargos de Declaração do Recurso Ordinário (RO) nº 40295-2015-013-09-00-9 de 2019, entre o Ministério Público do Trabalho e uma petroleira, estão descritas estas consequências da omissão do risco benzeno no ASO dos trabalhadores. inclusive, este Tribunal entendeu que a empresa é nacional e, como há outras demandas judiciais semelhantes em outros entes da federação, estender esta decisão para toda a companhia.

O TRT 1 julgou o RO nº 00015639820145010482 em 2019, entre Sindicato de Petroleiros e uma petroleira, sendo descrito na ementa que pela natureza cancerígena do benzeno, não há limite seguro para exposição, e somente é afastado o risco quando ele estiver ausente do ambiente. Reconhece que o risco benzeno é inerente da própria substância que é carcinogênica, conforme art. 60, § 4º do Decreto 3.048/99 e nova redação no Decreto 8.123/13.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, reconhecida pela Constituição vigente, para trabalhador celetista e servidor público, mas que exige menos tempo de contribuição, como uma prevenção de doenças e um reparo pecuniário ao trabalhador exposto à agentes prejudiciais à saúde ou a integridade física, considerada como uma atividade especial. O tempo mínimo a ser trabalhado é conforme a lesividade do agente nocivo, sendo de 25 anos para exposição ao benzeno, agente presente na indústria do petróleo. Os principais requisitos para a aposentadoria especial são: a carência, a comprovação do tempo trabalhado na atividade especial e, recentemente, a reforma previdenciária 2019 trouxe a idade como um terceiro requisito.

O já filiado ao INSS que cumprir os requisitos desta aposentadoria após a vigência desta reforma trabalhista, entra na regra de transição que soma a idade com o tempo de contribuição, e exigirá 86 pontos para atividade especial de 25 anos. Quem se filiar após esta data, será exigida a idade mínima de 60 anos para atividade especial de 25 anos. E, não será mais permitida a conversão de tempo especial em comum após esta reforma previdenciária, além de ter um novo cálculo para a renda da aposentadoria especial.

O benzeno, agente químico encontrado no ambiente laboral das petroleiras, possui a sua carcinogenicidade reconhecida por normas próprias do INSS, inclusive considera exposição efetiva a simples presença deste agente no ambiente de trabalho, motivo de exigir apenas uma avaliação qualitativa do benzeno. E, a descrição no PPP de que o trabalhador utiliza equipamentos de proteção eficazes, não afasta a exposição.

Julgados dos Tribunais Regionais Federais de trabalhadores de várias áreas da indústria do petróleo demonstram que várias das suas atividades foram reconhecidas como especiais, pois além do benzeno, é comum a associação com outros agentes que também concedem direito a aposentadoria especial, como a periculosidade, o ruído e a eletricidade.

Apesar do direito de aposentadoria especial, os petroleiros costumam optar pela aposentadoria por tempo de contribuição comum, conforme dados trazidos do Sindipetro PR/SC. E, uma possível justificativa é a boa qualidade de trabalho oferecida pelas estatais brasileiras, fato constatado pela pesquisa do TCU de 2019. Afinal, 98% das refinarias do Brasil são estatais e muitos petroleiros empregados públicos.

Como a EC 103/19 impede o servidor público de obter a aposentadoria pelo INSS e continuar com este vínculo de emprego, aumentaram os pedidos de aposentadoria especial por petroleiros servidores, também incentivados pelo PIDV da petroleira estatal.

O problema é que os pedidos de aposentadoria especial costumam ser indeferidos pelo INSS pela omissão do risco benzeno nos documentos da empresa, sobretudo no PPP, conforme denúncia de Sindicatos da categoria e juristas. Petroleiras no Brasil justificam a omissão com a tese de que é legalmente possível uma avaliação quantitativa do benzeno.

A tese destas empresas surge da Portaria interministerial nº 775 de 2004, que admite até 1% de benzeno nos combustíveis derivados de petróleo e levam esta permissão de 1% para o ambiente ocupacional, geralmente associado ao direito comparado sobre valor-limite de exposição ao benzeno que busca proteger a saúde dos trabalhadores.

Este valor-limite, utilizado por vários países, é chamado de VRT no Brasil, com o valor de 1 ppm. O anexo 13-A da NR 15 descreve o VRT apenas como uma meta que programas de melhoria contínua dos ambientes ocupacionais devem buscar. Não exclui o risco benzeno, afinal, este agente continua a existir no ambiente, mesmo que em baixa concentração.

Ao se descartar o VRT como valor-limite, a outra tese destas empresas é utilizar a NR 9, a qual descreve que para os agentes nocivos que não possuam um limite de tolerância definido na NR 15, que logicamente é o caso do benzeno, será adotado o valor da ACGIH ou o valor acordado por negociação coletiva de trabalho, desde que mais rigoroso do que os critérios técnicos. A ACGIH adota o valor de 0,5 ppm, mas o fato é que para o benzeno não há um limite de exposição seguro à saúde, conforme anexo 13-A. Portanto, não seria possível utilizar o valor da ACGIH neste caso.

Penso que o local desta discussão deverá ser a Comissão Nacional Permanente do Benzeno (CNP-Bz) e, numa negociação coletiva, na qual as bancadas patronal, dos trabalhadores e do governo, sejam favoráveis a utilização de um limite de tolerância para o benzeno nos ambientes de trabalho, este limite apenas deve ser um valor mais rigoroso do que os critérios técnicos atuais. E, entendo que as petroleiras no Brasil somente podem omitir o risco benzeno após esta aceitação pela CNP-Bz, ou depois que uma legislação superveniente permitia uma avaliação quantitativa do benzeno.

Sem esta negociação na CNP-Bz e com as normas atuais, o risco benzeno deve ser descrito no PPP, mesmo que os ambientes laborais tenham um VRT baixo, pois a sua omissão fere muitos

princípios previdenciários, além de gerar o indeferimento da aposentadoria especial pelo INSS, a não implementação do PPEOB que comprometerá a vigilância em saúde dos trabalhadores, a não realização do NTEP pela perícia médica previdenciária, a qual prejudica o segurado e interfere no FAP, podendo favorecer a empresa com uma redução de sua alíquota previdenciária, e a empresa também não recolhe a alíquota suplementar de 6% para custear a aposentadoria especial.

Uma sugestão de melhoria seria o INSS elaborar um programa para educar o segurado a sempre acompanhar o seu PPP e evitar as prejudiciais irregularidades de preenchimento feitas pela empresa, pois o trabalhador costuma se preocupar com o PPP apenas próximo de sua aposentadoria. E, a previdência também poderia fazer uma busca ativa em banco de dados do Poder Judiciário, sobretudo nas perícias que reconheceram atividades especiais e verificar se as empresas continuam a omitir o risco.

REFERÊNCIAS

ACGIH. **Limites de Exposição Ocupacional para Substâncias Químicas e Agentes Físicos e Índices Biológicos de Exposição**. 1ª ed. São Paulo: ABHO. 2019.

ARCURI, Arline S. A. **Efeitos da exposição ao benzeno para a saúde**. 1ª. ed. São Paulo: Fundacentro, 2012.

BOLT, Hermann M. Estratégia para carcinógenos/mutágenos elaborada pelo Comitê Científico “limites de Exposição Ocupacional” (SCOEL) da União Européia, com novo enfoque para o benzeno. **Revista Brasileira de Toxicologia**, São Paulo, vol. 25, 2012.

BUSCHINELLI, José; KATO, Mina. **Manual para interpretação de informações sobre substâncias químicas**. 1ª ed. São Paulo: Fundacentro, 2011.

CASTRO, Carlos A. P. de; LAZZARI, João B. **Manual de Direito Previdenciário**. 21ª. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Manual de Aposentadoria Especial/Instituto Nacional do Seguro Social**. 1ª ed. Brasília: 2017.

LADENTHIN, Adriane B. C.. **Aposentadoria Especial: teoria e prática**. 4ª. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LIMA, Paulo C. R. **A importância do refino para a Petrobrás e para o Brasil**. 1ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2019.

MACHADO, Sidnei. **Aposentadoria especial por exposição ao benzeno tem novas regras**. Disponível em: <https://machadoadvogados.com.br/2013/12/15/aposentadoria-especial-por-exposicao-ao-benzeno-tem-novas-regras/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

MARTINS, Sergio P. **Direito da Seguridade Social**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINEZ, Wladimir N. **PPP na aposentadoria especial: quem deve fazê-lo, como elaborá-lo, períodos incluídos, seus signatários para quem entrega-lo**. 1ª. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINEZ, Wladimir N. **Princípios de Direito Previdenciário**. 6ª. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MENDES et al. Normas ocupacionais do benzeno: uma abordagem sobre o risco e exposição nos postos de revenda de combustíveis. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, vol. 42, jun.2017.

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. **Denatran: frota de veículos - 2019**. Disponível em: <https://infraestrutura.gov.br/component/content/article/115-portal-denatran/8559-frota-de-veiculos-2019.html> Acesso em: 10 out. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Vigilância em Saúde: Benzeno**. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/vigilancia-em-saude/vigilancia-ambiental/vigipeq/contaminantes-quimicos/benzeno>>. Acesso em: 11 out. 2019.

RIBEIRO, Maria H. C. A. **Aposentadoria Especial**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

TEIXEIRA, J. R. Aspectos Legais da exposição ao benzeno no Brasil. **Revista Brasileira de Toxicologia**, São Paulo, vol. 25, p.8-9, 2012.

THOMAS, José Eduardo. **Fundamentos de engenharia de petróleo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Interciência: Petrobras, 2004.

TSUTIYA, Augusto M. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WEINTRAUB, Arthur B. de V; BERBEL, Fábio L. V. **Manual de Aposentadoria Especial**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

O DIREITO DOS REFUGIADOS NO BRASIL E A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO: AS INOVAÇÕES DA LEI 13.445/17 NA PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS

*Kallytha Stefany de Oliveira**

*Roberto de Almeida Luquini***

RESUMO: O presente artigo busca realizar um estudo acerca da aplicação da Nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017) no tratamento jurídico dos refugiados residentes no país, de forma a demonstrar os avanços trazidos pelo novo diploma quanto à proteção desta categoria de imigrantes. Por meio de uma análise histórico-normativa, são apresentados os principais aspectos no tocante ao regime jurídico dos refugiados no país, com ênfase nas disposições da Lei 9.474/97, que regula todo o procedimento desde o reconhecimento do status de refugiado até as soluções duráveis ao refúgio, analisando-as comparativamente aos artigos da Nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017). Assim, conclui-se que o novo diploma estabelece uma política migratória inovadora, reforçando, ampliando e regulamentando os direitos e garantias que já eram conferidas aos refugiados residentes no país.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional dos Refugiados. Refúgio. Nova Lei de Migração.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A proteção internacional aos refugiados; 2.1O Alto Comissariado da ONU para Refugiados e a Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados; 3 O Direito internacional dos Refugiados e o Brasil; 3.1 O Estatuto dos Refugiados: Lei número 9.474/97; 3.2 A nova Lei de Migração brasileira; 3.3 A Lei de Migração e o Estatuto dos Refugiados: as inovações em relação aos refugiados no Brasil; 4 Conclusão; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A concessão de proteção a pessoas vítimas de perseguições é uma prática antiga, sendo que existem registros da concessão de refúgio em textos escritos há mais de 3.500 anos, durante o crescimento dos grandes impérios do Oriente Médio. No entanto, a

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. E-mail: kallytha.oliveira15@gmail.com.

** Doutor pela Universitat de València. E-mail: robertoluquini@ufv.br.

institucionalização da proteção a pessoas refugiadas teve início apenas na segunda metade do século XX, tendo como marco principal a fuga de milhões de pessoas de seus países de origem em decorrência dos desastres causados pela Segunda Guerra Mundial.

Em que pese os conflitos ocorridos anteriormente, os quais também geraram grandes contingentes de refugiados – como a Primeira Guerra Mundial – certamente a Segunda Guerra foi o evento que gerou o maior número de deslocamentos forçados na história da humanidade, atingindo um contingente de cerca de 40,5 milhões de pessoas que foram obrigadas a fugir de seus países de origem ou de residência, divididos entre judeus e pessoas que “voluntariamente” abandonaram seus países em virtude das perseguições sofridas.

Esse contingente de refugiados foi considerado, num primeiro momento, como um problema pontual, uma situação indesejável que a sociedade internacional se recusava a enxergar como uma questão permanente. Todavia, após o final da Segunda Guerra e com o crescente, e contínuo, aparecimento de novos refugiados, percebe-se a necessidade de se criar regras tanto para a proteção dessas pessoas, quanto para a proteção interna dos Estados de acolhida, que se viram recebendo milhares de pessoas refugiadas sem que houvesse um sistema organizado de proteção.

Nesse contexto, sob o auspício da recém criada Organização das Nações Unidas (ONU), inaugura-se uma nova fase na proteção internacional dos refugiados com a instituição do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em 1950, o que proporcionou uma ampla divulgação da temática dos refugiados, propiciando a inserção do tema nas legislações internas dos Estados

No Brasil, a proteção dos refugiados é tratada pela Lei 9.474/97, denominada Estatuto dos Refugiados. Com a promulgação do diploma, o Brasil passa a ser considerado país de destaque na proteção aos direitos humanos dos refugiados, tendo em vista que o Estatuto dos Refugiados foi o primeiro diploma legal a tratar especificamente da temática do refúgio na América Latina, além de possuir caráter nitidamente humanitário.

O Estatuto dos Refugiados pode ser considerado como uma das primeiras conquistas quanto à preservação dos direitos humanos dos refugiados no cenário nacional, tanto pela abrangência na conceituação de refugiado, quanto pela busca de soluções duráveis para a questão do refúgio, além de estabelecer mecanismos para a participação da sociedade civil como parceira dessa missão.

No entanto, apesar da moderna legislação aplicável aos refugiados, os migrantes nas demais situações migratórias no Brasil não contavam com a mesma proteção. A situação jurídica dos estrangeiros no país era regulada pela Lei 6.815/80, denominado Estatuto do Estrangeiro. O antigo diploma foi concebido no período histórico de ditadura militar, cuja perspectiva partia da defesa da segurança nacional. Tratava-se, dessa forma, de uma lei com viés discriminatório, que se tornou obsoleta a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Em virtude da discordância do antigo diploma com os preceitos constitucionais, foram travados diversos debates a respeito da necessidade de uma lei que regulasse a questão dos migrantes no Brasil. Assim, no ano de 2013 foi instaurada pelo Ministério da Justiça uma comissão formada por juristas e especialistas na área de migração para elaborar uma proposta de Anteprojeto de Lei de Migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil, o que culminou na promulgação da Lei 13.445, em 24 de maio de 2017, completamente concebida de acordo com os princípios da Constituição, em que se prioriza a proteção dos direitos humanos dos migrantes.

Logo, diante da promulgação da Nova lei de Migração e dos diversos avanços quanto à situação jurídica do não nacional residente no país, o presente artigo busca realizar um estudo acerca do impacto do novo diploma na proteção específica aos refugiados no Brasil. Primeiramente, serão apresentadas as principais questões relacionadas ao refúgio, abordando o surgimento e desenvolvimento do instituto. Em seguida, serão apresentados os principais mecanismos de proteção internacional aos refugiados, destacando-se a atuação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). Por fim, demonstrar-se-ão os mecanismos internos de proteção aos refugiados, ocasião em que serão abordadas as inovações da Nova Lei de Migração no âmbito de proteção aos refugiados residentes no país.

2 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS REFUGIADOS

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Direito Internacional dos Refugiados nasce com a difícil missão de pacificar duas premissas opostas: de um lado, a ideia de soberania estatal, pela qual cabe aos Estados definir quem pode ou não cruzar as suas fronteiras; e, de outro, a necessidade de proteção aos refugiados, pessoas que foram forçadas a deixar seu país de origem para buscar proteção em outro Estado. Dessa forma, toda a evolução do Direito Internacional dos Refugiados relaciona-se com uma certa mitigação no princípio da soberania,

uma vez que impôs aos Estados a recepção dessas pessoas em seus territórios em nome da proteção aos direitos humanos (SARTORETTO, 2018: 19).

Desde a década de 20, os países europeus já observavam a necessidade de proteção aos deslocados forçados provenientes de conflitos armados¹. Sob a égide da Liga das Nações, foram criadas diversas instituições com o intuito de abordar a temática dos deslocamentos forçados, como o Escritório Internacional Nansen para Refugiados (1931-1938), o Escritório do Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados (1939-1946) e o Comitê Intergovernamental sobre Refugiados (1938-1947). No entanto, deve-se ressaltar que estas instituições possuíam atuação muito limitada, sofrendo diversas restrições por parte dos Estados, especialmente financeiras.

Durante essas primeiras manifestações do Direito Internacional dos Refugiados, um dos atos mais significativos para o desenvolvimento deste ramo do direito foi a assinatura da Convenção de 1933 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, a qual tinha por objetivo garantir estabilidade jurídica a esses indivíduos.

O tratado buscou a criação de um sistema vinculante de proteção aos refugiados, estabelecendo importantes medidas, como a positivação do princípio do *non-refoulement*², o direito ao acesso à justiça e à inserção do mercado de trabalho. Percebe-se que, certamente, a Convenção de 1933 serviu de modelo para a Convenção de 1951, relativa à proteção dos refugiados (SARTORETTO, 2018: 47).

Ocorre que, com o advento da Segunda Guerra Mundial e o grande contingente de refugiados advindos deste conflito, as organizações até então voltadas para a proteção dos refugiados entram em colapso, especialmente em virtude das limitações que eram impostas pelos Estados. Nesse momento, a Liga das Nações já havia sido extinta, e assim, sob a égide da recém-criada Organização das Nações Unidas, é instituída a Organização Internacional dos Refugiados, em 1947, que foi criada com termo certo para encerramento, concluindo suas atividades em 1950.

¹ Conflitos como os conflitos dos Balcãs (1912-1913), a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a guerra do Cáucaso (1918-1921) e a guerra Greco-Turca (1919-1922) causaram um grande número de refugiados, que foram forçados a deixar a União Soviética e territórios da Europa e Ásia entre os anos de 1918 e 1922.

² O princípio do *non-refoulement* preceitua que um Estado não pode obrigar uma pessoa a retornar a um território onde possa estar sujeita à perseguição. O princípio, norma de *jus cogens* no direito internacional, figura como princípio básico e pedra angular do Direito Internacional dos Refugiados (PAULA, 2007: 51).

Todavia, as ações do referido órgão não exauriram toda a problemática relativa aos refugiados, de forma que se sentiu a necessidade da criação de um órgão, também vinculado à ONU, para tratar especificamente e de modo mais abrangente a questão do refúgio. Assim, surge o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, adiante ACNUR (NASCIMENTO, 2014: 34).

2.1 O Alto Comissariado da ONU para Refugiados e a Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados

Como ressaltado anteriormente, o ACNUR nasce no contexto pós Segunda Guerra Mundial, a fim de atender ao grande contingente de pessoas deslocadas e refugiadas advindas do continente europeu. Em 14 de dezembro de 1950, a agência inicia sua missão institucional. Originalmente, o ACNUR nasce com um mandato de apenas três anos e com a finalidade específica de solucionar a questão relativa aos refugiados na Europa. No entanto, a questão do deslocamento forçado não diminuiu em 1953, de forma que seu mandato foi renovado por mais três anos (SARTORETTO, 2018: 50) e somente após o reconhecimento pela sociedade internacional do deslocamento forçado enquanto um fenômeno universal e permanente, O ACNUR é criado como um órgão permanente subsidiário da ONU, sendo uma agência de cunho humanitário e social.

A importância da criação do ACNUR reside, principalmente, em seu caráter universal, o que tornou a proteção aos refugiados um tema também global. Isso causou uma melhora das condições de recepção dos refugiados pelos países de acolhida, o que proporcionou uma ampla divulgação da temática dos refugiados (JUBILUT, 2007: 28).

Certamente, a criação do ACNUR foi um impulso à positivação dos direitos dos refugiados, promovendo uma modificação no sistema originalmente eurocêntrico de proteção aos mesmos. No entanto, apesar da importância da criação da agência para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Refugiados, inicialmente sua atuação sofreu diversas limitações (SARTORETTO, 2018: 66).

Ao longo dos anos, o âmbito de proteção do ACNUR foi se expandindo em virtude das novas necessidades vivenciadas pela sociedade internacional. Com o aumento do número de refugiados decorrente dos conflitos da descolonização da África, na década de 60, a necessidade de proteção de refugiados advindos de outras partes do mundo mostra-se cada vez mais latente. Percebeu-se, desse modo, que as normas reguladoras do ACNUR não eram

suficientes para a proteção de refugiados oriundos do Terceiro Mundo. Assim, tendo em vista as novas necessidades que se apresentavam à sociedade internacional, o ACNUR buscou maneiras de reformular sua atuação a fim de que a proteção aos refugiados fosse realizada de forma mais abrangente (SARTORETTO, 2018: 68).

Assim, um ano após a criação do ACNUR, em 28 de julho 1951, foi celebrada a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada por 144 países, o qual permanece sendo o principal instrumento internacional de proteção aos refugiados (ANNONI, 2013: 120).

Em seu artigo 1º, é estabelecida a definição clássica do termo refugiado, indicando como critério essencial a existência de fundado temor de perseguição em virtude de motivos étnicos, religiosos ou políticos. Essa definição estabelecia uma limitação temporal e geográfica, de modo que somente poderiam ser considerados refugiados as pessoas deslocadas em virtude dos acontecimentos ocorridos antes de janeiro de 1951, na Europa³.

Em virtude dessas limitações e dos novos fluxos migratórios forçados, oriundos principalmente do Terceiro Mundo, foi elaborado o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados, o qual tinha a missão primordial de extinguir as reservas temporal e geográfica da definição de refugiado apresentada pela Convenção. Assim, com a alteração conceitual realizada pelo Protocolo, permitiu-se aos Estados acolher refugiados de outros continentes e advindos de outros conflitos além dos acontecidos até a data limite, o que tornou a definição, em tese, universal.

Em que pesem as restrições estabelecidas na definição de refugiado, certamente a Convenção representou um grande avanço na proteção jurídica conferida aos refugiados, uma vez que estabeleceu os requisitos fundamentais para o reconhecimento da condição de refugiado, além de consagrar o regime jurídico que deve ser seguido pelos Estados no tratamento dos refugiados e solicitantes de refúgio.

No entanto, a complexidade da temática dos refugiados faz com que a definição clássica estabelecida pela Convenção de 1951 e o seu Protocolo não conseguisse abarcar todas as situações relacionadas à migração forçada. Isso porque a definição clássica de refugiado,

³Art. 1º - Definição do termo "refugiado": A. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa: 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

desde sua gênese, oferecia uma proteção eurocêntrica para uma questão que sempre foi universal.

Além disso, a definição não consegue abarcar toda a proteção necessária aos refugiados e solicitantes de refúgio, em decorrência das novas causas de deslocamento forçado, entre as quais destacam-se os conflitos internos, os desastres ambientais, as violações generalizadas de direitos humanos, mudanças climáticas e outras que demonstram a incapacidade do direito internacional dos refugiados clássico de atender a necessidade de todos esses indivíduos.

Em virtude dessas novas causas, atualmente existem definições mais progressistas, as quais tentam abranger novas formas de deslocamento forçado que não são previstas pela definição original de refúgio, o que demonstra uma lenta, porém constante evolução do Direito Internacional dos Refugiados (SARTORETTO, 2018: 20).

Atualmente, o ACNUR oferece proteção a cerca de 68,5 milhões de pessoas de todo o mundo que foram forçadas a deixar suas casas em virtude de conflitos, perseguições ou violência generalizada, sendo que destes são 25,4 milhões de refugiados, 40 milhões de deslocados internos e 3,1 milhões de solicitantes de asilo⁴.

No âmbito do sistema interamericano de Direitos Humanos, a Declaração de Cartagena estabelece a definição ampliada de refugiado, indicando a possibilidade de reconhecimento da condição de refugiado em decorrência de situação de grave e generalizada violação de direitos humanos, além das situações previstas pela Convenção de 1951 (CHIARETTI; SEVERO: 2019: 27).

3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E O BRASIL

3.1 O Estatuto dos Refugiados: Lei número 9.474/97

No âmbito interno, a norma que regulamenta a situação jurídica dos refugiados é a Lei 9.474, promulgada em 22 de julho de 1997, que foi a primeira lei do ordenamento jurídico brasileiro a incorporar um Tratado Internacional, qual seja, a Convenção sobre o Estatuto de Refugiado de 1951. Certamente, a entrada em vigor do diploma foi um passo importante para consagrar o comprometimento do país com a temática do refúgio (ALMEIDA, 2001: 374).

⁴ ACNUR. 5 dados sobre refugiados que você precisa conhecer. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/04/09/5-dados-sobre-refugiados-que-voce-precisa-conhecer/>.

A importância do diploma reside especialmente em sua própria existência, por se tratar de uma lei que trata exclusivamente sobre a temática do refúgio, o que propicia a adequação do texto legal às necessidades dos refugiados que vivem especificamente no país (JUBILUT, 2007: 191).

A referida norma, além de estabelecer os critérios para que haja reconhecimento do *status* de refugiado e os direitos daí decorrentes, também determina o procedimento para o reconhecimento da condição de refugiado, institui o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) e determina suas competências, tratando das hipóteses de expulsão e extradição, bem como da cessação e da perda da condição de refugiado, além de estabelecer as soluções duráveis ao refúgio.

Um dos aspectos mais importantes do diploma é a adoção da conceituação ampliada de refugiados, em conformidade com a Declaração de Cartagena⁵, adotando a situação de grave e generalizada violação de direitos humanos como hipótese de reconhecimento do status de refugiado. Principalmente porque a adoção do conceito demonstra que o Estado brasileiro buscou proteger as pessoas vítimas de violações a direitos fundamentais, o que evidencia a responsabilidade internacional do país com a questão (JUBILUT, 2007: 189).

Dessa forma, com o advento do Estatuto dos Refugiados, o Brasil cria um sistema justo e extremamente ligado às necessidades atuais do país, que tem servido de paradigma para a uniformização da prática de refúgio em toda América do Sul (JUBILUT, 2007: 196).

3.2 A nova Lei de Migração brasileira

A promulgação da nova Lei de Migração – Lei 13.445/17 – representou um grande avanço quanto às questões migratórias no Brasil, que, até então, eram regidas pelo Estatuto do Estrangeiro – Lei 6.815/80 – que preconizava a ideia de “segurança nacional” como princípio motor de toda a política migratória brasileira. No entanto, com a redemocratização e a

⁵ Com o constante surgimento de novas e complexas causas de migração forçada, após a promulgação da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, sentiu-se a necessidade de se reconhecer outras categorias de migrantes forçados como refugiados internacionais. Nesse sentido, no âmbito do sistema latino-americano de direitos humanos, é promulgada a Declaração de Cartagena de 1984, que veio ampliar expressamente a abrangência da proteção aos refugiados. Certamente, o aspecto mais importante da Declaração de Cartagena foi a ampliação do conceito de refugiado, visto que passou a proteger as pessoas obrigadas a saírem de seus países por situação de violação grave e generalizada de direitos humanos ou perturbação da ordem pública. Assim, é evidente o caráter aberto do texto de Cartagena, que alargou efetivamente à proteção jurídica daqueles que perderam a proteção de seus Estados, permitindo tratamento mais adequado para estas novas situações surgidas na sociedade internacional (REDIN, 2014: 33).

promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Estrangeiro tornou-se obsoleto, surgindo a necessidade da promulgação de uma lei que regulamentasse a questão migratória em conformidade com os preceitos constitucionais.

Assim, partindo do paradigma de proteção aos direitos humanos, a Lei 13.445/17 apresenta um rol muito amplo de princípios e diretrizes que retratam a síntese de políticas que já vinham sendo adotadas no Brasil nos últimos anos, como por exemplo, os institutos da acolhida humanitária e da reunião familiar (NUNES, 2018: 43). Tais princípios e diretrizes da Lei de Migração estão dispostos em seu artigo 3^o⁶.

Dentre os princípios asseverados pelo diploma, tem especial importância o princípio da não discriminação. Nota-se que, em virtude deste princípio, que é também norma de *jus cogens*, estendem-se aos estrangeiros os mesmos direitos de que gozam os cidadãos brasileiros, sendo vedada qualquer forma de discriminação quanto à sua religião ou país de origem (CHIARETTI; SEVERO, 2018: 44).

Destaca-se, também, o princípio da não criminalização da migração, que preconiza que os imigrantes indocumentados não podem ser presos unicamente por sua situação migratória. Logo, estabelece a nova Lei que eventuais deportações deverão ser precedidas de notificação pessoal do migrante para que regularize sua situação documental, estando resguardado seu direito à livre circulação em território nacional durante o período, em conformidade com o artigo 50 do diploma⁷.

⁶ Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; III - não criminalização da migração; IV - não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; V - promoção de entrada regular e de regularização documental; VI - acolhida humanitária; VII - desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; VIII - garantia do direito à reunião familiar; IX - igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; X - inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; XII - promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; XIII - diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante; XIV - fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas; XV - cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante; XVI - integração e desenvolvimento das regiões de fronteira e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir efetividade aos direitos do residente fronteiriço; XVII - proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante; XVIII - observância ao disposto em tratado; XIX - proteção ao brasileiro no exterior; XX - migração e desenvolvimento humano no local de origem, como direitos inalienáveis de todas as pessoas; XXI - promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; e XXII - repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas.

⁷ Art. 50. A deportação é medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional.

Outro princípio de destaque na interpretação da nova política migratória brasileira é o princípio da isonomia, que assegura igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, sendo aplicável também no caso dos imigrantes indocumentados, ampliando o disposto no caput do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece igualdade de direitos entre os nacionais e os não nacionais residentes no país (CHIARETTI; SEVERO, 2018: 48).

Os princípios da nova Lei de Migração têm importância essencial na mudança de paradigma quanto ao tratamento dispensado aos migrantes, em relação ao Estatuto do Estrangeiro. A visão humanitária da nova Lei acerca da questão migratória só se deu a partir da escolha de seus princípios, e são exatamente estes que vão contribuir para a efetivação da proteção dos direitos humanos dos migrantes no território brasileiro.

Além dos princípios e diretrizes da política migratória, a nova lei de Migração inova também ao mudar a terminologia utilizada para se referir aos não nacionais. Enquanto o termo estrangeiro fazia referência ao indivíduo que é natural de outro país, que não faz parte do grupo, a terminologia de “migrante” adotada pelo novo diploma traz a ideia de que o indivíduo não nacional não é um estranho, um forasteiro, mas um indivíduo que deve ser incluído socialmente (GUERRA, 2017: 98).

Essa mudança de nomenclatura trazida pela nova Lei de Migração é destacada por diversos pesquisadores⁸ como sendo uma das mais importantes inovações quanto à mudança de paradigma operada na transição do Estatuto de Estrangeiro para a Lei 13.445/2017:

Ao estabelecer uma tipologia jurídica do *migrante*, a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 regulamentada pelo Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017 abandona o conceito de *estrangeiro* (do latim *extraneus*, com sentido comum de alheio, esquivo, estranho ou impróprio), não apenas de conotação pejorativa em nossa cultura, mas também juridicamente consagrado na lei vigente como um sujeito de

§ 1º A deportação será precedida de notificação pessoal ao deportando, da qual constem, expressamente, as irregularidades verificadas e prazo para a regularização não inferior a 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado, por igual período, por despacho fundamentado e mediante compromisso de a pessoa manter atualizadas suas informações domiciliares.

⁸ Sidney Guerra (2017) considera que a mudança na conceituação do termo estrangeiro para migrante carrega uma grande carga axiológica, uma vez que o termo estrangeiro denota a um indivíduo nacional de outro país, um indivíduo que pertence a outro grupo. Nada obstante, a figura do migrante segue a política de consagração e proteção dos direitos humanos porque faz com que o indivíduo não nacional não seja entendido e tratado como alguém estranho ao local em que se encontra, como um forasteiro. No mesmo sentido, Simone Batista e Luci Mendes Bonini (2017) aduzem que a substituição do Estatuto do Estrangeiro pela nova Lei de Migração demonstra também o abandono de uma designação do passado, onde o estrangeiro era uma ameaça a segurança nacional, e o migrante é um sujeito de direito, que deixa de ser considerado um objeto.

segunda classe, privado, sem justificação plausível num regime democrático, de parcela significativa dos direitos atribuídos aos nacionais (BRASIL, 2018: 765).

É importante considerar que o documento de identificação dos migrantes também foi modificado pela nova Lei de Migração. O novo diploma estabelece que o documento deixa de ser denominado como Registro Nacional de Estrangeiro para se chamar Registro Nacional Migratório⁹. Além disso, é assegurada a isenção de taxas e emolumentos para a concessão de vistos ou documentos de regularização dos migrantes que comprovem estar em situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência econômica. (BATISTA; BONINI, 2017).

Além disso, a Lei de Migração estabelece uma série de direitos e garantias aos migrantes, concentrados em seu art. 4º¹⁰. Como depreende Sidney Guerra:

Diante de um cenário obscuro, preocupante, tenso e indiferente pelo qual passa o mundo, com tantos conflitos e violações aos direitos humanos, o Estado brasileiro, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, bem como a prevalência dos direitos humanos, concebe a nova Lei de Migração em excelente hora, plenamente em consonância com o princípio da não indiferença, que se propõe a servir como axioma para a construção de uma sociedade que seja cada vez mais justa, inclusiva e protetiva dos direitos inerentes à pessoa humana (GUERRA, 2017: 111).

Assim, a Lei de Migração estende aos migrantes os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, como: o direito a educação pública, o acesso a serviços públicos de saúde e à seguridade social, o direito ao trabalho, moradia e serviço bancário (BATISTA; BONINI, 2017). Quanto ao direito ao trabalho, este é garantido inclusive ao estrangeiro que

⁹ Art. 117. O documento conhecido por Registro Nacional de Estrangeiro passa a ser denominado Registro Nacional Migratório.

¹⁰ Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; II - direito à liberdade de circulação em território nacional; III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes; IV - medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos; V - direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável; VI - direito de reunião para fins pacíficos; VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos; VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; IX - amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; X - direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; XII - isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento; XIII - direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da [Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011](#); XIV - direito a abertura de conta bancária; XV - direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e XVI - direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória.

tenha visto temporário¹¹. Também se garante o direito de residência, que se estende aos refugiados, asilados e apátridas, inclusive aos solicitantes que ainda não tiveram o pedido de refúgio ou asilo analisado.¹²

Além do amplo rol de princípios e diretrizes e dos direitos e garantias elencados pela nova Lei de Migração, ressaltam-se, também, outras inovações importantes, notadamente por meio da institucionalização da política de vistos humanitários, a desburocratização do processo de regularização migratória, e a não criminalização por razões migratórias.

No tocante à regularização migratória, a nova Lei de Migração facilitou o processo de obtenção de documentos para legalização da situação do imigrante no país, o que se coaduna com o princípio da não criminalização da migração consagrado no art. 3º do diploma.

Assim, percebe-se que a nova lei brasileira, por meio dos seus princípios e garantias, começa a atribuir importância para aqueles que, por motivos diversos, tiveram de abandonar seu país de origem. Com a nova Lei de Migração, o migrante deixa de ser considerado um assunto de segurança nacional para ser entendido como um tema/sujeito de direitos humanos. A nova Lei concede ao migrante a oportunidade de ser incluído socialmente, e não apenas ter sua entrada admitida no país (GUERRA, 2017, 111).

3.3 A Lei de Migração e o Estatuto dos Refugiados: as inovações em relação aos refugiados no Brasil

Como já foi ressaltado, a Lei de Migração representou um grande avanço na proteção aos direitos dos migrantes no Brasil, estabelecendo uma política migratória com ênfase na garantia dos direitos humanos. Dessa forma, o novo diploma tem impacto, também, na situação jurídica dos refugiados no Brasil, tendo em vista que esta categoria de migrante

¹¹ Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I – O visto temporário tenha como finalidade:

- a) pesquisa, ensino ou extensão acadêmica;
- b) tratamento de saúde;
- c) acolhida humanitária;
- d) estudo;
- e) trabalho;
- f) férias-trabalho;
- g) prática de atividade religiosa ou serviço voluntário;
- h) realização de investimento ou de atividade com relevância econômica, social, científica, tecnológica ou cultural;
- i) reunião familiar;
- j) atividades artísticas ou desportivas com contrato por prazo determinado;

¹² Art. 30. § 4º O solicitante de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida fará jus a autorização provisória de residência até a obtenção de resposta ao seu pedido.

necessita de um sistema ainda mais forte de proteção do Estado em decorrência de sua presumida vulnerabilidade.

Primeiramente, urge destacar que a Lei de Migração não se sobrepõe ao Estatuto dos Refugiados, em virtude da especialidade do segundo diploma. Assim, a Lei de Migração tem o papel de complementar a proteção garantida aos refugiados pela Lei 9.774/97, possuindo aplicação subsidiária¹³.

Quanto ao reconhecimento da condição de refugiado, o Estatuto dos Refugiados garante o direito de todos os estrangeiros em território nacional de solicitar a proteção como refugiado¹⁴. Essa solicitação é formalizada a qualquer tempo perante a autoridade migratória. Assim, o direito de solicitar o refúgio é imediato e universal¹⁵, sendo garantido ao solicitante, enquanto pendente a apreciação, o direito de não ser deportado para o país em que esteja sendo perseguido.

Essa proibição decorre do princípio do *non-refoulement*, consagrado no Estatuto dos Refugiados, pelo qual não ocorrerá a deportação do solicitante de refúgio para o país em que sua vida ou liberdade estejam ameaçadas. A importância do princípio é reforçada pela Lei de Migração, que, além de consagrar a não devolução enquanto uma das diretrizes da política migratória brasileira, também estabelece que não será aplicada medida de devolução para país ou região que possa representar risco à vida, integridade pessoal ou liberdade¹⁶.

Além disso, a Lei de Migração também proíbe a extradição de pessoa beneficiária de refúgio. Evidentemente, o princípio do *non-refoulement*, por sua própria natureza, impede a extradição de qualquer indivíduo beneficiário de refúgio, no entanto, a nova Lei de Migração brasileira reforça o princípio de Direito Internacional ao estabelecer expressamente que não se

¹³ Art. 2º Esta Lei não prejudica a aplicação de normas internas e internacionais específicas sobre refugiados, asilados, agentes e pessoal diplomático ou consular, funcionários de organização internacional e seus familiares.

¹⁴ O Estatuto dos refugiados estabelece que o princípio do *non-refoulement* não pode ser invocado pelo refugiado perigosos à segurança nacional. Contudo, essa exceção ao acesso universal do pedido de refúgio deve ser interpretada restritivamente. O fundamento de perigo à segurança do país deve ser constatado no caso concreto, mediante processo que resguarde a ampla defesa e o processo legal, não sendo permitido presunções baseadas na origem do solicitante (CHIARETTI; SEVERO, 2018: 66).

¹⁵ O Estatuto dos refugiados estabelece que o ingresso irregular no território brasileiro não impede a solicitação de refúgio. Não há necessidade de apresentação de visto para a formalização do pedido de refúgio. O pedido de refúgio é, portanto, um direito garantido inclusive ao imigrante indocumentado.

¹⁶ Art. 49: § 4º Não será aplicada medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio ou de apatridia, de fato ou de direito, ao menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto nos casos em que se demonstrar favorável para a garantia de seus direitos ou para a reintegração a sua família de origem, ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nem, em qualquer caso, medida de devolução para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa.

concederá extradição quando o extraditando for beneficiário de refúgio¹⁷. Dessa forma, a Lei 13.445/17 amplia e reforça a proteção que já era conferida aos refugiados (BRASIL, 2017)

Por outro lado, deve-se ressaltar que o princípio da não devolução também opera como limitador dos dispositivos da nova Lei de Migração, especialmente quanto às medidas de retirada compulsória. A Lei 13.445/17 estabelece a retirada compulsória, por meio da repatriação, do imigrante que ingresse no país sem autorização ou em qualquer hipótese legal de impedimento de ingresso. No entanto, em virtude do referido princípio, se o imigrante se identificar como refugiado, o Estado não pode proceder à sua repatriação. Ao contrário, o Estado deve formalizar a solicitação de refúgio, permitindo o ingresso do país até a apreciação do pedido¹⁸

Outra limitação imposta pelo princípio do *non-refoulement* à Lei de Migração reside nas consequências à entrada irregular no país. De acordo com a Lei de Migração, as consequências da entrada irregular no Brasil são a aplicação de multa e a deportação. No entanto, apresentado o pedido de refúgio, os processos administrativos ou penais devem ser suspensos. Esse aspecto tem importância especial porque devido às circunstâncias em que os solicitantes de refúgio deixam seu país, é comum a entrada no país sem documentos, com documentos precários, ou mesmo falsos (CHIARETTI; SEVERO, 2018: 78).

Além do procedimento, em tese, simplificado para a formalização do pedido de refúgio, para que haja o reconhecimento do *status* de refugiado e todos os direitos daí decorrentes, a Lei 9.474/97 adota uma conceituação ampla do termo refugiado, delimitada em seu artigo 1º. O diploma não se limita a reproduzir a hipótese estabelecida na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, estabelecendo três casos em que o refúgio será concedido¹⁹.

¹⁷ Art. 82. Não se concederá a extradição quando: IX - o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial

¹⁸ § 4º Não será aplicada medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio ou de apatridia, de fato ou de direito, ao menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto nos casos em que se demonstrar favorável para a garantia de seus direitos ou para a reintegração a sua família de origem, ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nem, em qualquer caso, medida de devolução para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa.

¹⁹ É imperioso destacar que, em que pese a definição ampla adotada pelo diploma, legislador também se preocupou em estabelecer as hipóteses de exclusão da condição de refugiado. Não podem, portanto, ter seus pedidos de refúgio reconhecidos os indivíduos que já contam com proteção por parte de outro organismo internacional, os indivíduos que não necessitam de proteção, isto é, que se enquadram nas hipóteses para concessão de refúgio, mas que não carecem de proteção por já contarem com a maior parte dos direitos assegurados aos nacionais do país de acolhida. Também são excluídos da condição de refugiado os indivíduos que não merecem a proteção. Essa cláusula tem o objetivo de evitar que indivíduos que tenham cometido crimes graves recebam a proteção do refúgio, para que o instituto não seja usado como meio para escapar de sanções. São esses indivíduos os que cometeram crimes relativos ao Direito Penal

Ressalta-se que, em decorrência da amplitude do conceito adotado pelo Estatuto dos Refugiados (Lei 9.474/97), o diploma é considerado inovador, vanguardista, posto que reconheceu como refugiadas as pessoas que fugiram de seus países em decorrência de graves violações de direitos humanos (MOREIRA, 2014: 93). Como aduzem Carlet e Milesi (2006: 134), o diploma figura como uma política pública muito significativa, uma vez que propiciou o amadurecimento legislativo e o debate acerca da temática dos refugiados.

A primeira hipótese para o reconhecimento da condição de refugiado é inspirada na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967. De acordo com o inciso I do art. 1º do Estatuto dos Refugiados, considera-se refugiado aquele que tem “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”.

Assim como na Convenção, nota-se a presença de dois elementos no Estatuto dos Refugiados: o elemento objetivo, referente aos fundamentos da alegação de perseguição; e o subjetivo, consubstanciado no temor de perseguição. É necessário, ainda, que este temor não seja fundamentado no risco de punição pelo sistema judicial por infração comum praticada no país de origem, salvo se a infração estiver sendo utilizada pelo Estado como ferramenta de perseguição. Em qualquer situação, deve-se considerar as circunstâncias pessoais do solicitante e a estrutura institucional do país de origem. (CHIARETTI, SEVERO, 2018: 20).

A segunda hipótese para o reconhecimento da condição de refugiado estabelece que a situação de refúgio deve reconhecida àquele que não possui nacionalidade, e que não possa ou não queira voltar ao país de residência, por este ser incapaz de garantir a proteção do solicitante.

Sendo assim, fica estabelecido o direito de ser reconhecido como refugiado ao apátrida que, por motivos de perseguição, não possa retornar ao seu país de residência. É importante ressaltar, nesse sentido, que a institucionalização do refúgio surge de forma atrelada a um contingente de pessoas que perderam sua cidadania e, conseqüentemente, a proteção de seus Estados. Assim, a proteção dos apátridas é um ponto de especial importância para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Refugiados.

Internacional, como crime contra a paz, de guerra ou contra a humanidade, e crimes comuns graves, sendo que, nesta hipótese, devem ser analisadas as circunstâncias concretas do delito.

Para solicitar o refúgio, o apátrida deve estar sob situação de fundado temor de perseguição sem poder retornar para seu lugar de residência habitual²⁰. Caso não se enquadre na hipótese para concessão de refúgio, o apátrida ainda poderá contar com a proteção garantida aos apátridas pela Lei de Migração²¹.

Nesse sentido, a Lei de Migração é inovadora ao estabelecer a conceituação e os mecanismos de proteção aos apátridas, tratando de forma ampla a sua situação, com ênfase na sua proteção e na facilitação da concessão de nacionalidade. De acordo com o novo diploma, o apátrida é a pessoa que não seja considerada nacional de nenhum Estado, segundo sua legislação, ou assim reconhecida pelo Estado Brasileiro²².

Nota-se que ambos os critérios apresentados pelo Estatuto dos Refugiados para a concessão de refúgio relacionam-se com a Convenção de 1951 e, portanto, possuem uma concepção eurocêntrica acerca do direito dos refugiados, conforme já ressaltado. Daí, surge a necessidade de ampliação do conceito de refugiado, que ocorre com a Declaração de Cartagena de 1984, que determina a possibilidade de se considerar a grave e generalizada situação de violação de direitos humanos como uma das hipóteses para a reconhecimento do status de refugiado.

Assim, em conformidade com a supracitada Declaração, o Estatuto dos Refugiados permite o reconhecimento da condição de refugiado à pessoa que se encontra em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos, independentemente de um agente perseguidor. A adoção dessa conceituação torna o Estatuto dos Refugiados, portanto, mais avançado que a Convenção de 1951 e o seu respectivo protocolo, uma vez que amplia as hipóteses de reconhecimento da situação de refúgio.

Ressalte-se, por outro lado, que a hipótese não aduz a situação individualizada de perseguição, mas a situação objetiva de conflitos generalizados no país de origem. Além disso não há deferimentos de pedidos de refúgio fundados em situação de grave e generalizada

²⁰ Nota-se que nem todo apátrida é refugiado. Refugiado será apenas o apátrida que se encontre fora de seu país de residência habitual em virtude de perseguição pelos motivos descritos na lei.

²¹ O procedimento para reconhecimento da situação de apatridia é regulamentado pelo artigo 26 da Lei 13.445/2017. Além disso, também há possibilidade de ser concedido visto de acolhida humanitária ao apátrida vindo de país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário.

²² Art. 1º: VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro.

violação de direitos humanos decorrentes de contextos de miséria ou desastres ambientais naturais²³.

Nesse aspecto, a Lei de Migração também vem solucionar a lacuna jurídica existente quanto às pessoas que não se enquadravam nas hipóteses para reconhecimento da condição de refugiado, mas que necessitam de proteção jurídica estatal. Assim, esses casos passaram a ser solucionados pelas vias de proteção complementar, como a acolhida humanitária. Nos termos da Lei 13.447/17, o visto temporário de acolhida humanitária é concedido a nacional de qualquer país em situação de grave e iminente instabilidade institucional, conflito armado, calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário²⁴. Nota-se que o instituto da acolhida humanitária se trata de uma ampliação ao princípio do *non-refoulement*, garantindo que indivíduos que necessitam de proteção sejam acolhidos e protegidos no território nacional, ainda que não se encaixem na categoria de refugiados (CHIARETTI; SEVERO, 2018: 68). O instituto é aplicável, portanto, aos migrantes forçados que não se enquadram nas hipóteses legais para reconhecimento do pedido de refúgio, garantindo também a sua proteção.

Por outro lado, deve-se ressaltar que todo o procedimento para o reconhecimento da condição de refugiado, bem como para a concessão da acolhida humanitária, é condicionado à decisão por parte do Estado, que possui autonomia para decidir questões dentro de seu território. Nesse sentido, apesar da ampla proteção legal aos refugiados, estes ainda estão submetidos à deliberação estatal, o que indica a relativa fragilidade do Instituto do Refúgio, consistente na mera expectativa de direito (REDIN, 2014: 38).

Outro aspecto importante do Estatuto dos Refugiados refere-se à possibilidade de extensão da condição de refugiado por meio do instituto da reunião familiar, pelo qual se estende a condição de refugiado aos membros da família. A importância do instituto reside, principalmente, no fato de que, diversas vezes, pessoas solicitantes de refúgio se veem obrigadas a deixar todos os aspectos de sua vida, como seu emprego, o seu modo de vida, a

²³ Nestes casos, tratam-se de migrações forçadas, que ocorrem quando não há o elemento volitivo do migrante devido a situações exteriores ao indivíduo. A migração forçada clássica é o refúgio, que consiste na saída de pessoas de seu país de origem devido a fundado temor de perseguição ou por grave e generalizada violação de direitos humanos. Mas, além dos refugiados, também são migrantes forçados os deslocados internos por questões de conflitos armados, desastres ambientais ou violações de direitos humanos. As migrações ambientais são causadas devido a um meio ambiente temporária ou permanentemente degradado. Diferentemente das vítimas de perseguição, os deslocados ambientais podem valer-se da ajuda do próprio Estado, motivo pelo qual não são considerados refugiados (JUBILUT, 2010: 284).

²⁴ Art. 14, § 3º O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

sua língua e cultura, para buscar proteção em outro país. Nesse contexto, a possibilidade de reunião familiar em refúgio é, muitas vezes a única chance de reconstrução dessas famílias que foram separadas pelo deslocamento forçado. Assim, o instituto da reunião familiar em refúgio é essencial no sistema de proteção internacional aos refugiados, sendo que as hipóteses de extensão da condição de refugiado são amparadas, também, pela Constituição Federal, que estabelece a proteção à família enquanto base da sociedade²⁵ (CHIARETTI; SEVERO, 2018: 32).

O procedimento para a reunião familiar pode ocorrer quando o solicitante chega ao território nacional com sua família, ou quando o indivíduo já reconhecido como refugiado pelo Estado brasileiro pretende trazer sua família para o território nacional²⁶. Em ambos os casos se presume a dependência econômica do familiar ao solicitante principal, em se tratando de cônjuge ou companheiro e ascendentes ou descendentes. No entanto, há exigência de comprovação de dependência econômica para irmãos e enteados menores de 18 anos ou estudante menor de 24 anos, restrição esta flexibilizada pela Resolução 28/2018 do CONARE.

Já quanto a outros membros do grupo familiar, a dependência econômica deve ser comprovada, o que configura uma dificuldade incompatível com o instituto do refúgio e uma visão de família extremamente eurocêntrica e patriarcal, que ignora outras formas de constituição familiar que não são pautadas pelo modelo monogâmico ocidental (CHIARETTI; SEVERO, 2018: 34). A importância da reunião familiar foi destacada também pela nova Lei de Migração, que reforça o direito a reunião familiar como um dos princípios da política migratória brasileira e estabelece as hipóteses em que será concedido o visto ou autorização de residência para fins de reunião familiar²⁷.

Além de assegurar o direito à reunião familiar, uma das mais importantes conquistas no campo do direito dos refugiados alcançada pela Lei de Migração foi a definição dos direitos e deveres dos refugiados, que não eram elencados especificamente pelo Estatuto dos Refugiados. Este é, inclusive, um dos aspectos negativos da Lei 9.474/97, uma vez que o

²⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

²⁶ Em que pese a legislação brasileira garantir o direito a reunião familiar, a demora para a apreciação dos pedidos de refúgio dificulta a pretensão de reunião familiar quando o solicitante não chega acompanhado de sua família, visto que apenas o refugiado tem direito a reunião familiar, não se estendendo ao solicitante de refúgio.

²⁷ Art. 37. O visto ou a autorização de residência para fins de reunião familiar será concedido ao imigrante: I - cônjuge ou companheiro, sem discriminação alguma; II - filho de imigrante beneficiário de autorização de residência, ou que tenha filho brasileiro ou imigrante beneficiário de autorização de residência; III - ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro ou de imigrante beneficiário de autorização de residência; ou IV - que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda.

diploma apenas faz referência aos direitos assegurados pela Convenção de 1951 (JUBILUT, 2007: 195).

Com a nova Lei de Migração, em virtude do princípio da não-discriminação²⁸, estendem-se aos refugiados, bem como aos solicitantes de refúgio, todos os direitos e garantias aplicáveis aos brasileiros. Logo, os refugiados e solicitantes de refúgio, mesmo antes de ser concedido o *status* de refugiado, devem ter os mesmos direitos de que gozam os cidadãos brasileiros, sem nenhuma discriminação quanto à sua raça, religião ou país de origem.

Além disso, é também princípio vetor da interpretação dos direitos dos refugiados o princípio da igualdade, consagrado na Constituição Federal, que assegura igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, garantindo a sua aplicação inclusive aos imigrantes indocumentados. Não apenas, a Constituição também estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana, que figura como fundamento constitucional para a aplicação do instituto do refúgio no ordenamento jurídico pátrio (MENDONÇA; PACÍFICO, 2010: 172).

Assim, a partir da promulgação da Lei de Migração, amplia-se o alcance do que dispõe o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, sem limitação quanto à residência formal concedida pela autoridade migratória. Essa interpretação do princípio da igualdade, em conjunto com o art. 21 do Estatuto dos Refugiados²⁹, que determina o direito de residência enquanto pendente o procedimento de reconhecimento da condição de refugiado garante aos solicitantes de refúgio os mesmos direitos dos refugiados que já tiveram seus pedidos apreciados.

Quanto aos direitos em espécie, a Lei de Migração estabelece o acesso igualitário e livre do imigrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (CHIARETTI; SEVERO, 2018; 48). Assim, os refugiados, por gozarem de condição análoga à de imigrantes, devem ter o mais amplo acesso possível a serviços públicos, em especial, por se tratar de um princípio protetivo, que deve levar em conta a situação específica dos

²⁸ Consagrado no art. 3º, §4º do diploma, o princípio da não discriminação, além de ter sido reforçado com o advento da Lei de Migração, é também considerado norma de *jus cogens* no Direito Internacional.

²⁹ Art. 21. Recebida a solicitação de refúgio, o Departamento de Polícia Federal emitirá protocolo em favor do solicitante e de seu grupo familiar que se encontre no território nacional, o qual autorizará a estada até a decisão final do processo.

imigrantes refugiados, que demandam uma proteção ainda maior por parte do Estado em virtude da sua situação de vulnerabilidade

É garantido, também, o direito à seguridade social, que compreende o direito à saúde, à previdência social e à assistência social, sendo devidos aos imigrantes, independentemente de situação migratória. Em relação à assistência social, há uma ressalva quanto ao benefício assistencial de prestação continuada, que foi restringido aos imigrantes residentes no país. Assim, aplica-se aos refugiados, mas não aos solicitantes de refúgio, por ainda não terem reconhecido o direito de residência no país.

Além disso, a Lei 13.445/17 garante amplo acesso à justiça e assistência jurídica integral gratuita aos imigrantes que comprovarem hipossuficiência. Nada obstante, a assistência jurídica dos imigrantes e refugiados será prestada pela Defensoria Pública, independentemente do critério de renda, visto que a instituição tem atribuição ampla para a tutela de grupos vulneráveis.

A Lei de Migração também regulamentou o Estatuto dos Refugiados no tocante à documentação. O Estatuto estabelece o direito à cédula de identidade comprobatória da situação de refugiado, à carteira de trabalho e ao documento de viagem. Nesse sentido, a nova Lei de Migração e o Decreto, nº 9.199/2017 que a regulamenta dispõem que o documento de identidade do refugiado é a Carteira do Registro Nacional Migratório. Estabelece, ainda, que enquanto pendente a solicitação de refúgio, os solicitantes têm direito a outros documentos, como o Cadastro de Pessoa Física, carteira de trabalho e abertura de conta bancária.

Esses direitos, por estarem relacionados ao trabalho e ao exercício da profissão, são assegurados aos solicitantes de refúgio, tendo em vista principalmente que a possibilidade de eventual demora na análise dos pedidos de refúgio, visto que a documentação é essencial para a verdadeira integração do refugiado ao país de acolhida, possibilitando seu ingresso no mercado de trabalho.

O refugiado que já tem seu *status* formalmente reconhecido tem direito, também, de obter o passaporte pelo Estado Brasileiro, sendo resguardada a sua condição de refugiado, pois é necessária autorização de viagem do CONARE para viajar para o país de origem ou para viagens com período superior a 12 meses³⁰.

³⁰ Quanto aos solicitantes de refúgio, também tem o dever de comunicar a viagem, mas seu reingresso está sujeito ao controle migratório brasileiro.

Outro importante instituto regulamentado pelo Estatuto dos Refugiados trata da expulsão³¹ do refugiado. O art. 36 da Lei 9.474/97 estabelece que não será expulso o refugiado regularmente registrado, exceto por motivos de segurança nacional ou de ordem pública. Evidentemente, preceitua-se que a eventual expulsão do refugiado do território nacional não poderá ser efetivada com sua transferência para país onde sua vida, liberdade ou integridade física estejam ameaçados, sendo que o país deve ter certeza de sua admissão em país em que não esteja sofrendo perseguição.

Dessa forma, as medidas de retirada compulsória previstas na Lei de Migração, quais sejam, a expulsão, repatriação e deportação devem ser aplicadas em conformidade com a Lei 9.474/97³². Não apenas, a Lei de Migração estabelece que não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão coletivas, ou quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal³³. Logo, se não houver condições para a efetivação da medida de retirada compulsória de pessoa refugiada, ela terá o direito de permanecer no país.

Certamente, a previsão tem especial importância na situação jurídica dos refugiados no Brasil, tendo em vista que a Lei 9.474/97 não estabeleceu norma expressa de proibição da expulsão coletiva, apesar de ser uma prática rechaçada pelo direito internacional.

Um dos elementos centrais da proteção aos refugiados no Brasil são as soluções duráveis, que consistem em alternativas que permitem ao refugiado voltar a ter uma vida normal, sendo reintegrado à sociedade. No Estatuto dos Refugiados as soluções duráveis são: a repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento.

A repatriação voluntária consiste na volta do refugiado ao seu país de origem decorrente de sua decisão, tomada de maneira livre de vícios, com dignidade e segurança, tanto jurídica, quanto física e material, sendo esta a solução mais benéfica.

Por outra via, o reassentamento é a solução durável consistente na transferência de refugiados para um terceiro país que os acolha nesta condição, garantindo sua proteção. Essa

³¹ Deve-se ressaltar que, no contexto do estatuto dos refugiados, a expulsão deve ser entendida em sua acepção mais ampla, englobando todas as medidas de retirada compulsória em geral.

³² Art. 46. A aplicação deste Capítulo observará o disposto na Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, e nas disposições legais, tratados, instrumentos e mecanismos que tratem da proteção aos apátridas ou de outras situações humanitárias.

³³ Art. 61. Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão coletivas.

Parágrafo único. Entende-se por repatriação, deportação ou expulsão coletiva aquela que não individualiza a situação migratória irregular de cada pessoa.

Art. 62. Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal.

hipótese ocorre com refugiados que não podem permanecer no país de acolhida, buscando a sua integração em outro país.

A integração local, por outro lado, é um processo jurídico, econômico e sociocultural, que busca garantir que o refugiado possa ter permanência definitiva em seu país de acolhida, inclusive, com a naturalização. Busca-se uma maior integração do refugiado a sociedade para que possa retomar sua independência econômica e social e poder reconstruir sua vida. Trata-se de uma estratégia eficaz para os refugiados que vivenciaram traumas no país de origem ou para aqueles que já alcançaram um nível considerável de integração com o país de acolhida. Outrossim, a integração local provê benefícios tanto para os refugiados quanto para os países de acolhida, uma vez que promove maior diversidade cultural, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social das comunidades.

Assim, o processo de integração local abarca questões como o acesso a emprego, moradia, educação, saúde e cultura. Trata-se, portanto, de um termo abrangente, que engloba um conjunto de processos em múltiplas esferas (MOREIRA, 2014: 89).

Quanto ao processo de integração local, a nova Lei de Migração estabelece que a pessoa beneficiária de refúgio tem direito de residência no país, sendo possível a naturalização brasileira após quatro anos de residência, ou de um ano, quando houver filho ou cônjuge brasileiros ou no caso de prestação de serviços relevantes ou capacidade profissional, científica ou artística.

No entanto, deve-se ressaltar que a efetiva integração local de refugiados na sociedade brasileira depende, também, de políticas públicas que ofereçam oportunidades de acesso ao trabalho e inclusão produtiva, enfrentamento ao racismo, à intolerância religiosa e à xenofobia.

Por fim, o Estatuto dos Refugiados garante o direito à isenção de taxas para os refugiados e solicitantes de refúgio em todas as etapas do procedimento para o reconhecimento da condição de refugiado. Com o advento da Lei de Migração, a disposição é ainda mais reforçada, uma vez que esta estabelece a possibilidade de todos os migrantes terem isenção de taxas mediante declaração de hipossuficiência, sendo que essa gratuidade decorre da própria natureza da proteção internacional aos refugiados.

Por todo o exposto, percebe-se que a nova Lei de Migração, apesar de ter aplicação subsidiária em relação ao Estatuto dos Refugiados, propiciou uma ampliação na proteção aos

direitos humanos dos refugiados do Brasil, reforçando os direitos previstos pelo Estatuto, além de estabelecer princípios e garantias que não eram expressos pela Lei 9.474/97.

O quadro a seguir apresenta um comparativo entre os diplomas, de forma a elencar, sistematicamente, as mudanças trazidas pela Nova lei de Migração em relação à situação jurídica dos refugiados no Brasil:

<p>ESTATUTO DOS REFUGIADOS (Lei 9.474/97)</p>	<p>NOVA LEI DE MIGRAÇÃO (Lei 13.445/2017)</p>
<p>Não estabelece especificamente os princípios aplicáveis à proteção aos refugiados residentes no país.</p>	<p>Estabelece os princípios da política migratória brasileira com ênfase na proteção aos direitos humanos dos migrantes.</p>
<p>Estabelece conceituação ampla do termo refugiado, em conformidade com a Declaração de Cartagena de 1984.</p>	<p>Os casos de violações de direitos humanos que não se enquadrem no conceito de refugiado estabelecido pelo art. 1º do Estatuto dos Refugiados passam a ser solucionados pelas vias de proteção complementar, como a acolhida humanitária.</p>
<p>Estabelece em seu artigo 5º, que o refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública.</p>	<p>Determina a condição de igualdade jurídica entre nacionais e imigrantes, estabelecendo rol de direitos e garantias, estendendo-se aos refugiados e aos solicitantes de refúgio todos os direitos e garantias aplicáveis aos nacionais.</p>
<p>Elenca as hipóteses da extensão da condição de refugiado, garantindo o direito</p>	<p>Estabelece o instituto da reunião familiar, instrumentalizando o disposto no</p>

à reunião familiar em refúgio.	Estatuto dos Refugiados.
Determina expressamente o princípio do <i>non-refoulement</i> , pelo qual não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.	Possui diversos dispositivos que reforçam o princípio do <i>non-refoulement</i> , além de garantir a observância do princípio na aplicação das medidas de retirada compulsória do país, além de proibir expressamente as medidas de repatriação, deportação ou expulsão coletivas.
Determina que enquanto estiver pendente o processo relativo à solicitação de refúgio, ao peticionário será aplicável a legislação sobre estrangeiros, respeitadas as disposições específicas contidas nesta Lei.	Em virtude do princípio da não discriminação a Lei de Migração garante também ao solicitante de refúgio, no que couber, igualdade de tratamento em relação aos refugiados.
Proíbe a expulsão do refugiado regularmente registrado do território nacional, salvo por motivos de ordem pública ou de segurança nacional, sendo que, nestas duas hipóteses, a expulsão não pode ocorrer para país onde a vida, liberdade ou integridade física do refugiado possa estar ameaçada.	Determina que as medidas de retirada compulsória devem observar o disposto no Estatuto dos Refugiados e nas disposições e tratados que tratem da proteção aos apátridas ou de outras situações humanitárias. Em conformidade com o Estatuto dos Refugiados, determina também que não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal.
Estabelece as soluções duráveis ao refúgio. Quanto ao processo de integração local, determina que deve ser considerada a situação atípica dos refugiados no exercício de seus direitos quando da necessidade de apresentação de documentos emitidos por seus países de	Determina que a autorização de residência poderá ser concedida ao beneficiário de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida. Dessa forma, verifica-se que o dispositivo estabelece uma das formas de efetivação da integração local do refugiado.

<p>origem ou por suas representações diplomáticas e consulares. Determina também que deve ser considerada a situação dos refugiados para fins de facilitação na obtenção da condição de residente e ingresso em instituições acadêmicas.</p>	
<p>Estabelece que os processos de reconhecimento da condição de refugiado serão gratuitos e terão caráter urgente.</p>	<p>Em conformidade com o Estatuto dos Refugiados, elenca entre os princípios da política migratória brasileira a isenção de taxas mediante declaração de hipossuficiência.</p>

4 CONCLUSÃO

O Direito Internacional dos Refugiados inicia seu desenvolvimento, enquanto ramo autônomo do Direito, após a Segunda Guerra Mundial, quando os horrores causados pelo conflito deram origem a um contingente de 40,5 milhões de pessoas refugiadas, as quais não possuíam, até então, um sistema organizado de proteção. Nada obstante ser considerado um problema pontual pela sociedade internacional, a prática demonstrou que a temática dos refugiados é um problema permanente, que enseja a atuação conjunta dos Estados.

Assim, assumindo posição de vanguarda na sociedade internacional, o Brasil editou a Lei 9.474/97, conhecida como Estatuto dos Refugiados, sendo o primeiro diploma legal a tratar especificamente da temática dos refugiados na América Latina. Inspirada em princípios como o *non-refoulement* e a não indiferença, a referida lei trata a temática do refúgio por um viés humanitário, garantindo àqueles que se encontram em situação de refúgio o acesso a um procedimento simplificado para o reconhecimento da condição de refugiado, além de estabelecer diversos direitos e garantias essenciais à recepção dos refugiados no país, como o instituto da reunião familiar e as soluções duráveis ao refúgio.

Com a promulgação da nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017), toda a política migratória brasileira passa a ser tratada por um viés humanitário. Com um extenso rol de princípios e diretrizes, a referida lei estabelece diversos direitos aos migrantes em todas as

situações migratórias residentes no Brasil. Desse modo, a Lei de Migração estende a todos os imigrantes, independentemente da situação migratória, o tratamento com ênfase na proteção dos direitos humanos, que, antes da promulgação do diploma, só era garantido aos refugiados, em virtude da lei específica que tratava o tema.

Além disso, percebe-se que, no tocante aos refugiados, a Lei de Migração ampliou diversos direitos que lhes eram garantidos pelo Estatuto. A nova Lei instrumentalizou diversos institutos que eram regulamentados pelo estatuto dos refugiados, como o direito a reunião familiar. Além disso, o novo diploma normativo especificou os princípios e determinou expressamente os direitos e garantias dos refugiados residentes no país.

Outrossim, a nova Lei de Migração também inovou ao estabelecer o instituto da acolhida humanitária, bem como ao institucionalizar a proteção aos apátridas que não são considerados refugiados, de forma a garantir proteção às pessoas que não se enquadrem na condição de refugiado, mas que necessitam, por outros motivos, de proteção estatal.

Assim, com diplomas como a Lei de Migração e o Estatuto dos Refugiados, o Brasil assume uma política migratória extremamente direcionada à guarda dos direitos humanos dos não nacionais residentes no país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de. A lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado. **ARAÚJO, Nadia. O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.**

ANONNI, Daniele; VALDES, Lysian Carolina. O direito internacional dos refugiados e o Brasil. Curitiba: Juruá, 2013.

BATISTA, Simone; BONINI, Luci Mendes de Melo. Lei de migração no Brasil à luz da crise humanitária no mundo. Revista âmbito jurídico, nº 166, ano XX. Nov. 2017. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/lei-de-migracao-no-brasil-a-luz-da-crise-humanitaria-no-mundo/>>. Acesso em: 08 fev. 2020.

BRASIL, Deilton Ribeiro. As dimensões políticas, sociais e econômicas da nova lei de migração brasileira e os direitos humanos em uma sociedade globalizada. Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 3, pp. 757-774, Set.-Dez. 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017. Lei de Migração. Brasília, DF, mai. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020

CARLET, F.; MILESI, Rosita. Refugiados e políticas públicas. In: RODRIGUES, Viviane (Org.). *Direitos humanos e refugiados*. Vila Velha/Espírito Santo: Nuares – Centro Universitário Vila Velha; ACNUR; IMDH, 2006. p. 123-150.

CHIARETTI, Daniel; SEVERO, Fabiana Galera. **Comentários ao Estatuto dos Refugiados**. v. 2. Belo Horizonte: Editora Cei, 2018.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017. <http://dx.doi.org/10.12957/rdc.2017.28937>.

GUERRA, S. ALGUNS ASPECTOS SOBRE A SITUAÇÃO JURÍDICA DO NÃO NACIONAL NO BRASIL: DA LEI DO ESTRANGEIRO À NOVA LEI DE MIGRAÇÃO. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 47, p. 90-112, 21 set. 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007.

MOREIRA, Julia Bertino. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local. **REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.**, Brasília, v. 22, n. 43, p. 85-98, Dec. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852014000200006&lng=en&nrm=iso>. access on 19 Oct. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880004306>.

NASCIMENTO, Luiz Sales do. A cidadania dos Refugiados no Brasil. 2 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

NUNES, Paulo Henrique Faria. Lei de Migração: no marco jurídico relativo ao fluxo transnacional de pessoas. 2ª ed. Goiânia: Edição do autor, 2018.

PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pacheco; MENDONÇA, RENATA DE LIMA. A proteção sociojurídica dos refugiados no Brasil. **Textos & Contextos (Porto Alegre)**, v. 9, n. 1, p. 170-181, 2010.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do *non-refoulement*, sua natureza *jus cogens* e a proteção internacional dos refugiados. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 7, n. 7, p. 2007, 2006.

REDIN, Giuliana; MINCHOLA, Luís Augusto Bittencourt. Proteção dos Refugiados na Declaração de Cartagena de 1984: Uma análise a partir do caso dos haitianos no Brasil. **Revista de Estudos Internacionais**, v. 4, n. 1, p. 30-45, 2014.

SARTORETTO, Laura Madrid. Direito dos refugiados: do eurocentrismo às abordagens de terceiro mundo. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2018.

O ACESSO À SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA POR ESTRANGEIROS NÃO RESIDENTES COMO FORMA DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Leonardo Bocchi Costa**

*Nathalia da Fonseca Campos***

RESUMO: A presente pesquisa tem como finalidade a análise acerca do acesso à saúde pública brasileira por estrangeiros não residentes no Brasil, partindo do pressuposto de ser o direito à saúde um direito fundamental, e, a partir disso, concluir que a restrição a esse direito viola diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e, com isso, o Estado Democrático de Direito brasileiro. Para isso, será feita uma abordagem acerca da evolução histórica das políticas públicas de saúde no Brasil, analisando, a partir disso, o direito à saúde como direito fundamental, para que possa ser abordado, consoante os princípios constitucionais e dos direitos humanos, o alcance dos direitos fundamentais brasileiros no que concerne aos estrangeiros não residentes. Este trabalho utilizou como métodos de abordagem os métodos dedutivo e histórico-evolutivo, além de se utilizar de pesquisa indireta bibliográfica, lançando mão de dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro, obras doutrinárias voltadas à disciplina dos direitos humanos, bem como às políticas públicas de saúde brasileiras, sem prejuízo de entendimentos jurisprudenciais coletados a partir da consulta do termo “atendimento hospitalar emergencial a estrangeiros” junto aos sites dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais brasileiros. A partir do estudo, concluiu-se que há inconstitucionalidade flagrante nas arguições orçamentárias para que seja restringido o direito fundamental à saúde aos estrangeiros não-residentes, podendo-se observar o interesse do Estado brasileiro na manutenção da omissão dos Poderes no que diz respeito ao assunto abordado, uma vez existindo conveniência financeira em ter menos pessoas submetidas ao serviço público.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso a atendimento hospitalar por estrangeiros não-residentes; Alcance dos direitos fundamentais; Política migratória brasileira; Políticas públicas de saúde; Universalidade dos direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Evolução histórica das políticas públicas de saúde brasileiras; 3 O direito à saúde como direito fundamental; 3.1 A classificação e a evolução histórica dos direitos fundamentais; 3.2 O direito à saúde como direito social brasileiro; 4 A situação do estrangeiro no ordenamento jurídico brasileiro; 4.1 O acesso à saúde pública brasileira por estrangeiros não

* Estudante de Direito pela UENP. E-mail: leonardo.bocchi@hotmail.com.

** Estudante de Medicina pela PUC-PR. E-mail: nah-fonseca@hotmail.com.

residentes; 4.2 A abrangência dos direitos fundamentais brasileiros; 5 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde foi uma das principais conquistas idealizadas e concretizadas por meio da Constituição Federal de 1988, que passou a garantir, após décadas de políticas públicas de saúde voltadas a determinados grupos sociais, acesso universal à saúde pública por meio da instauração do Sistema Único de Saúde (SUS).

O SUS nasce a fim de superar definitivamente o caráter seletivo da saúde pública brasileira, fato explicitado, principalmente, quando o acesso à saúde pública era condicionado à posse de carteira de trabalho, durante a ditadura militar. Apesar de guiar-se por princípios intrínsecos aos direitos humanos e fundamentais, é controversia jurídica o caráter absoluto do princípio da universalidade inerente ao Sistema Único de Saúde brasileiro.

Isso porque, diante da omissão legislativa, muito se tem discutido acerca da possibilidade de acesso à saúde pública brasileira por estrangeiros não residentes, já que o direito à saúde é direito fundamental e, a priori, inviabiliza a restrição do acesso ao SUS por essa classe de indivíduos, justamente pelo fato de o único requisito para deter um direito humano ou fundamental ser a condição humana.

Assim, com a falta de regulamentação jurídica, os magistrados se veem na necessidade de lançarem mão do ativismo judicial para que possam garantir o direito dos estrangeiros não residentes enquanto em solo nacional, sem que haja, porém, pacificação jurisprudencial acerca do tema ou qualquer posicionamento por parte dos dois principais órgãos jurisdicionais colegiados do Direito brasileiro.

Diante dos fatos apresentados, a presente pesquisa tem como finalidade demonstrar a impossibilidade jurídica de se limitar o acesso à saúde pública brasileira aos estrangeiros não-residentes, sob pena de violar princípios intrínsecos aos direitos fundamentais, como a universalidade e a dignidade da pessoa humana.

Para que tal objetivo seja atingido, o presente estudo viabilizará a análise da evolução histórica das políticas públicas de saúde brasileiras, buscando explicitar os avanços trazidos pela implementação do SUS – uma vez que traz consigo o acesso universal à saúde e o princípio do atendimento integral.

Além disso, buscar-se-á discutir o direito à saúde como direito fundamental, para que, após elaborar análise acerca da proteção jurídica aos estrangeiros no ordenamento jurídico brasileiro, se possa discutir o alcance da tutela dos direitos fundamentais do ordenamento brasileiro e elaborar conclusões acerca da possibilidade de privar ou restringir constitucionalmente os estrangeiros não residentes de atendimento médico público.

A metodologia utilizada pela presente pesquisa se resume ao levantamento bibliográfico envolvendo materiais doutrinários voltados à disciplina dos direitos humanos e às políticas públicas de saúde brasileiras – com ênfase aos autores Paulo Gonet Branco, Walter Claudius Rothenburg, André de Carvalho Ramos, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior –, dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro que regulamentam a temática analisada, além de entendimentos jurisprudenciais coletados a partir da consulta do termo “atendimento hospitalar emergencial a estrangeiros” junto aos sites de todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais brasileiros.

Os julgamentos foram selecionados a partir de um recorte temporal de 15 anos, contados do ano de 2020, a fim de preservar a atualidade dos entendimentos a serem colhidos. Além disso, os julgados adotados foram escolhidos de acordo com sua adequação à temática abordada, dando-se, portanto, ênfase aos pronunciamentos judiciais que relacionaram o alcance universal dos direitos fundamentais brasileiros ao acesso a atendimento hospitalar emergencial por estrangeiros não-residentes.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE BRASILEIRAS

Para compreender o intuito desta pesquisa, que analisará, entre outras coisas, a importância da conquista da universalização da saúde no Brasil, será necessário compreender o processo evolutivo das políticas de saúde no país, que passaram, ao longo dos anos, por inúmeras alterações em resposta às mudanças nos quadros sociais e econômicos brasileiros.

O início da análise acerca das políticas de saúde brasileiras se dá, nesta pesquisa, com a colonização portuguesa, que teve como principal finalidade ações exploratórias sobre os recursos disponíveis no território. Por conta disso, modelos de atenção à saúde não estavam presentes e sua criação também não fazia parte dos interesses do governo português. Nesse período, as atenções à saúde eram limitadas aos próprios recursos da terra, como ervas e plantas, sendo a arte de curar executada por aqueles dotados de conhecimentos empíricos, os curandeiros (POLIGNANO, 2001).

A necessidade de organização de uma estrutura sanitária surgiu somente com a vinda da família real para o Brasil, para que esta recebesse suporte mínimo em suas instalações na cidade do Rio de Janeiro. Desse período até o ano de 1850, essas atividades de saúde limitavam-se à delegação das atribuições sanitárias às juntas municipais e ao controle dos navios e da saúde dos portos. Isso deixa claro o interesse em garantir uma mínima assistência sanitária e em setores e regiões demarcados pelo governo (POLIGNANO, 2001).

O primeiro Período Republicano brasileiro (República Velha) foi caracterizado pelo governo dos grandes proprietários de terra que representavam os interesses do capitalismo agrário brasileiro. A partir dessa visão, houve uma atenção especial a campanhas sanitárias, com o controle dos portos e das estradas de ferro, espaços de circulação das mercadorias essenciais à estrutura produtiva do governo.

Dentro dessas campanhas, destacam-se as destinadas ao combate da varíola, da febre amarela e da peste bubônica, que marcaram o início do século e as primeiras respostas aos problemas agudos da saúde do país (POSSAS, 1981, p. 184).

Sob a chefia de Rodrigues Alves, Oswaldo Cruz é colocado como solução para a erradicação das epidemias da cidade do Rio, principalmente da febre amarela. Seu plano executivo foi a criação de um exército de milhares de homens que promoviam ações que visavam à erradicação dos vetores da febre.

Somado a isso, houve ainda a criação da lei que promovia a vacinação obrigatória contra a varíola, aumentando a onda de insatisfação popular. Esse impacto da ação gerou uma reação conhecida como Revolta da Vacina, que se mostrava contrária ao modelo campanhista de intervenção – cujo uso da força era o instrumento preferencial para atingir os fins desejados.

Ainda que o modelo executado para o problema tenha apresentado inúmeras falhas, há registros que demonstram resultados benéficos, como a erradicação da febre amarela e a aquisição de controle das epidemias, utilizando de registros demográficos, diagnósticos laboratoriais e produção de produtos profiláticos (POLIGNANO, 2001).

O processo de industrialização brasileiro se caracterizou pela presença de imigrantes na mão de obra industrial. A modernização, por si só, já pressionava os empresários para uma garantia de serviços de saúde aos empregados, uma vez que a produção e, conseqüentemente, o lucro dependiam do rendimento desses. Somado a isso, o proletariado imigrante, já apresentado a ideias anarquistas e aos movimentos operários, conduziu os brasileiros às

interrogações sobre seus direitos trabalhistas, como férias, jornada de trabalho definida e aposentadoria, ausentes nas garantias.

Esse movimento resultou em algumas conquistas sociais e deu impulso para a criação da Lei Elói Chaves, considerada marco inicial da Previdência Social no Brasil e caracterizada como uma tentativa de acalmar as agitações populares por parte do governo. Através desta Lei foram instituídas as Caixas de Aposentadoria e Pensão, que tinha em seu artigo 9º as seguintes concessões:

1º- socorros médicos em caso de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo teto e sob a mesma economia; 2º- medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração; 3º- aposentadoria; 4º- pensão para seus herdeiros em caso de morte. E ainda, no artigo 27, obrigava as CAPs a arcar com a assistência aos acidentados no trabalho (POLIGNANO, 2001).

Caminhando para a Era Vargas, instaurado com a Revolução de 1930, é possível observar uma ampliação dos direitos do trabalhador, principalmente após a apresentação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). As antigas CAPs, no Estado Novo, foram unificadas em IAPs, que organizavam os trabalhadores em categorias profissionais e tinham benefícios estabelecidos pelo artigo 46, além da aposentadoria e pensão para membros da família, a assistência médico-hospitalar e socorros farmacêuticos, como cita Polignano (2001).

A chegada dos anos 50 trouxe consigo uma urbanização ainda maior e, como consequência, uma população melhor assalariada e aspirando maior oferecimento de serviços de saúde pelos Institutos. Esse fenômeno impulsionou a contratação de serviços de terceiros para suprir a demanda dos previdenciários, iniciando um complexo médico-hospitalar que caracterizará a saúde do Brasil entre os períodos.

Em 1960, a Lei Orgânica da Previdência Social concluiu a união dos Institutos, criando uma instituição governamental, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), e instituindo uma contribuição tríplice (empregado, empregador e União), da qual o Estado nunca participou efetivamente. O impasse criado entre a exigência dos trabalhadores e a incapacidade do governo de executá-las agravou a situação intransigente da saúde do país, estimulando, em 1964, a concretização do golpe militar, caracterizado pela forte centralização de poderes no executivo federal (ANDRADE et al., 2017, p. 51).

O regime autoritário seguido participou da implantação do INPS, aglutinando todos os trabalhadores de carteira assinada na mesma organização, o que fez somar as contribuições e

capacitar o governo para atender toda essa população. Nessa época, é visível a atribuição do direito à saúde apenas àqueles que possuíam carteira assinada, restando à população desprezada os serviços filantrópicos ou particulares, ilustrando o caráter excludente do sistema.

O modelo de saúde da época era curativo, individual, assistencialista e especializado, com visão para o lucro (ANDRADE et al., 2017, p. 53). Para o fornecimento dos serviços, a medida escolhida continuou sendo o setor privado, com convênios médicos e hospitalares multiplicados que culminaram na criação do INAMPS, Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, dotado do papel de coordenar a assistência médica e o complexo sistema médico-hospitalar criado.

Essa extensão dos fornecimentos, somada aos desvios de verbas previdenciárias a outros setores, criou um colapso econômico no setor da previdência, que foi seguido por uma crise política e econômica no país.

O resultado foi que, nessa época, por volta dos anos 1970, discussões sobre reformas na saúde ganharam corpo e o Movimento Sanitário apontou na sociedade. Posteriormente conhecido como Movimento pela Reforma Sanitária, este acompanhou os movimentos contra a ditadura e impulsionou mudanças pelo governo.

O fim da ditadura militar deu contribuição para novos movimentos na área da saúde, como a criação do CONASS e CONASEMS - associação de secretários da saúde a nível estadual e municipal – e a intensa participação popular na VIII Conferência Nacional de Saúde, que deu alicerce à Reforma Sanitária e para a criação do SUDS, no período anterior à Constituição de 1988. Os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde marcaram o início da descentralização do sistema de saúde, com repasse de verbas para estados e municípios.

Seus principais feitos foram a concentração de poder nas secretarias estaduais e o início do desmonte do INAMPS. A aludida VIII Conferência Nacional de Saúde colocou em discussão, perante uma massa de usuários, a situação da saúde no país e formulou o Projeto de Reforma Sanitária, o que conduziu o país à formação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987. Andrade et al. elevam a VIII Conferência a um patamar especial ao discorrer sobre sua influência à Constituição de 1988:

[...] O fato é que boa parte das teses e conclusões da 8ª Conferência Nacional de Saúde faz parte do texto final aprovado na Constituição Federal Brasileira. Ali está desde o mais elementar, porém emblemático, estabelecimento de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, passando pela definição de que “as ações e

serviços de saúde são de relevância pública”, e indo até o mais importante, que foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). (ANDRADE et al., 2017, p. 58).

Os princípios norteadores da Reforma foram colocados pela Comissão da mesma como sendo participação, equidade, descentralização, integralidade e universalização, que acompanharam o SUS como seus princípios. A Constituição de 1988 ficou conhecida como “Constituição Cidadã” e apresenta, em seu artigo 196, a máxima nascida na VIII Conferência e marco histórico da saúde do Brasil, “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Também em seu artigo 198 o documento dispõe da definição do SUS a partir da ideia de que “as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único” e ainda acrescenta suas correspondentes diretrizes, sendo a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

Apesar de ser previsto constitucionalmente, por meio da Carta Magna de 1988, a regulamentação do Sistema Único de Saúde ocorreu apenas em 1990 com a criação das Leis Orgânicas da Saúde: Lei nº 8.080 e Lei nº 8.142. De acordo com o texto da Constituição, a Lei nº 8.080 “dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços competentes” (BRASIL, 1988).

A Lei nº 8.142 aborda “a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e das outras providências” (BRASIL, 1990b).

Esta prevê o SUS equipado por instâncias colegiadas, a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, que estarão presentes em cada esfera do governo, sendo a Conferência o espaço de debate, formulação e avaliação das políticas de saúde e o Conselho um formulador de estratégias e controlador da execução das políticas de saúde, analisando e aprovando o plano de saúde e o relatório gestão, além de informar a sociedade sobre sua atuação. Ele é composto por usuários, profissionais de saúde e gestores, com o segmento dos usuários paritário aos demais.

O seguimento da história permitiu que fossem acrescentados novos aspectos para somar à gestão do SUS um cumprimento efetivo de seus ideais. Exemplos estão em métodos que pudessem ampliar a descentralização e cooperar para a articulação dos centros gestores; regimentos financeiros para o repasse de verbas, além de outros que, de certa forma, levaram à composição atual do sistema.

Assim, sumariamente, o Sistema Único de Saúde é o dirigente do acesso universal a saúde, juntamente com a integralidade e a equidade dos serviços, e sua implantação representou a evolução das políticas de saúde do país, que antes eram limitadas a partes exclusivas da população, ainda com serviços incompletos oferecidos.

Ademais, a ascensão dessa saúde permitiu que fossem excluídos os limitantes para o acesso da mesma, como renda, distância e emprego, uma vez que os princípios que norteiam o SUS e as legislações que o sustentam garantem a saúde como um direito de todos, a ser garantido pelo Estado.

3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais são direitos materialmente constitucionais (PIOVESAN, 2013, p. 115) que têm como vocação a “proteção da dignidade humana em todas as dimensões” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 151), isto é, são direitos protegidos constitucionalmente radicados no princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se “no qualificativo *fundamentais* a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive [...]” (SILVA, 2005, p. 178, grifo do autor).

Os direitos fundamentais têm como uma de suas principais características a universalidade, uma vez que são destinados ao ser humano enquanto gênero e inerentes à condição humana, impossibilitando qualquer tipo de discriminação (gênero, cor, nacionalidade), sob pena de negar-se a própria essência de tais direitos.

Apesar de serem materialmente constitucionais, os direitos fundamentais não são, no Brasil, matéria exclusivamente integrante da Carta Maior, uma vez que esta goza, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, de cláusula de abertura, admitindo direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais ou do próprio sistema jurídico interno.

Assim, a Constituição Federal se compromete com a inexauribilidade dos direitos fundamentais, uma vez que se opõe veementemente à taxatividade desses direitos quando também considera os direitos fundamentais decorrentes de abertura externa e interna.

Dessa forma, apesar de serem sempre materialmente constitucionais, os direitos fundamentais não são, de forma obrigatória, no Brasil, formalmente constitucionais, como decidiu o STF ao determinar hierarquia supralegal aos tratados internacionais que versam

sobre direitos humanos. Por serem, em regra, positivados constitucionalmente, os direitos fundamentais gozam de proteção constitucional, como leciona Walter Claudius Rothenburg:

[...] Essa positividade ocorre no âmbito das normas de maior hierarquia (superioridade), principalmente as constitucionais (de onde a constitucionalização dos direitos fundamentais), e também normas de direito internacional (supraconstitucionalização). [...] Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais devem ser contemplados por um regime jurídico qualificado, que [...] confere-lhes [...] um procedimento dificultado de reforma [...] e toma-os como parâmetros para fins de controle de constitucionalidade. (ROTHENBURG, 2014, p. 17).

A Carta Magna brasileira contempla os direitos fundamentais, como explicitado por Rothenburg, com um regime jurídico diferenciado – além, é claro, do gozo da hierarquia constitucional – ao elevá-los à condição de cláusula pétrea (mesmo quando não formalmente constitucional), isto é, ao determiná-los como parte do rol de cláusulas constitucionais imutáveis.

Assim, nenhuma emenda constitucional tendente ou que vise a abolir os direitos fundamentais será objeto de deliberação – cabendo ressaltar a expressão utilizada na Constituição, uma vez que veta até mesmo o processo deliberativo parlamentar, e não apenas a votação.

Cabe observar que os direitos fundamentais se diferenciam dos direitos humanos justamente por serem positivados internamente nas Constituições de seus respectivos ordenamentos jurídicos (ROTHENBURG, 2014, p. 54) e, por isso, limitados no tempo e no espaço, enquanto os direitos humanos invocam fundamentação jusnaturalista, segundo a qual tais direitos existem além das normas jurídicas positivadas, sendo, portanto, um direito comum a todos os povos.

Apesar disso, os direitos humanos e os fundamentais são fundamentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sendo os primeiros disciplinados por normas de Direito Internacional, por meio dos tratados internacionais de direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo grande preocupação com a garantia dos direitos humanos pelo Estado brasileiro, visto que este acabara de desvincular-se de uma ditadura militar que violava constantemente os direitos ligados, principalmente, às liberdades individuais da população.

Tal preocupação exteriorizou-se na Carta Magna por meio dos inúmeros direitos, princípios e garantias fundamentais previstos em seus artigos – cabe pontuar a forte influência

exercida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU –, transformando o Estado brasileiro, até então recém desvinculado do regime ditatorial, em Estado democrático de direito, sendo este fundamentado, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

3.1 A classificação e a evolução histórica dos direitos fundamentais

Outra característica intrínseca aos direitos fundamentais é a sua historicidade, ou seja, o fato de se terem feito necessários avanços e eventos históricos para que essa categoria de direitos fosse garantida aos seres humanos, explicitando o fato de essas garantias não terem surgido espontaneamente, do nada.

Os direitos fundamentais, por classificação histórica, podem ser divididos em três dimensões, cada uma influenciada por correntes filosóficas diferentes, em momentos históricos diferentes, visando a proteger respectivamente um bem jurídico fundamental preponderante.

Cabe pontuar, porém, que tais dimensões são cumulativas e complementares, não sendo, de forma alguma, excludentes entre si, isto é, uma dimensão de direitos fundamentais não substitui a outra, mas, em vez disso, complementa a proteção à dignidade humana. A classificação em dimensões, naturalmente, não afeta o caráter indivisível dos direitos fundamentais, possibilitando apenas melhor compreensão acerca das dimensões humanas tuteladas por tais direitos.

Dessa forma, os principais bens jurídicos fundamentais tutelados pelos direitos fundamentais são, em ordem cronológica, a liberdade (direitos fundamentais de primeira dimensão), a igualdade (direitos fundamentais de segunda dimensão) e a solidariedade ou fraternidade (direitos fundamentais de terceira dimensão).

A evolução histórica concreta – isto é, sem levar em consideração demonstrações rasas e excepcionais de respeito à dignidade humana por Estados Antigos (onde vigorava a escravidão) e feudais (onde reinou a servidão) – desses direitos se inicia ainda durante a Idade Média, com um prelúdio de garantia pelo Estado de direitos fundamentais com a Magna Carta de João Sem Terra, na Inglaterra.

Entretanto, é somente no final da Idade Média e início da Idade Moderna que se têm circunstâncias históricas propícias à efetiva tutela estatal aos direitos fundamentais, isso porque o sistema político que vigorava na Europa naquela época era o Antigo Regime,

caracterizado pela monarquia absolutista, com poderes plenos e ilimitados ao monarca, sem, portanto, qualquer reserva às liberdades do povo.

Por isso, nesse momento histórico, surge o Iluminismo – movimento racionalista que questionava o Antigo Regime como um todo – e, com ele, sua faceta política: o liberalismo. A ideologia liberal tinha como algumas das suas principais pautas a tripartição e a limitação do poder político, sendo movimento congênito ao Constitucionalismo (ambos influenciados pelo Iluminismo), que pregava a limitação do poder político e a configuração do Estado por meio de uma Constituição.

Os dois movimentos, por questionarem e se oporem ao Antigo Regime e à concentração do poder político, conquistam, então, grande influência intelectual na Europa, fato que culminou na Revolução Francesa, marco histórico à garantia estatal aos direitos fundamentais.

Isso porque esse evento histórico teve como consequência a derrubada do Antigo Regime na França, bem como a elaboração de uma Constituição francesa, que trazia consigo a configuração do Estado e a limitação do poder do governante, além da incorporação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento francês que visava a garantir direitos comuns a todos os seres humanos, fato que se concretizou com sua incorporação à Constituição.

Assim, a Constituição Francesa foi o marco histórico de concretização de garantia pelo Estado aos direitos fundamentais na Europa (isso porque acontecera antes, em 1776, a Revolução Americana, que demonstrara grande evolução nesse quesito) e tornou-se responsável pela disseminação de seus ideais revolucionários através de todo continente europeu.

Os direitos garantidos pela Constituição Francesa de 1791 são eminentemente ligados à liberdade, demonstrando forte influência exercida pelo liberalismo, por meio da concepção filosófica do jusnaturalismo (ROTHENBURG, 2014, p. 65). Dessa forma, o titular dos direitos fundamentais de primeira dimensão é o homem sob uma perspectiva individual, figurando no polo passivo dessa relação jurídica, via de regra, o Estado.

Com isso, o Estado tem a obrigação de garantir os direitos de primeira dimensão por meio de comportamento predominantemente *negativo*, isto é, de abstenção, não violando injustamente as liberdades dos indivíduos.

Assim sendo, os direitos fundamentais de primeira dimensão representam a gênese da proteção efetiva da dignidade humana pelo Estado, abrindo espaço para que tal tutela fosse expandida através dos séculos para que o amparo estatal à dignidade humana fosse pleno.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão iniciam seu caminho histórico a partir do século XIX, com o advento da teoria marxista. Esses direitos são ligados diretamente à ideia de igualdade e englobam direitos econômicos, sociais e culturais, exigindo, para que sejam garantidos, uma *prestação* do Estado em vez de *abstenção*.

Dessa forma, o Estado deixa de ter somente o dever de não violar, para ser-lhe imposto o dever de *garantir* positivamente direitos fundamentais. Isto é, o comportamento estatal em relação a esses direitos deixa de ser preponderantemente negativo para tornar-se, também, positivo a fim de intervir na sociedade para que certos direitos fundamentais sejam garantidos.

Os direitos sociais e, via de regra, os direitos fundamentais de segunda dimensão são direitos que demandam, além de prestação estatal, alocação de recursos para que sejam concretizados, residindo nesse fato a maior diferença entre os direitos de liberdade e os de igualdade.

E exatamente por esse motivo, por questões ideológicas, os direitos fundamentais de segunda dimensão recebem constantemente, no Direito internacional e em diversos países, regime diferenciado em relação aos direitos de liberdade, sendo muitas vezes encarados com maus olhos por diversos Estados. Entretanto, em face do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, tal tratamento diferenciado vem sendo progressivamente desconstruído pela doutrina, como discorre Flávia Piovesan:

Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão. (PIOVESAN, 2017, p. 183).

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão começam a ganhar importância após o final da Segunda Guerra Mundial, quando houve perseguições raciais, étnicas e ideológicas,

além de milhões de mortes em campo de guerra. As proporções alcançadas pela guerra geraram uma necessidade de serem garantidos como direitos fundamentais aqueles ligados à solidariedade e à fraternidade, para que nenhum evento daquela magnitude voltasse a ocorrer.

Por isso, os direitos fundamentais de terceira dimensão, também conhecidos como direitos transindividuais, são aqueles ligados diretamente à ideia de solidariedade (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 158), podendo-se usar como exemplo dessa categoria o direito à paz no mundo, à preservação do meio ambiente etc.

3.2 O direito à saúde como direito social brasileiro

A conquista do direito universal à saúde foi fruto de extensa evolução histórica, uma vez que apenas certos segmentos sociais gozavam de tutela à saúde como um direito garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, explicitando o histórico caráter seletivo do direito à saúde no Brasil.

A concretização dessa conquista ocorre conjuntamente a várias outras inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, conquista esta realizada por meio da previsão constitucional ao Sistema Único de Saúde – preconizado pelo artigo 198 da Carta Magna –, consistindo tal sistema “em política pública de saúde, pela qual o Estado promove o direito à saúde de modo universal e igualitário em todo o território nacional” (RAMOS, 2014, p. 611).

Cabe pontuar que o direito à saúde não consiste simplesmente no tratamento de eventuais doenças que venham a acometer a população, concernindo, de forma igual, à prevenção de enfermidades (englobando o acesso a vacinas, por exemplo, como um dos meios de garantia ao direito à saúde), bem como ao acesso universal a esse direito:

O direito à saúde assegura a promoção do bem-estar físico, mental e social de um indivíduo, impondo ao Estado a oferta de serviços públicos a todos para prevenir ou eliminar doenças e outros gravames. O direito à saúde possui faceta individual e difusa, pois há o direito difuso de todos de viver em um ambiente sadio, sem o risco de epidemias ou outros malefícios à saúde. Por isso, determina a Constituição de 1988 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação [...]. (RAMOS, 2014, p. 611)

Mostra-se pertinente a esta pesquisa pontuar o fato de o direito à saúde ser, expressamente, radicado na dignidade da pessoa humana, como demonstra a Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080, em seu artigo segundo: “art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser

humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990a).

Ao afirmar que a saúde é um direito fundamental do ser humano, faz-se clara a intenção do legislador no que tange ao princípio constitucional legitimador do direito abordado: o direito à saúde radica-se no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, não o fosse, o legislador faria menção à nacionalidade brasileira, interligando imediatamente o direito supracitado à condição de cidadania brasileira, hipótese esta que não se observa na lei em análise.

Corroborando esse argumento, a lei supracitada incorpora, em seu artigo 7º, o princípio da universalidade (princípio este inerente aos direitos humanos) determinando a universalidade do acesso à saúde pública brasileira (TAVARES, 2012, p. 855).

Assim, em suma, o direito universal à saúde passa a ter garantia constitucional na Constituição Federal de 1988, tendo sua legitimidade no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e trazendo consigo, de forma indivisível à sua existência, a instauração do Sistema Único de Saúde – sistema público de saúde regulamentado pela Lei nº 8.080/90 e guiado expressamente pelo princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência (BRASIL, 1990a), fato que, teoricamente, deveria dificultar a restrição ao acesso à saúde pública brasileira, independentemente de qualquer condição individual.

4 A POPULAÇÃO INDÍGENA E O COMBATE À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NO BRASIL

A política migratória brasileira sofreu mudanças eminentes recentemente com a aprovação da Lei de Imigração, nº 13445/2017, sinalizando forte guinada jurídica em direção à observância do princípio da dignidade da pessoa humana e à abertura de fronteiras do país aos imigrantes, na contramão de políticas migratórias e movimentos xenófobos em ascensão principalmente na Europa e nos Estados Unidos (NOVO, 2018).

A mudança na política migratória brasileira por meio dessa lei significou eloquente mudança na situação jurídica dos estrangeiros perante o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a lei regulamentadora da política migratória brasileira até então vigente era o chamado Estatuto do Estrangeiro (lei nº 6.815/80), com relevantes tendências xenófobas e autoritárias para com o estrangeiro.

Faz-se mister à compreensão da abordagem principal desta pesquisa a análise acerca das inovações trazidas pela nova Lei de Imigração brasileira, uma vez que esta, além de buscar desconstruir os princípios consagrados no Estatuto do Estrangeiro, vinha, em sua ideia originária, a fim de cessar a insegurança jurídica trazida pela omissão legislativa acerca do acesso a direitos fundamentais brasileiros por estrangeiros não residentes, conforme se demonstrará no decorrer deste capítulo.

A revogada lei brasileira de imigração trazia consigo, expressamente e principalmente nos três primeiros artigos, o direito de imigração cerceado pelo “interesse nacional” (BRASIL, 1980). Isto é, o estrangeiro só poderia migrar ao território brasileiro se essa conduta não contrariasse o interesse nacional, além da segurança nacional, organização institucional etc.

Não é preciso muita reflexão para concluir que a política migratória mascarava uma tendência xenófoba em sua gênese, uma vez observado o caráter absolutamente abstrato das condições de imigração, com ênfase ao interesse nacional, fato que facilitaria em demasia a negação ao direito de imigração dos estrangeiros e também a sua deportação ou expulsão, ainda mais pelo fato de o país passar por um período ditatorial à época da elaboração do Estatuto.

Na contramão do Estatuto do Estrangeiro, a nova Lei de Imigração traz consigo a observância aos princípios dos direitos humanos, como explicita seu artigo 3º – “art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” (BRASIL, 2017a) –, bem como o repúdio a tendências trazidas pelo então Estatuto em vigor, como a criminalização da migração e as práticas de expulsões e deportações coletivas (NOVO, 2018).

Além de buscar humanizar o tratamento do Estado brasileiro para com o migrante, a lei 13.445 tinha como uma de suas finalidades originárias o fim do imbrólio jurídico gerado pela omissão legislativa acerca do alcance de direitos sociais aos imigrantes não residentes em território brasileiro. Para isso, determinava em seu artigo 1º, I: "I - migrante: pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida;" (BRASIL, 2017a).

Para fins dessa lei, tal definição seria indispensável para que todo o seu conteúdo fosse compreendido, uma vez que o termo em questão (migrante) se encontra espalhado por vários artigos da lei, inclusive em seu artigo 4º, que tem como fim equiparar o migrante ao

cidadão brasileiro no que tange ao acesso a direitos fundamentais, inclusive o acesso à saúde pública:

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: [...] VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória. (BRASIL, 2017a).

Assim, em sua ideia original, a Lei de Imigração traria consigo a confirmação legislativa de que o princípio da universalidade deve ser aplicado ao direito à saúde, a fim de garantir a todos os migrantes o acesso à saúde pública brasileira, englobando nesse gênero, inclusive, os residentes fronteiriços e os apátridas.

Entretanto, o artigo 1º, I sofreu veto presidencial e, com isso, não se fez possível a pacificação plena acerca do assunto, mas tão somente no que tange aos residentes fronteiriços, uma vez que os artigos 23 e 24 esclarecem a situação jurídica dessa classe de indivíduos, delegando aos municípios o poder de conceder autorização aos fronteiriços para realização de atos da vida civil em território brasileiro, para que, só então, tal lei garanta aos residentes fronteiriços, mediante a obtenção dessa autorização, o gozo de direitos e garantias consagrados pela Lei de Imigração, como o próprio direito à saúde (BRASIL, 2017a).

Todavia, no que concerne aos apátridas e aos visitantes, por exemplo, persiste a controvérsia jurídica acerca do acesso à saúde pública brasileira, uma vez que, ao relatar o motivo do veto, o Presidente Michel Temer expressa claramente sua finalidade de negação à igualdade de direitos (entre esses, o direito à saúde) entre cidadãos brasileiros e estrangeiros não residentes ao declarar que o dispositivo vetado “estabelece conceito demasiadamente amplo de migrante, abrangendo inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço, o que estende a todo e qualquer estrangeiro, qualquer que seja sua condição migratória” (BRASIL, 2017b).

Com isso, um único veto mostrou-se capaz de prejudicar uma das fundamentais finalidades da Lei de Imigração, sendo esta, após o veto ao dispositivo supracitado, capaz de resolver o impasse jurídico apenas no que tange aos residentes fronteiriços, sendo mantida, dessa forma, a omissão legislativa acerca do alcance dos direitos sociais brasileiros no que tange aos estrangeiros não residentes.

Além do dispositivo vetado supracitado, o §4º do artigo 4º dessa lei, dispositivo que tinha a finalidade de garantir expressamente um rol de direitos fundamentais aos estrangeiros visitantes, sofreu, também, veto presidencial sob a justificativa de estender a todo visitante, dentre outros direitos, o de acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, o que “representaria pressões fiscais adicionais à União e aos demais entes nacionais, prejudicando a adequação das despesas públicas ao limite de gastos constitucionalmente previsto, recomendando, assim, seu veto” (BRASIL, 2017b).

A justificativa do Presidente da República explana deliberada falta de voluntariedade do Estado brasileiro quando se trata da garantia de direitos sociais brasileiros aos estrangeiros não residentes, utilizando-se de argumentos orçamentários tangentes a pressões fiscais adicionais aos entes federativos.

Apesar disso, essa fundamentação não pode cercear o direito a ter direitos dos estrangeiros não residentes enquanto em solo brasileiro, sob pena de violação ao Estado Democrático de Direito brasileiro, que se fundamenta, entre outros princípios, no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), tendo o Estado brasileiro o dever de garantir a dignidade de todos os indivíduos em território nacional, independentemente de sua situação jurídica.

Além disso, os vetos presidenciais abordados vão de encontro à própria Lei de Imigração e seus princípios consagrados, uma vez que desrespeita diretamente o princípio da universalidade dos direitos humanos e acaba por até mesmo descaracterizar fundamentais finalidades da lei em questão.

4.1 O acesso à saúde pública brasileira por estrangeiros não residentes

Uma vez persistente a omissão legislativa acerca do assunto (SOUZA, 2016), a garantia do acesso à saúde pública dar-se-á somente por meio dos órgãos jurisdicionais brasileiros, em um processo denominado “ativismo judicial”.

Esse processo vem se intensificando cada vez mais no sistema jurídico brasileiro e ocorre, normalmente, quando há omissão legislativa acerca de um assunto e o juiz, ao ser demandado, demonstra comportamento proativo e “legisla”, interpretando direta e extensivamente a Constituição a fim de garantir máxima efetividade e concretização a um direito. O TRF-4, em caso julgado em 2009, explicita esplendorosamente o espírito e a execução do ativismo judicial pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, ao garantir o atendimento pelo SUS, em caso de emergência ou urgência, a qualquer indivíduo,

independente de comprovar nacionalidade brasileira, de modo a garantir “o pleno atendimento à norma constitucional garantidora do direito fundamental à saúde” (TRF-4, 2009).

O órgão jurisdicional federal em questão identificou perfeitamente na ementa analisada, mesmo que de forma indireta, as situações em que o ativismo judicial é útil e necessário: trata-se de casos de omissões legislativa e executiva que venham a comprometer a execução e a efetividade de direitos constitucionalmente garantidos.

Assim, nas situações abordadas, o órgão jurisdicional tem a escolha de agir proativamente e inovar, a fim de garantir a eficácia de direitos fundamentais, como na ementa em questão, uma vez que é interpretada nesse julgamento a obrigatoriedade de atendimento pelo SUS a qualquer pessoa em caso de urgência ou emergência, independentemente de sua situação jurídica. O caso analisado é um exemplo perfeito de ativismo judicial com finalidade interpretativa em prol de estrangeiros em situações médicas emergenciais.

Há casos, porém, em que o comportamento proativo de um tribunal ou juiz monocrático tem como finalidade a garantia concreta/material do direito à saúde aos estrangeiros, como em caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, situação em que foi garantido o direito ao atendimento emergencial a estrangeiro, sob o argumento de que qualquer hospital tem obrigação de prestar atendimento emergencial, de forma incondicional, “a qualquer cidadão, nacional ou estrangeiro, domiciliado no Brasil ou não, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de caráter universal” (TJ-SP, 2014).

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo explicita a eminente inconstitucionalidade intrínseca à negação do direito à saúde aos estrangeiros – em casos emergenciais, na ementa em questão – com fundamentação jurídica já trazida por esta pesquisa e garante a aplicação direta da Constituição Federal ao caso concreto a fim de possibilitar a máxima eficácia do direito à saúde.

Com isso, a decisão proferida determinou a impossibilidade de cobrança das despesas hospitalares do estrangeiro enfermo que se encontrava em situação emergencial, sob pena de aviltamento ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

Conclui-se, por fim, que, com a deliberada e eloquente omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, a garantia ao direito à saúde dos estrangeiros fica resignada ao Poder Judiciário por meio do ativismo judicial, já que, mesmo sendo a única solução à garantia desse direito fundamental, este Poder, de forma também eloquente, não se ateu a desenvolver

uma jurisprudência consolidada acerca do tema, haja vista a ausência de enfrentamento do tema nos tribunais superiores, seja por meio de recursos com efeitos *erga omnes*, seja por meio de entendimentos sumulares.

4.2 A abrangência dos direitos fundamentais brasileiros

A discussão acerca do acesso à saúde pública brasileira por estrangeiros gira integralmente em torno de apenas um ponto: o alcance dos direitos fundamentais brasileiros. Por isso, faz-se mister à pacificação da temática fundamental desta pesquisa a abordagem acerca da abrangência desses direitos constitucionais.

Para isso, antes de tudo, é preciso conhecimento prévio sobre a letra da Constituição no que tange ao alcance de seus direitos consagrados: “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 segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988).

Efetuando-se interpretação exegética e positivista, poder-se-ia afirmar tranquilamente a extensão jurídica dos direitos fundamentais da Constituição brasileira apenas aos nacionais e estrangeiros residentes, sem alcance algum aos estrangeiros visitantes, apátridas etc. Entretanto, tal interpretação é descabida haja vista os valores, finalidades e princípios trazidos pela Carta Magna de 1988.

Com efeito, uma simples interpretação sistemática e finalística, a fim de interpretar a norma constitucional abordada à luz do “espírito” da Constituição e suas finalidades, seria o bastante para que se pudesse afirmar o alcance universal dos direitos fundamentais consagrados pela Carta Maior.

Além disso, uma interpretação limitando os direitos fundamentais a certas categorias de indivíduos iria diretamente de encontro aos próprios princípios dos direitos fundamentais, que não podem ser, via de regra, limitados a grupos ou categorias de indivíduos, sob pena de se autoviolarem:

c) *universalidade* – os Direitos Fundamentais são universais, ou seja, sua razão de existir faz com que sejam destinados ao ser humano enquanto gênero. Dessarte, é incompatível com a natureza dos Direitos Fundamentais sua restrição a um grupo, categoria, classe ou estamento de pessoas. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 162-163, grifo do autor).

Com isso, pode-se afirmar que a restrição do alcance dos direitos fundamentais acaba gerando violação à própria razão de existir desses direitos, por serem eles, desde sua gênese, inerentes à condição humana (ALEXY *apud* ROTHENBURG, 2014, p. 5) e direcionados ao ser humano enquanto gênero. Apesar disso, "na jurisprudência brasileira, foi controvertida a extensão dos direitos previstos na Constituição a estrangeiros não residentes" (RAMOS, 2014, p. 456).

Hoje, porém, é basicamente consenso doutrinário e jurisprudencial o alcance dos direitos fundamentais de primeira dimensão a esse grupo de indivíduos. O próprio Supremo Tribunal Federal, repetidas vezes, garantiu aos estrangeiros não-residentes o exercício de direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal, como na ocasião em que assegurou a possibilidade de impetração de mandado de segurança (STF, 2001) e possibilitou progressão de regime de cumprimento de pena (STF, 2009) a estrangeiros não-residentes.

Assim, diferentemente do caso da garantia do direito à saúde aos estrangeiros e dos direitos sociais como um todo (já que demandam investimento econômico estatal), o alcance universal dos direitos fundamentais de primeira dimensão mostra-se praticamente incontroverso na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Como explicado anteriormente, os direitos fundamentais não podem ser, via de regra, restringidos a certas categorias de indivíduos, sob pena de autoviolação. Entretanto, há legítimas exceções a essa regra, tratando-se dos casos em que o direito fundamental é radicado na cidadania brasileira, e não apenas no princípio da dignidade da pessoa humana, como explica Gonet Branco:

Alguns direitos fundamentais, contudo, por sua própria natureza, devem ser compreendidos com um alcance restrito aos nacionais. Assim, os direitos políticos pressupõem exatamente a nacionalidade brasileira. Direitos sociais, como o direito ao trabalho, igualmente podem ser compreendidos como não-inclusivos dos estrangeiros sem residência no país (BRANCO, 2000, p. 167-168).

Com isso, compreende-se que o princípio da universalidade dos direitos fundamentais não é absoluto, isto é, possui cerceamentos. Entretanto, tal limitação deve ser juridicamente justificada pela própria natureza do direito fundamental em questão – ou seja, quando sua garantia for condicionada à detenção de nacionalidade brasileira –, e não com fundamentos orçamentários e financeiros, como vem fazendo o Estado brasileiro.

Gonet Branco discorre acerca da exceção à regra da universalidade, versando sobre os direitos políticos como exemplo de direitos fundamentais legitimados pela nacionalidade brasileira, que além de legitimá-los, mostra-se como condição de obtenção a esses direitos.

Entretanto, o autor complementa seu raciocínio argumentando que os direitos sociais (entre eles, o direito à saúde) podem ser considerados como não-inclusivos aos estrangeiros não-residentes, uma vez que, nos termos do argumento trazido pelo doutrinador, o exercício de tais liberdades públicas também estaria condicionado à detenção de nacionalidade brasileira. Ainda segundo o autor, os estrangeiros não-residentes só receberiam resguardo jurídico da Constituição Federal quando se trata do âmbito dos direitos fundamentais de primeira dimensão (BRANCO, 2000, p. 167-168).

Tal argumentação mostra-se pouco convincente, uma vez que os direitos sociais são claramente radicados nos princípios da dignidade humana e do mínimo existencial (com ênfase à saúde, sem a qual o indivíduo é incapaz de viver dignamente), não sendo, por esse motivo, passíveis de restrições.

Como exemplo de decisão judicial com fins interpretativos acerca do alcance dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, com finalidade de garantia de direito à saúde a estrangeiro não-residente em caso concreto – de modo a contrariar o entendimento do doutrinador acima abordado –, encontra-se decisão tomada pelo TRF-4, o qual, ao deferir transplante de medula gratuito a estrangeiro não-residente, dá amplo alcance ao artigo 5º da Constituição Federal, interpretando que tal dispositivo assegura direitos e garantias fundamentais (inclusive, o direito à saúde) a qualquer indivíduo que esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição (TRF-4, 2006).

Já na seara doutrinária, embasando o argumento desta pesquisa de que o direito à saúde é radicado no princípio da dignidade humana, André Carvalho de Ramos discorre que há dois elementos caracterizadores da dignidade humana: o negativo (proibição de se impor tratamento ofensivo à dignidade do ser humano) e o positivo (promoção da dignidade humana por meio da existência de condições mínimas de sobrevivência) (RAMOS, 2014, p. 70).

Com isso, o Estado brasileiro detém dois deveres fundamentais para a garantia da dignidade humana, sendo um deles a limitação de sua ação estatal, agindo sem arbitrariedade e de modo a não violar tal dignidade, e o outro, a promoção da dignidade humana por meio da proteção ao mínimo existencial, ou seja, o conjunto de prestações mínimas, sem as quais o indivíduo é incapaz de viver com dignidade. Inegável é a relação intrínseca entre a saúde do indivíduo e seu mínimo existencial, estando, portanto, entre o rol de prestações devidas pelo Estado a fim de garantir a dignidade dos indivíduos.

É descabido argumentar que o direito à saúde possa ser restringido apenas a residentes pátrios, uma vez que não só estes são detentores do direito a viver dignamente, mas sim todo e qualquer indivíduo, que, uma vez tutelado por este direito-princípio, tem o direito de se beneficiar de prestações que visam a proteger seu mínimo existencial e, nesse caso, tem o Estado dever de garantir-lhe esses direitos.

5 CONCLUSÃO

É nítida a deliberada falta de comprometimento do Estado brasileiro com a garantia do direito à saúde aos estrangeiros, utilizando-se de argumentos financeiros para que esse direito legítimo seja negado. Entretanto, juridicamente, é absolutamente inconstitucional a restrição exercida a esse direito, restrição esta que, embora executada indiretamente por meio da eloquente omissão dos poderes, surte os efeitos desejados pelo Estado: apenas em casos emergenciais há manifestações da justiça brasileira em prol dos estrangeiros enfermos e prestação desse direito a esse grupo.

É descabido juridicamente negar esse direito ao conjunto de pessoas abordado, uma vez que não haveria privilégio em relação aos residentes, já que, assim como estes, estariam os não residentes sujeitos ao princípio da reserva do possível (ROTHENBURG, 2014, p. 82), regente do processo de prestação dos direitos sociais.

Assim, em suma, há flagrante inconstitucionalidade na omissão do Estado brasileiro no tocante à prestação do direito à saúde aos não residentes, já que, uma vez radicado no princípio da dignidade da pessoa humana, tal direito é absolutamente universal, sem possibilidade de restrições.

Com isso, apesar de membros do Poder Legislativo mostrarem-se comprometidos com o fim da citada omissão inconstitucional, com a ideia originária da Lei de Imigração, tal problema se manteve por meio dos vetos exercidos sobre a citada lei e, aparentemente, se estenderá por várias legislaturas, com a crescente onda xenófoba no mundo inteiro, a tendência conservadora do Congresso Nacional e a comodidade do Estado ao se livrar de mais pessoas tendo acesso à saúde pública brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Selma Maffei de et al. **Bases da saúde coletiva**. 2.ed. Londrina: EDUEL, 2017. 578 p.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: VERBATIM, 2016. 655 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 322 p.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Estatuto do Estrangeiro**. Brasília, DF, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Brasília, DF, 1990b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. **Lei de Imigração**. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html> Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. **Mensagem n. 163**, de 24 de maio de 2017. Diário Oficial da União 25/05/2017. Brasília, DF, 2017b. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html> Acesso em: 29 ago. 2018.

NOVO, Benigno Núñez. **Migração na visão da nova lei**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF: 03 abr. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590518&seo=1> Acesso em: 29 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 782 p.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: SARAIVA, 2017. 728 p.

POLIGNANO, M. V. **História das políticas de saúde no Brasil:** Uma pequena revisão.

Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso. Disponível em:

[http://www.saude.mt.gov.br/upload/documento/16/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-\[16-030112-SES-MT\].pdf](http://www.saude.mt.gov.br/upload/documento/16/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-[16-030112-SES-MT].pdf) Acesso em: 29 de ago. 2018.

POSSAS, Cristina de Albuquerque. **Saúde e trabalho:** a crise da previdência social. 1 ed. Rio de Janeiro: Graal. 1981. 324 p.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 1 ed. São Paulo: SARAIVA, 2014. 656 p.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais.** 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2014. 282 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

SOUZA, Larissa Santos. **Acesso ao Sistema Único de Saúde Pelo Estrangeiro.** 61 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

STF. **Habeas Corpus:** HC 97.147 MT. Relatora: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 04/08/2009.

STF. **Recurso Extraordinário:** RE 215.267, Primeira Turma. Relatora: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 25/05/2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2012. 1426 p.

TJ-SP. **Apelação:** APL: 00076662420078260223 SP 0007666-24.2007.8.26.0223. SP. Relator: SALLES VIEIRA. Data de Julgamento: 04/12/2014.

TRF-4. **Agravo de Instrumento:** AG 32610 PR 2005.04.01.032610-6. PR. Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 29/08/2006.

TRF-4. **Apelação/Reexame Necessário:** APELREEX 7108 PR 2006.70.02.007108-9. PR. Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 09/12/2009.

OS CONTRATOS ELETRÔNICOS E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES: UMA ANÁLISE CRÍTICA COM BASE NO DECRETO FEDERAL 7.962/2013

*Lucas da Silva São Thiago**

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto o estudo do descumprimento das legislações (Lei nº 8.070/90 e Decreto Federal 7.962/2013) que regulam a contratação eletrônica, bem como os prejuízos ocasionados aos consumidores, realizando, ainda, uma análise crítica do Decreto Federal 7.962/2013 e da efetividade da proteção do cyberconsumidor. Neste sentido, inicialmente foi traçado um breve panorama histórico do desenvolvimento do e-commerce, analisando as características gerais e específicas dessa forma de contratação, bem como elencando os principais danos que são gerados aos consumidores. Explanou-se também acerca da vulnerabilidade acentuada do consumidor no comércio eletrônico, da mesma maneira que foi feita análise acerca dos dispositivos presentes no supracitado texto normativo. Por fim, buscou-se avaliar a eficiência da proteção do consumidor na contratação eletrônica. No que tange à metodologia, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, através de uma análise qualitativa e mediante pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio Eletrônico; Consumidores; Efetividade.

ABSTRACT: The present work has as its object the study of non-compliance with the laws (Law nº 8.070/90 and Federal Decree 7.962/2013) that regulate electronic contracting, as well as the losses caused to consumers, also carrying out a critical analysis of Federal Decree 7.962/2013 and the effectiveness of cyberconsumer protection. In this sense, it was initially a brief historical panorama of the development of e-commerce, analyzing the general and specific characteristics of this form of transaction, as well as listing the main damages that are caused to consumers. There was also an explanation of the marked vulnerability of the consumer in e-commerce, just as analysis was made of the devices present in the aforementioned normative text. Finally, we sought to evaluate the effectiveness of consumer protection in electronic contracting. Regarding the methodology, the hypothetical-deductive method was used, through a qualitative analysis and through bibliographical and documentary research.

KEYWORDS: E-Commerce; Consumers; Effectiveness.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento Do Comércio Eletrônico. 3 Conceito de E-Commerce e Características Gerais desses Contratos. 3.1 Características Específicas. 3.2 A Vulnerabilidade Acentuada do Consumidor na Comercialização Eletrônica. 4 Principais Problemas Detectados. 5 A Regulação do Comércio Eletrônico no Brasil. 5.1 Uma Análise Crítica do Decreto Federal 7.962/2013. 5.2 A Efetiva Proteção Do

* Graduando de Direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: lucassaothiago@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos nas searas de informação e comunicação, em especial, a concepção da *internet*, a passagem de dados se tornou muito mais abrangente e veloz. Tal fato contribuiu para que surgissem plataformas *online* que transacionassem produtos e serviços para o mercado de consumo, ensejando o desenvolvimento do comércio eletrônico. Também conhecido como *e-commerce*, esse tipo de comercialização vem crescendo e aumentando sua abrangência cada vez mais, visto que, tem-se visualizado um tendente aumento do uso da *internet* para a aquisição de bens de consumo, em virtude dos benefícios que essa forma de contratação traz para os ambas as partes (consumidor e fornecedor).

Acerca desses benefícios, tem-se a redução de custos, uma vez que os fornecedores não precisam manter estabelecimentos físicos para fins de venda. Ademais, estes passaram a ter atuação em outras esferas, chegando, inclusive, a atingir espaço no mercado de consumo de outros países. Por outro lado, os denominados *cybeconsumidores*, que nada mais são do que pessoas físicas ou jurídicas, que adquirem produtos ou serviços por meio da *internet* ou através das telecomunicações, conseguem por meio do *e-commerce* fazer pesquisas sobre os múltiplos bens existentes e adquiri-los com maior rapidez, sem necessitar se deslocar.

Nesse sentido, cumpre salientar que, em contrapartida aos resultados positivos vislumbrados, o comércio eletrônico não só agravou problemas existentes no âmbito contratual geral e específicos do setor, como também fez surgir novas complicações, que vem gerando prejuízos para os consumidores. No que tange aos aspectos problemáticos, destacam-se os atinentes às informações prestadas, não só o fornecedor, como também acerca dos produtos e/ou serviços, ao descumprimento contratual, a existência de cláusulas contratuais abusivas e desrespeito ao direito de arrependimento.

Diante desse cenário, buscou-se, no Brasil, a concepção de projetos de leis destinados à regulamentação do tema, com o objetivo de proteger melhor os interesses e os direitos dos consumidores, a exemplo do Decreto Federal n. 7.962, editado em 15 de março de 2013, que regulamentou a Lei n. 8.078/90, dispondo sobre a contratação no comércio eletrônico. No entanto, uma análise crítica do panorama normativo atinente ao *e-commerce* revela que muito ainda deve ser feito para que se conquiste a efetiva proteção do *cybersomumidor*.

É a partir deste quadro que objetiva-se, por meio do presente trabalho, identificar as formas de descumprimento dos contratos eletrônicos firmados pelos consumidores, diante das normas previstas pelo Decreto Federal n. 7.962/13 e pela Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), bem como analisar, de forma crítica, as disposições presentes no Decreto Federal supracitado, avaliando, também a efetividade da proteção do consumidor frente a contratação eletrônica.

2 DESENVOLVIMENTO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Com a terceira revolução industrial, ocorrida em meados do século XX, surge um processo de intenso investimento e criação de tecnologia eletrônica, fato este que, não só impactou a indústria da época, como também modificou, de forma substancial, a própria dinâmica da sociedade. Neste contexto, destaca-se o advento dos computadores e, em especial, da *internet* (abreviação de *interconnected networks*), ou seja, de uma “rede constituída por uma multiplicidade de computadores localizados no mundo inteiro que estão conectados entre si e se comunicam através de um conjunto de protocolos” (SILVA, 2014, p. 19-77).

Entretanto, urge salientar que esse processo, por sua vez, ganha relevo após a popularização, isto é, oferta em massa e a preços acessíveis, desse novo meio tecnológico. Tal fato ocorreu durante a década de 1990, a partir da comercialização deste serviço, acrescido da utilização de provedores que permitiam a possibilidade de prestações *online*, como hospedagem de *sites*, utilização de mecanismos de buscas, armazenamento de arquivos em nuvem, *e-mails*, etc. Neste sentido, dispõe Testa Correia que a *internet* possibilitou a transferência de “informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando em novos mecanismos de relacionamentos” (SILVA, 2014, p. 19-77).

No que tange ao século XXI, o panorama o qual o mundo se encontra é de intensas modificações e formação de novas tendências. A transição de informações proporcionada pela globalização acarretou uma intensa troca de informações e tecnologias. Hodiernamente, não se comporta mais a possibilidade de se viver em um mundo “desconectado”, sem qualquer interação tecnológica. Acerca dessa constatação, as empresas passaram a ver o comércio eletrônico como sendo ferramenta basilar para desenvolver seus empreendimentos.

Sendo assim, é a partir dessa nova forma de se relacionar, que esse sistema será utilizado como um dos principais meios de contratação, “passando a figurar como meio à ampla disposição dos consumidores para a aquisição de bens corpóreos ou incorpóreos ou

serviços, a título oneroso, ganhando foro de verdadeiro mercado” (MARTINS, 2016, p. 26). Dessa forma, o que inicialmente tinha a função de mera comunicação, se torna um potente mecanismo para transações comerciais e, conseqüentemente, para as relações de consumo. Surge, então, o que passou a ser conhecido como comércio eletrônico. Por fim, ressalta-se que, no âmbito da metodologia, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, por meio de uma análise qualitativa e através dos procedimentos de pesquisa bibliográfico e documental.

3 CONCEITO DE E-COMMERCE E CARACTERÍSTICAS GERAIS DESSES CONTRATOS

O comércio eletrônico, ou também conhecido como *e-commerce*, é classificado por Cláudia Lima Marques como sendo “uma das modalidades de contratação não presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico” (MARTINS, 2016, p. 33). Nesse sentido, o contrato eletrônico constitui um “vínculo que advém de uma conjugação de vontades ocorrido entre dois ou mais sujeitos que se comunicam através da *internet*, com o objetivo de constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica de natureza patrimonial” (MARQUES, 2004, p. 38).

Sendo uma forma de contratar, cumpre trazer os aspectos atinentes a esta modalidade, entretanto, cabe ainda ressaltar dois pontos: o primeiro é que a contratação eletrônica, aqui analisada, diz respeito à aquela realizada nas relações de consumo; o segundo ponto é que, tendo em vista as particularidades dessa forma de contratação, ela apresentará características próprias, sendo, de suma importância, distingui-las. Neste sentido, primando por um viés pedagógico, tais aspectos contratuais serão divididos em duas vertentes, uma que versará sobre os atributos gerais, e, posteriormente, analisar-se-ão os fatores próprios.

Cumpre dispor que esta espécie de contrato é classificada como bilateral, ou seja, se constitui por meio de um concurso de vontades, apresentando, no mínimo, duas pessoas. Cabe salientar que, a bilateralidade não diz respeito apenas à vontade, assim como dispõe acerca de reciprocidade das obrigações, isto é, o negócio jurídico cria para as partes pactuantes direitos e deveres, que devem ser obedecidos para que se tenha não só o respeito à boa-fé objetiva, como também a manutenção do sinalagma contratual, questões essenciais para a validade de um contrato.

A onerosidade também é elemento característico. Sendo assim, dispõe Orlando Gomes que o contrato oneroso “é aquele em que cada uma das partes visa a obter uma vantagem”, sendo que esta, por sua vez, “é obtida corresponde de sua parte um sacrifício, consistente na

diminuição do patrimônio, embora compensado subjetivamente” (GOMES, 2007, p. 87). Sendo assim, a onerosidade não pode se dar de forma excessiva, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor corrobora com esse entendimento, ao dispor em seu art. 51, inciso IV, a impossibilidade de existência de cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Por fim, esses contratos são classificados como “de adesão”, ou seja, se perfazem como sendo aqueles cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente, isto é, “não comportam negociações entre as partes. Os termos já se encontram cristalizados, disponíveis apenas à leitura e aceitação, ou não, pelo oblató” (BEHRENS, 2014, p. 233). Cláudia Lima Marques (2016, p. 78) ainda esclarece que esta imposição se dá “pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito”.

3.1 Características Específicas

No que tange às características específicas da contratação mediante comercialização eletrônica, há algumas particularidades que carecem de ser apuradas. Inicialmente, cumpre salientar que tais contratos se perfazem entre ausentes, ou seja, não há um contato/interação direta entre o consumidor e o fornecedor. Isto se dá, pois, os acordos firmados ocorrem a distância, por meio da intermediação da *internet*, dos meios de telecomunicações ou dos endereços eletrônicos. Acerca do assunto ressalta-se que esses contratos são tidos como “contratos desumanizados” [...]. Seriam contratos em que o fornecedor não teria mais ‘rostó’, não mais apareceria (ou poderia mesmo não existir) fisicamente ou territorialmente, pois alguns fornecedores globais são redes de distribuição sem sede fixa” (MARQUES, 2016, p. 119).

Este último ponto (a inexistência de uma sede fixa) figura igualmente como um dos atributos do comércio eletrônico. A desterritorialização é gradativamente acentuada, uma vez que “a evolução dos meios de comunicação e transmissão de dados contribui para a superação de fronteiras e encurtamento de distâncias, fornecedores de todo o mundo podem alcançar consumidores de todo o mundo” (BEHRENS, 2014, p. 233). Há ainda de se considerar o fato de que constituir uma sede fixa não mais é interessante para os negócios, seja porque alguns fornecedores consideram que os custos são maiores do que o simples fato de manter um depósito, ou devido ao fato do consumidor estar se mostrando cada vez mais tendente a adquirir os bens e serviços os quais deseja sem necessitar se deslocar.

Como já aduzido, para que ocorra contratação, se faz necessária a manifestação e comunhão de vontade entre as partes. Neste sentido, cumpre destacar que, na contratação por meio do *e-commerce*, essa manifestação é simplificada de forma extrema, visto que a aquisição do produto ou serviço se dá, simplesmente, com a disposição de alguns cliques. A isso, dispõe Laís de Araújo Primo, foi “denominado por Caitlhin Mulholland de *click-wrap agréments* ou *point and click contracts* – que equivale ao termo de adesão” (PRIMO, 2012, p. 246), resultando assim na perfeição do negócio jurídico. Tal fato, por sua vez, deve ser analisado de forma cuidadosa, visto que, conforme aduz a aludida autora, esta praticidade pode gerar a ocorrência de erros na emissão da vontade.

3.2 A Vulnerabilidade acentuada do Consumidor na Comercialização Eletrônica

O consumidor “será presumivelmente considerado vulnerável frente ao fornecedor, tendo em vista que este último é quem controla a produção, o mercado, determina o público alvo e estabelece os preços (margens de lucro)”(CARVALHO, 2007), ou seja, a vulnerabilidade do polo passivo é requisito essencial para que se figure uma relação de consumo, sendo tal entendimento, inclusive, previsto na própria Lei 8.078 de 1990, mais especificamente em seu artigo 4º, inciso I

¹. Ocorre que, atinente ao *e-commerce*, e, tendo em vista as particularidades dessa modalidade de contratação, a vulnerabilidade do consumidor é acentuada. Neste sentido, “se, na contratação física, é intrínseca a fragilidade do consumidor, no mundo virtual, a imaterialidade, a atemporalidade e a desterritorialização dos contratos *online* acentuam essa posição” (LIMA, 2014, p. 100-101). Sendo assim, no que tange a esse tipo de transação, deve haver uma necessária atenção por parte da sociedade e, em especial, dos órgãos de aplicação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

Essa vulnerabilidade ocorre por vários motivos, devido ao analfabetismo digital, ou seja, pessoas que não conseguem compreender e interagir no âmbito digital e, dessa forma, são mais suscetíveis de serem enganadas; ao fato de o fornecedor ter a possibilidade de acessar “à intimidade do consumidor, uma vez que a sua publicidade passa a ser feita diretamente no domicílio” (BEHRENS, 2014, p. 233). A dificuldade de localização geográfica do fornecedor, que, por vezes, não dispõe de um estabelecimento físico, acrescida a impessoalidade da relação, já que nem sempre os fornecedores prestam informações

¹ Art. 4º “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

adequadas em seus perfis comerciais *online*, ampliam a adversidade que os consumidores apresentam de se verificar, adequadamente, a pessoa com a qual estão transacionando, dessa forma “a inexistência de contato pessoal entre o consumidor e o fornecedor, assim como a dificuldade do consumidor aferir a idoneidade e honestidade do fornecedor” (MIRAGEM, 2016, p. 556) geram insegurança e desconfiança.

Também há de se falar das empresas estrangeiras, que, por meio da *internet*, tem uma maior facilidade de adentrarem no mercado brasileiro para fins de escoação de seus produtos e serviços. Neste sentido, existe um grande receio, não só acerca de qual das legislações (nacional ou estrangeira) seria aplicada em caso de eventuais litígios judiciais, como também pela dificuldade que há em se há de buscar a responsabilização nas relações as quais um dos sujeitos é sediado no exterior.

Entretanto, a principal preocupação se dá pelo fato destas contratações envolverem uma “alta complexidade técnica, que foge ao alcance do indivíduo comum, que desconhece seus melindres e macetes” (MIRAGEM, 2016, p. 314). Dessa forma, há, justificadamente, uma grande desconfiança por parte dos consumidores ao utilizarem tais meios para contratar, visto que, apesar da *internet* não se figurar como uma “terra sem lei”, ainda há muita facilidade em cometer ilícitos e sair impune, principalmente por aqueles que munidos de conhecimentos especializados em informática, modificam dispositivos e programas tecnológicos para a prática de crimes.

4 PRINCIPAIS PROBLEMAS DETECTADOS

Conforme já elucidado, o *e-commerce* modificou significativamente a forma de contratar, trazendo diversos avanços nesta seara, em especial, à facilidade, abrangência e velocidade das transações efetuadas. Tais avanços, por sua vez, acabaram por gerar impactos negativos, atinentes à potencialização da vulnerabilidade dos consumidores frente às contratações eletrônicas, bem como fazendo surgir situações inconvenientes. Dessa forma, cumpre, agora, analisar quais são os principais problemas enfrentados pela classe consumerista nesta modalidade de contratação.

A entrega de produtos em desconformidade com as especificações divulgadas nos perfis e portais comerciais, ou até mesmo a divulgação a partir de poucas imagens, e, por vezes, em baixa resolução, dificultando, assim, que o *cyberconsumidor* possa ter a real noção das características de um determinado produto, é um dos infortúnios enfrentados, se

concretizando, segundo Flora Deane (2014, p. 243), como sendo uma das principais dificuldades encontradas pelos consumidores no que tange as transações eletrônicas.

Situação semelhante ocorre com os serviços que não descrevem de maneira adequada a forma como serão executados, ou ainda, que prometem um dado resultado, mas, ao fim, geram frutos aquém da expectativa construída. Há também casos extremos, em que o fornecedor, dotado de má-fé, deixa de divulgar informações essenciais do produto/serviço. Estas situações se dão justamente pela impossibilidade que há em averiguar adequadamente as informações que são passadas pelos sites ou via *telemarketing*.

Como consequência da desterritorialização, os acordos são firmados a distância, dessa forma, surge como um dos deveres do fornecedor a entrega do produto e/ou serviço. Neste âmbito, ocorrem “várias hipóteses de vício por inadequação consistentes em atraso ou não entrega do produto ou serviço” (LIMA, 2014, p. 110). Esse fato ainda se vê agravado no que tange a comercialização com fornecedores estrangeiros que não apresentam representação no território nacional, já que, além do comprador não se ver protegido pela legislação consumerista brasileira, existe uma maior chance de perda ou extravio.

Outros problemas detectados dizem respeito à existência de cláusulas contratuais abusivas “que exoneram os sites intermediadores, [...] dificuldades dos consumidores para exercerem seu direito de arrependimento ou trocarem um produto viciado, ausência de resposta das empresas para solução dos problemas dos consumidores” (LIMA, 2014, p. 110). Tais ações, por sua vez, se concretizam como manifesta violação à boa-fé objetiva (SILVA, 2007, p. 35), princípio positivado no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso III² e 51, inciso IV³. Nesse sentido cumpre salientar que “a cláusula geral da boa-fé objetiva existe para frear a abusividade contratual” (RIBEIRO, 2014, p. 243), se constituindo como preceito de conduta basilar no ordenamento jurídico pátrio.

² “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

³ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

5 A REGULAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO NO BRASIL

Diante da vulnerabilidade e dos problemas detectados nas relações eletrônicas, exsurge um grande esforço legislativo para editar, complementar, e dessa forma, atualizar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Esse esforço visa fortalecer a “dimensão da confiança, efetividade e segurança jurídica do CDC” (SANTOLIM, 2012, p. 74). Diante do exposto, surgem diversas propostas legislativas, tanto no âmbito do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 243, de 2014) quanto na esfera da Câmara dos Deputados (PL 3514/2015, PL 4906/2001, PL 9754/2018, PL 4.786/2016, PL 3200/2012, PL 104/2011 e PL 1589/1999).

5.1 Uma Análise Crítica do Decreto Federal 7.962/2013

Frente aos vários esforços legislativos, destaca-se o Decreto Federal 7.962 de 2013, editado no dia 15 de março pela Presidência da República, que traz disposições acerca da contratação no comércio eletrônico e, por sua vez, acaba de forma secundária dispondo igualmente sobre questões atinentes a Lei 8.078/90. Tal entendimento, é, inclusive, o que se encontra disposto no primeiro artigo⁴ da supracitada legislação. Reforça ainda os dispostos presentes no CDC, uma vez que versa sobre o atendimento facilitado do consumidor, direito de arrependimento e obrigatoriedade da existência de informações claras acerca do produto, serviço e fornecedor.

No que tange ao artigo 2º⁵, são elencadas “informações a serem obrigatoriamente prestadas pelos fornecedores no meio eletrônico, de modo a prevenir possíveis fraudes e garantir, em certos casos, sua própria existência” (BEHRENS, 2014, p. 216). Neste sentido, cumpre ressaltar que o Decreto reafirma algumas disposições que já se encontram presentes no CDC, é o caso da exigência de divulgação das características essenciais do produto ou do serviço (inciso III), das informações claras e ostensivas a respeito de restrições na oferta (inciso VI), das condições da oferta (inciso V) e das restrições quanto a fruição (inciso VI) .

⁴ “Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos: I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; II - atendimento facilitado ao consumidor; e III - respeito ao direito de arrependimento”.

⁵ “Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta”.

A novidade deste dispositivo, se dá pela necessidade do fornecedor trazer, de forma fácil e acessível, o nome empresarial, CNPJ, endereço físico e eletrônico, bem como a localização e forma de contato (incisos I e II). Busca-se resolver o problema atinente a dificuldade que os consumidores têm de localizar o fornecedor para demandá-lo, tanto para tiragem de dúvidas, devoluções e reclamações, quanto na esfera da responsabilização civil por danos causados. Outro avanço se deu pelo artigo 3^o, que “foi pioneiro ao abranger as compras coletivas e modalidades análogas de contratação” (BEHRENS, 2014, p. 218)., trazendo ainda, em seus incisos, um rol de informações complementares a aquelas dispostas pelo artigo 2^o do Decreto.

Com relação ao artigo 4^o, Fabio Schwartz (2013, p. 239) dispõe que “trouxo um novo direito para o consumidor, o qual não consta entre os direitos básicos arrolados no art. 6^o do CDC, [...] a saber: o direito ao atendimento facilitado no comércio eletrônico”. Ou seja, cabe ao fornecedor não trazer empecilhos às formas de contato do consumidor, devendo “se preocupar em remover toda e qualquer barreira de comunicação” (SCHWARTZ, 2013, p. 239), bem como impõe “o dever de disponibilizar o instrumento contratual para conservação do consumidor, devendo ainda organizar e manter serviços de atendimento eficientes por meio eletrônico” (MIRAGEM, 2016, p. 303)..

O artigo 5^o⁷, por sua vez, reforça o disposto do art. 49 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, atinente à possibilidade do consumidor se arrepender dos produtos e serviços que adquiriu fora do estabelecimento comercial. Neste sentido, destaca-se o 1^o e 2^o, que, respectivamente, concedem ao consumidor a opção de “exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados”, ao passo que exoneram o mesmo de quaisquer ônus atinentes aos contratos acessórios, em casos de exercício do direito de arrependimento.

⁶ “Art. 3^o Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2^o, as seguintes: I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2^o”.

⁷ “Art. 5^o O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. § 1^o O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados. § 2^o O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor. § 3^o O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que: I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado. § 4^o O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento”.

Acerca do artigo 6º⁸, este trata da obrigação de se executar os serviços contratados e cumprimento dos prazos de entrega. O artigo 7º⁹, por sua vez, versa sobre a aplicação das sanções dispostas no art. 56 do CDC em caso de violação dos regulamentos presentes no Decreto Federal. Ocorre que tais dispositivos foram trazidos meramente para reforçar disposições já abarcados pela Lei 8.078/90, visto que a própria legislação consumerista já dispõe sobre tais temáticas em seu microsistema normativo.

Logo, em um quadro geral, o que se observa do Decreto Federal nº 7.962 de 2013 é que o referido dispositivo legal traz algumas importantes disposições para fins de proteção do consumidor no âmbito da contratação eletrônica, a exemplo das obrigações relativas ao atendimento facilitado do consumidor. No entanto, é importante dispor que outros apontamentos, *vide* o direito de arrependimento e a necessidade de informações claras acerca do produto, serviço e fornecedor, em sua grande maioria, já se encontravam amparados pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo questionável a sua ratificação pelo referido ato normativo. Por fim, ressalta-se que o Decreto deixou de regulamentar questões importantes, que deveriam trazer maiores esclarecimentos para as transações de compra e venda coletivas, ou ainda, condições de efetividade ou sanções mais adequadas para as peculiaridades do modelo de contratação virtual.

5.2 A Efetiva Proteção do Consumidor no *E-Commerce*

O crescimento do comércio eletrônico no Brasil é cada vez mais acentuado. De acordo com estimativa feita pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm), tem-se que o volume de vendas atinentes à comercialização eletrônica deve movimentar cerca de 106 bilhões de reais no ano de 2020 (ASSOCIAÇÃO, 2020), se mostrando, segundo o Estudo do Movimento Compre&Confie em parceria com ABComm, com uma projeção de crescimento de 56,8% em comparação com o resultado alcançado em 2019 (ASSOCIAÇÃO, 2021). Esse gradual crescimento, que apresentou um impulsionamento maior em 2020 em decorrência da pandemia do novo coronavírus (FERNANDES, 2020), representa um contingente total de 342 milhões de pedidos efetuados até o final do de 2020, em comparação aos 265 milhões efetuados em 2019 (COMÉRCIO..., 2019).

Diante de tal perspectiva de crescimento, se visualiza uma necessidade em se trazer regras específicas acerca da matéria, criando, assim, uma regulação que permita a proteção

⁸ “Art. 6º As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação”.

⁹ “Art. 7º A inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 1990”.

dos *cyberconsumidores*. Neste sentido, e como já aludido anteriormente, existem várias propostas que visam a normatização do comércio eletrônico no Brasil. Ocorre, pois, que a promulgação de novos textos legislativos que versem sobre *e-commerce*, a exemplo dos Projetos de Lei nº 3.514/2015 e 4.786/2016, apesar de importantes, não se mostram suficientes para a efetiva proteção do consumidor.

Acerca do conceito de efetividade, tem-se a definição de Ana Lúcia Sabadell (2013, p. 61), que a traz como sendo o “grau de cumprimento da norma dentro da prática social”. A autora dispõe ainda que “uma norma é considerada socialmente eficaz quando é respeitada por seus destinatários ou quando a sua violação é efetivamente punida pelo Estado” (SABADELL, 2013, p. 61). Nesse sentido e de forma complementar, o autor e jurista Miguel Reale prevê que o direito autêntico “não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz” (REALE, 1995, p. 113).

Há, no Brasil, infelizmente, a errônea concepção de que os problemas serão resolvidos mediante produção legislativa. Dessa forma, o que vem sendo observado é que “as leis não surgem após um tempo de reflexão para atender questões pensadas, mas são leis casuísticas que atingem diretamente um problema momentâneo, não regulando na essência questões que precisam ser reguladas” (CARVALHO, 2008). Neste sentido, atinente à temática de comercialização eletrônica na seara das relações consumeristas, tem-se várias propostas (no âmbito do Senado Federal, o Projeto de Lei do Senado nº 243, de 2014, já na esfera da Câmara do Deputados os PL 3514/2015, 4906/2001, 9754/2018, 4.786/2016, 3200/2012, 104/2011 e 1589/1999), que evidenciam uma excessiva criação de leis, sem haver, entretanto, um maior cuidado em sua elaboração, visto que, além de atecnias, existem várias disposições que trazem concepções já abarcadas pelo CDC.

Um exemplo dessa ausência de efetividade se deu no julgamento do Recurso Especial nº 1737428/RS (Superior Tribunal de Justiça, 2019), proposto pela Associação de Defesa dos Consumidores do Rio Grande do Sul (ADECONRS) em face do Ingresso rápido promoções LTDA e de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual o Superior Tribunal de Justiça entendeu, no dia 12 de março de 2019, pela ilegalidade da cobrança de taxa de conveniência nas vendas de ingressos para eventos de cunho artístico e/ou cultural que ocorressem por meio da *internet*, visto que a cobrança se configuraria como venda casada, prática abusiva expressamente vedada pelo Códex consumerista em seu artigo 39, inciso I. No entanto,

apesar da decisão ter sua validade e vinculação em todo território nacional, é facilmente verificável nos dias de hoje que a mesma não vem sendo obedecida.

Observa-se que, no âmbito do direito do consumidor, as normas, ainda que presentes e válidas não são respeitadas. Os casos de violações nas relações consumeristas não diminuem, e por isso, há um grande receio de que, nas transações realizadas por meio do *e-commerce*, as legislações venham a sofrer da mesma ineficácia, ou ainda pior, que a mesma seja agravada. Nesse sentido, dispõe Nikolas Luhmann (apud MARQUES, 2006, p. 9-59) que, em sociedades que apresentam um alto nível de complexidade, “quando os mecanismos de interação pessoal ou institucional, para assegurar a confiança básica na atuação não são mais suficientes, pode aparecer uma generalizada ‘crise de confiança’ também na efetividade do próprio Direito”.

6 CONCLUSÃO

Com o advento das novas tecnologias de comunicação, em especial com o desenvolvimento da *internet* e dos computadores, a dinâmica da sociedade foi modificada de forma substancial. Nesse sentido, surge e se desenvolve a comercialização eletrônica, meio rápido e prático de se comercializar, visto que há para os *cyberconsumidores* uma grande comodidade, já que não necessitam mais sair de suas moradias para procurar bens os quais querem adquirir. Ocorre que, apesar de trazer benefícios, as características intrínsecas dessa forma de contratação (desterritorialização, despersonalização e atemporalidade), acarretam em problemas ao consumidor, levando a uma crise de confiança.

Apesar da situação acima descrita, o comércio eletrônico vem crescendo ainda mais no Brasil, fazendo com que os entes públicos e legisladores despertassem uma preocupação acerca da temática, buscando, dessa forma, regulá-la. Uma dessas iniciativas se deu pela instituição do Decreto Federal 7.962 de 2013, texto normativo que traz excelentes disposições iniciais acerca da comercialização eletrônica nas relações de consumo. Não obstante esse avanço, se visualizam diversas propostas legislativas sendo analisadas, todavia, a maioria das mesmas não inova na temática, servindo meramente como repetições de dispositivos já postos, em especial no Código de Defesa do Consumidor.

Diante do exposto, se visualiza uma necessidade de se pensar a matéria em sua essência, visto que volume de leis não expressa qualidade. Nesse sentido, percebe-se, no Brasil, uma tendência a acreditar que os problemas serão resolvidos mediante promulgações de leis, fato este que se mostra como uma inverdade, a exemplo do próprio Código de Defesa

do Consumidor, que, datado de 1990, que se vê aplicável inclusive em diversos aspectos atinentes ao *e-commerce*, ou ainda na Carta Magna norte americana, cuja texto constitucional sofreu algumas adequações, porém continua em vigor por mais de dois séculos.

Dessa forma, a fim de alcançar a efetividade das normas consumeristas atinentes à comercialização eletrônica, deve-se concentrar o esforço legislativo, buscando pensar o problema em seu âmago, analisando o passado e o presente, para assim tentar conceber as tendências do futuro. Cumpre ainda, difundir, por meio de educação popular, questões relativas à temática, com o intuito de dar um maior enfoque ao direito preventivo, bem como ensinar à população como visualizar a ocorrência de práticas abusivas e o que fazer para se defender. Por fim, se faz necessário, potencializar a fiscalização do cumprimento das normas, inclusive, por meio do controle parlamentar, uma vez que a função deste não se resume apenas à apresentação de projetos de lei, reformas legislativas, ou emendas à Constituição.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. *Comércio eletrônico deve crescer 18% em 2020 e movimentar R\$ 106 bilhões*. 2019. [S.l.]. Disponível em: <https://abcomm.org/noticias/comercio-eletronico-deve-crescer-18-em-2020-e-movimentar-r-106-bilhoes/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *Faturamento do e-commerce cresce 56,8% neste ano e chega a R\$ 41,92 bilhões*. [S.l.]. 2020. Disponível em: <https://abcomm.org/noticias/faturamento-do-e-commerce-cresce-568-neste-ano-e-chega-a-r-4192-bilhoes/>. Acessado em: 22 mar. 2021.

BEHRENS, Yan West. Descumprimento dos contratos eletrônicos por empresas sediadas no exterior: responsabilidade em face dos prejuízos gerados para os consumidores brasileiros. *In*: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; SOUZA, Bruno Moitinho Andrade de; FELIPE, Rafael Luengo (orgs.). *Comércio eletrônico de produtos e serviços: uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores*. Salvador: Editora Paginae, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.737.428/RS*. Terceira Turma. Ação coletiva de consumo. Direito do consumidor. Espetáculos culturais. Disponibilização de ingressos na internet. Cobrança de "taxa de conveniência". Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não indicação. Súmula 284/STF. Proteção do consumidor. Cláusulas abertas e princípios. Boa fé objetiva. Lesão enorme. Abusividade das cláusulas.

Venda casada ("*tying arrangement*"). Ofensa à liberdade de contratar. Transferência de riscos do empreendimento. Desproporcionalidade das vantagens. Dano moral coletivo. Lesão ao patrimônio imaterial da coletividade. Gravidade e intolerância. Inocorrência. Sentença. Efeitos. Validade. Todo o território nacional. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ, 15 de março de 2019.

_____. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DJ, 12 de setembro de 1990.

_____. *Decreto Federal 7.962, de 15 de março de 2013*. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília, DJ, 15 de março de 2013.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. Não é necessário fazer novas leis, apenas cumprir as existentes. *Consultor Jurídico*. 24 de setembro de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-set-24/nao_necessario_novas_leis_apenas_cumprir_existentes.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Direito do Consumidor: Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

COMÉRCIO eletrônico deve crescer 16% no País em 2019, prevê ABComm. *E-commerce Brasil*. 18 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/comercio-eletronico-deve-crescer-16-no-pais-em-2019-preve-abcomm/>.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos Jurídicos da Internet*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

FERNANDES, Dinalva. Impulsionada pela pandemia, expansão do e-commerce chega a 40% ao ano. 27 ago. 2020. *E-commerce Brasil*. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/impulsionada-expansao-ecommerce-coronavirus/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. ampl., atual., e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 87.

LIMA, Camila Mello e. Comércio Eletrônico: principais práticas abusivas e a imprescindível proteção do consumidor à luz da Constituição Federal e do CDC. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; SOUZA, Bruno Moitinho Andrade de; FELIPE, Rafael Luengo (orgs.). *Comércio eletrônico de produtos e serviços: uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores*. Salvador: Editora Paginae, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no novo código de defesa do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*. v. 57, jan/mar. 2006.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas. 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

PRIMO, Laís de Araújo. O comércio eletrônico de consumo e a responsabilidade civil dos envolvidos. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. *Garantias legal e contratual dos bens de consumo*. Salvador: Editora Paginae, 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 22. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

RIBEIRO, Flora Deane Santos. Contratos de compras coletivas: uma análise crítica do seu descumprimento à luz da boa-fé objetiva e da solidariedade da cadeia de fornecimento. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; SOUZA, Bruno Moitinho Andrade de; FELIPE, Rafael Luengo (orgs.). *Comércio eletrônico de produtos e serviços: uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores*. Salvador: Editora Paginae, 2014.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOLIM, César. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*. v. 83. jul/set. ano 21. 2012.

SCHWARTZ, Fabio. *Direito do Consumidor: tópicos & controvérsias*. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2013.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Comercio eletrônico de produtos e serviços: uma análise crítica acerca do Decreto Federal nº 7.962/2013 diante das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores. *In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da; SOUZA, Bruno Moitinho Andrade de; FELIPE, Rafael Luengo (orgs.). Comércio eletrônico de produtos e serviços: uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores*. Salvador: Editora Paginae, 2014.

ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS COMO AGENTES DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

*José Levi Corrêa Carneiro dos Santos**

*Marcelo Gazzineo Sanches***

RESUMO: O presente estudo possui o condão de trazer para discussão a existência de um terceiro setor do Direito Internacional Ambiental, representado por organizações não governamentais de proteção do meio ambiente, trazendo a evolução histórica de sua atuação e conceitos gerais para que se possa entender qual posição tais organizações ocupariam em âmbito internacional, bem como verificar a eficácia de suas ações dentro da ordem constitucional brasileira e analisar se tratar-se-iam, mesmo sendo privadas, de organizações relacionadas ao interesse público. Se faz mister destacar o caráter descritivo da pesquisa, focando em analisar os fenômenos mencionados e buscar descrevê-los para seu melhor entendimento dentro do processo evolutivo das relações do Direito Internacional Ambiental.

ABSTRACT: The present study has the power to bring to discussion the existence of a third sector of the international environment law, represented by non-governmental organizations of environment protection, bringing a historic evolution of your acts and general concepts for understanding of what kind position this organizations occupied on a international habitat, and verify the efficiency of you actions on the brazilian constitutional order and analyze if would be, even though they are private, organizations related to public interest. It is necessary to highlight the descriptive character of the research, focusing on analyzing the mentioned phenom and seeking to describe them for a better understanding within the evolutionary process of the relations of International Environmental Law.

PALAVRAS-CHAVE: Organização Não Governamental; Direito Internacional; Meio Ambiente.

KEYWORDS: Non-governmental organization; International Law; Environment.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Desenvolvimento; 2.1 Direito Internacional do Meio Ambiente; 2.2 Organizações não governamentais; 2.3 Atuação das organizações não governamentais de proteção ao meio ambiente em âmbito internacional; 2.4 A parceria entre as organizações não governamentais internacionais e o Estado brasileiro; 3 Considerações finais; Referências bibliográficas

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. E-mail: lsantoscorrea97@gmail.com

** Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. E-mail: marcelogsanchess@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente sempre foi recurso utilizado ao longo dos vários anos pela população do planeta como forma de subsistência e conseqüente sobrevivência, abrindo caminhos para que houvesse o desenvolvimento de pessoas e de nações. Essa utilização, até pouco tempo atrás, se dava de maneira relativamente balanceada, posto que era retirado da natureza apenas o necessário.

Este quadro não mais retrata a realidade, quando verificamos que, em um curtíssimo lapso de tempo, houve sua total inversão, chegando ao ponto de desequilíbrio entre o que é retirado do meio ambiente e o que é repostado, o que traz conseqüências imediatas e mediatas para o planeta e todos aqueles que o habitam. Nesse momento, surgem conceitos já conhecidos, como aquecimento global, extinção de espécies, elevação do nível do mar, formação de desertos, pegada ambiental, entre muitos outros, que refletem a deterioração, cada vez mais latente, dos ecossistemas, demonstrando o resultado da falta de controle das ações antrópicas e o desequilíbrio supracitado.

É nesse contexto que se alcança a real dimensão de outro termo bastante discutido atualmente: a globalização. Muito se fala sobre “mundo globalizado”, mas é importante que se entenda todas as facetas que tal vocábulo traz em seu bojo, principalmente em relação às suas conseqüências.

Através dessa análise, se pode perceber que também as ações danosas de cada indivíduo refletem no todo, ou seja, nas vidas de todos os demais seres que dependem do meio ambiente equilibrado para sobreviver. A globalização traz consigo questões que afetam os mais diversos nichos da sociedade e, por isso, deve ser enxergada e discutida não somente por indivíduos ou Estados, mas por uma união que possa trazer a real ideia de cooperação internacional, visto que tais assuntos são de interesse público global.

Nesse ponto, se tem as primeiras delineações dos contornos do Direito Internacional Ambiental como um instrumento para a regulação de tais relações, especificamente quanto às questões ecossistêmicas, que são o foco do presente artigo. Também é nesse momento que surgem os mecanismos e as instituições relacionados com o auxílio à redução dos impactos ao meio natural, como os organismos supranacionais e as próprias organizações não governamentais (ONG's), como forma de expressão acerca de determinado objeto, servindo como auxílio não somente do Direito Internacional, mas da sociedade como um todo.

Nitidamente as ONG's não surgiram dentro de um contexto global. Em um momento inicial às suas existências as mesmas detinham papéis relacionados a questões locais ou nacionais dentro dos territórios de suas fundações, entretanto, com o avanço proporcionado pela globalização e o interesse público crescente pelo tema, tendo em vista a gravidade da matéria, fizeram com que as referidas organizações evoluíssem em relação as suas contribuições para o cenário ambiental internacional, considerando que se deve proteger um bem difuso, de interesse das presentes e futuras gerações, qual seja, o meio ambiente em seus mais diversos espectros.

Daí nascem as organizações não governamentais de proteção ao meio ambiente de atuação internacional e, com elas, vêm também questões relacionadas ao Direito Internacional Ambiental, desde a análise da legitimidade de suas ações até a eficácia de seus atos no tocante ao interesse global da sociedade.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Direito Internacional do Meio Ambiente

O Direito Internacional do meio ambiente é aquele que tem como objeto a regulação das atividades que podem ser nocivas a esse espaço. Com o advento da Globalização, como outrora suscitado, tais atividades tornaram-se mais reiteradas pelos diversos constituintes e sujeitos da comunidade universal, logo, é um ramo jurídico que nasceu com o condão de estabelecer regras e princípios, direitos e obrigações para tais sujeitos, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, organizações sociais, internacionais ou políticas.

Com o infeliz episódio da Segunda Guerra Mundial, nasceu a percepção de que haveria a necessidade de proteção do espaço natural em escala global, uma vez que os danos ambientais foram imensuráveis a todos os seres vivos com os atos praticados no período do confronto bélico citado, o que veio a acarretar consequências danosas mesmo para aqueles que teoricamente não estavam envolvidos nos interesses do conflito armado, causando danos para gerações futuras de seres humanos e demais viventes, uma vez que o meio ambiente fora devastado pela destruição e contaminação de suas águas, fauna e flora, o que por consequência afetaria o direito à vida de qualquer ser. Com o fim do conflito bélico supracitado criou-se a Organização das Nações Unidas (ONU) que buscou estabelecer diretrizes voltadas para o bem comum em todo o planeta, independentemente das práticas de determinadas civilizações estarem limitadas às suas linhas territoriais, uma vez que de nada

adiantaria se parcela da Comunidade Internacional visasse um bem enquanto outra parcela agisse de forma prejudicial a este.

O impacto da ação humana sobre o ambiente – exemplificada acima através dos conflitos armados – pode ser notado na Declaração Universal do Direito ao Meio Ambiente e ao Desenvolvimento Sustentável, quando afirma que

a guerra é, por definição, contrária ao desenvolvimento sustentável. Os Estados devem, por conseguinte, respeitar o Direito Internacional aplicável à proteção do meio ambiente em tempos de conflito armado, e cooperar para seu desenvolvimento, quando necessário. (Princípio 24).

Portanto, trata-se de um ramo do Direito Internacional, que sofreu uma grande expansão a partir da década de 90; sem desconsiderar os movimentos precursores, como a Conferência de 1972 em Estocolmo (Conferência das Nações Unidas sobre o desenvolvimento humano); com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e desenvolvimento, a CNUMAD, que foi realizada em 1992 na cidade do Rio de Janeiro, também conhecida como ECO-92, onde foram estabelecidos acordos multilaterais globais, sendo considerado um importante marco na política ambiental planetária.

Há de se ressaltar que o Direito Internacional do Meio Ambiente oscila quanto ao escopo de sua intenção protetiva, pois, uma vez busca-se proteger a natureza pelo seu valor intrínseco, sem levar em consideração sua utilidade para o homem, assim como em outros momentos visa-se proteger a natureza por ser algo necessário para dar continuidade à vida humana, ou mesmo em razão da melhoria da qualidade de vida da espécie. Como ressaltam os doutrinadores sobre proteção internacional do meio Ambiente, em obra de mesmo nome, os professores Marcelo Dias Varella e Ana Flávia Barros-Platiau:

Não há períodos em que encontramos mais convenções biocêntricas e outros em que encontramos mais convenções antropocêntricas. A lógica biocêntrica, por exemplo, já pode ser encontrada na Convenção de 1933, relativa à preservação da fauna e da flora nos seus estados naturais, pela Convenção sobre o Tráfico de Espécies Ameaçadas de Extinção (CITES), muitos anos depois ou mesmo em unidades de conservação onde a entrada do homem é proibida, mesmo para pesquisa científica. Do mesmo modo, com relação ao antropocentrismo, podemos citar a Convenção sobre a proteção dos pássaros úteis à agricultura, de 1903 e a Convenção de 1989 sobre a proibição da pesca com redes de deriva no Pacífico Sul. (BARROS-PLATIAU, Ana Flavia; VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). Proteção internacional do meio ambiente. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009.)

Com a dicotomia do escopo protetivo apresentado acima, as Nações desenvolveram ao longo dos anos, iniciada por meio da Organização das Nações Unidas, a chamada Carta da Terra, que estabeleceu princípios éticos fundamentais para que a sociedade global possa se desenvolver de forma sustentável e pacífica. Visando inspirar todos os povos a declarar a interdependência global e compartilhada das responsabilidades de todos, para que seja possível garantir o bem-estar da humanidade e de todos os demais seres vivos da presente e das futuras gerações. O documento teve adesão de mais de 4500 organizações, incluindo vários organismos governamentais e organizações internacionais.

Com o preâmbulo da Carta da Terra pode ser verificado que a intenção majoritária é de que o ser humano e o meio ambiente sejam intrinsecamente interligados, não devendo haver distinção de um para com o outro, pois devemos ser analisados como um conjunto, pois todos precisam da constância da biodiversidade para garantir sua sobrevivência.

Preâmbulo

Estamos diante de um momento crítico na história da Terra, numa época em que a humanidade deve escolher o seu futuro. À medida que o mundo torna-se cada vez mais interdependente e frágil, o futuro enfrenta, ao mesmo tempo, grandes perigos e grandes promessas. Para seguir adiante, devemos reconhecer que, no meio da uma magnífica diversidade de culturas e formas de vida, somos uma família humana e uma comunidade terrestre com um destino comum. Devemos somar forças para gerar uma sociedade sustentável global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura da paz. Para chegar a este propósito, é imperativo que nós, os povos da Terra, declaremos nossa responsabilidade uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações.

Em razão da magnitude alcançada por tal iniciativa, diversos juristas atribuem à Carta da Terra um status de lei branca, que são aquelas consideradas moralmente, mas não juridicamente, obrigatórias para os governos de cada Estado signatário.

2.2 Organizações não governamentais

Em meio às variadas afrontas ao meio ambiente ocorridas em todo o mundo, surgem então entidades, privadas e sem fins lucrativos, dispostas a combater esses males em prol do meio ambiente em si e, conseqüentemente, de toda a sociedade. Tais associações são as chamadas organizações não governamentais, popularmente conhecidas como ONG's.

Realizando a comparação ao direito interno brasileiro, sabe-se que para que haja uma associação, somente é necessário que duas ou mais pessoas se reúnam com um fim comum,

sendo as ONG's um tipo de associação. Ainda no ordenamento brasileiro, esta pode ser reconhecida como uma organização social de interesse público, quando seu objeto é de alta relevância para a sociedade, ademais de outros requisitos burocráticos.

Assim, uma organização não governamental seria uma associação de pessoas, destinada à consecução de um fim comum, que possui relevância social e que não representa Estado algum, instituindo-se como uma organização privada, cujos fins não podem ser lucrativos. Como afirma Soares, as ONGs

são organizações privadas que representam interesses não-econômicos setoriais, tornam-se típicos representantes daquelas pressões e, dadas suas ramificações por toda parte do mundo atual, em especial as ONGs que congregavam cientistas conscientes da situação do meio ambiente mundial, são fatores para a globalização de uma consciência de preservação ambiental, por todo mundo democrático (SOARES, Guido Fernando Silva, 2003).

Ainda segundo o mesmo autor, a partir da Convenção de Estocolmo,

as ONGs ganharam espaço extraordinário na mídia mundial e passaram, desde então, a impor-se com pujança e destemor, por vezes opondo-se aos representantes oficiais dos Estados nas reuniões internacionais, com a nítida convicção de representar a opinião do cidadão do mundo diante dos Estados, já que elas, as ONGs, são importantes fatores de formação e conscientização da opinião pública mundial sobre as questões ambientais internacionais (SOARES, Guido Fernando Silva, 2003).

Percebe-se, portanto, que as ONG's são ferramentas para preenchimento de lacunas deixadas pelo Estado, servindo como auxílio para que o bem comum seja alcançado quando este não logra abarcar todas as questões sociais por si só. Nesse sentido, Messina relata que “o Estado Providência se mostrou incapaz de atender às necessidades impostas pela sociedade, por esta razão retomou-se a discussão sobre o seu papel social e qual seria a melhor forma de atuação para atender com eficiência as demandas sociais” (MESSINA, Regina A. Lunardelli, 2004).

Assim, com base na análise desse grande papel de tais organizações, não é surpresa que tenham se expandido para além das fronteiras dos Estados como organismos internacionais independentes, alcançando patamar de nível global. Isso ocorre porque somente

os Estados, ainda que cooperando uns com os outros, não conseguem preencher todas as lacunas de suas atuações, cabendo à própria sociedade trabalhar no sentido de impulsionar a resolução de tais demandas que, em matéria ambiental, são de crucial importância, por se lidar com a própria sobrevivência do planeta e de seus habitantes, mas também de enorme dificuldade, em virtude da vastidão dos danos e da divergência entre as diferentes Nações.

2.3 Atuação das organizações não governamentais de proteção ao meio ambiente em âmbito internacional

Como auxiliares do próprio Direito Internacional, quando da regulação das relações internacionais, as organizações não governamentais de proteção ao meio ambiente desempenham valoroso papel nas mais variadas frentes, posto que são extremamente diversificados os danos ambientais causados e conseqüentemente suas tentativas de solução.

Como explicitado anteriormente, as lacunas deixadas pelos Estados são de grande amplitude, devendo haver seu preenchimento da melhor maneira possível. As lacunas ambientais que existem atualmente são de tamanho impacto que não seria possível esmiuçá-las todas no presente artigo, o que demonstra o alcance da atuação que essas entidades necessitam ter.

Para que tais associações possam atuar, é necessário que se valham de diferentes métodos que, segundo Villa:

geralmente aparecem sob duas formas: a sensibilização da opinião pública, para que essa exerça sua pressão sobre os responsáveis pela decisão e execução de projetos e políticas, e a ação direta, que consiste muitas vezes na execução de ações nos próprios lugares onde se desenvolvem os projetos considerados não-procedentes (VILLA, Rafael Duarte, 1999).

Dessa forma, variadas são as formas de atuação de tais agentes internacionais quando da busca por seus fins, dentre elas, é importante citar a atuação em campo, quando há atividades que combatem lesões ambientais de maneira direta, sem utilizar-se de modos indiretos (como conscientização) para a consecução dos objetivos.

Em se tratando de uma organização que claramente atua mais na execução de ações diretas, temos a *Sea Shepherd* que, se utilizando de diversos tipos de embarcações, voluntários e doações, atua em diversos Estados Nacionais, pelo interesse da preservação da vida marinha, podendo citar, nesta seara, o grande exemplo do Estado Japonês, que mantém uma política de caça de baleias, alegando fins científicos, mas que, por detrás das aparências,

oculta um fim econômico, visto que os mesmos navios baleeiros que caçam tais animais também processam sua carne para que haja sua venda no mercado japonês. Apesar da existência de tratado internacional do qual o Japão⁴ era signatário (o Japão se retirou da Comissão Baleeira Internacional em dezembro de 2018, descumprindo um compromisso com a preservação da espécie) não havia cumprimento por parte daquela Nação, o que fez com que houvesse a necessidade de atuação de outros atores do Direito, no caso, as organizações não governamentais (atuação essa que fora fortalecida após a saída do Japão do referido acordo internacional, considerando um papel de não permitir retrocessos em pactos internacionalmente firmados).

Tendo em vista que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar obriga os países a cooperarem para a conservação das baleias, mas não é taxativo quanto ao meio como isso deve ocorrer e nem poderia ser, recai sobre as organizações não governamentais o papel de buscar uma alteração de paradigma dentro da realidade internacional, como a atuação do Greenpeace no Japão que fora reforçada desde 2018 e as pressões de países vizinhos, como a Austrália (pressões essas que vieram após manifestações do próprio *Greenpeace* solicitando um posicionamento de países que estivessem em desacordo com a postura do Estado nipônico em relação à caça das baleias).

Outro exemplo de atuação de ONG's, dessa vez com o aspecto mais claro sendo o de sensibilização da opinião pública temos o caso da *Extinction Rebellion*¹ que organizou diversos protestos pelo mundo para alertar sobre o caso do aumento das queimadas na região amazônica em 2019, se estendendo de agosto a novembro; protestos esses que ocorreram em frente às embaixadas do Brasil em diversas cidades pelo mundo, como Paris, Madrid, Berlim e Londres, sendo o caso britânico o mais impactante, no qual os manifestantes jogaram tinta vermelha na embaixada brasileira e tentaram se colar às janelas do prédio, bem como tentaram paralisar três vias de circulação de pessoas para alertar sobre as condições na Amazônia, mostrando o aspecto social que refletem essas organizações ao buscarem mudanças a partir de cobranças públicas e internacionais aos Estados, demonstrando a importância dessas questões ao público global e, por conseguinte, aumento a cobrança dos Estados Nacionais, nesse caso, o brasileiro.

A partir desta breve descrição do trabalho realizado por estas organizações, é notável o perigo pelo qual as pessoas que a compõem passam no desempenho de suas atividades como representantes da sociedade quando os Governos não o fazem de maneira adequada e eficaz. É nesse momento que se percebe que esses agentes internacionais devem receber proteção

jurídica, em virtude do claro cunho social que suas atividades possuem, tornando-se de interesse público global e, por conta disso, devendo receber amparo do Direito Público Internacional.

Outra maneira de atuação das organizações não governamentais paira sobre as negociações internacionais entre as Nações, quando há tratativas acerca de Convenções Internacionais a serem debatidas de maneira global.

Dentre as muitas organizações não governamentais de atuação internacional dedicadas ao meio ambiente existentes, a União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) possui ampla atuação no que diz respeito à participação em tratativas internacionais sobre os ecossistemas, posto que sua equipe é composta por vários profissionais especializados, capazes de auxiliar de maneira efetiva em tais situações. Ademais, possui um importante banco de dados na esfera do Direito Internacional do Meio Ambiente, inclusive com legislações internas dos países, trabalhando com três áreas chave: “valorizar e conservar a natureza, uso efetivo e governança equitativa da natureza, e desenvolvimento de soluções baseadas na natureza para resolver os problemas ambientais.” (IUCN, 2020).

Além da participação nas tratativas de tais questões, há também o papel de fiscalização da implementação dessas convenções internacionais, buscando garantir que suas cláusulas sejam cumpridas, o que seria, precipuamente, atribuição dos Estados-membros, onde há clara demonstração da necessidade de atuação dessas organizações governamentais no papel de agentes do Direito Internacional Ambiental.

É possível observar que, a partir da normalização das ONG's dentro do sistema das Nações Unidas e o aumento do fluxo de trabalho, apresentando relatórios que sustentam os posicionamentos do terceiro setor, houve uma ampliação da relação da proteção do meio ambiente com as expectativas dos indivíduos, ou seja, a representação dos anseios sociais foi potencializada frente ao poder público, considerando as possibilidades e a capacidade de inovação e comunicação entre os setores, possibilidades e capacidade estas que são proporcionadas graças à natureza do terceiro setor (privado com interesses públicos, que não busca o lucro, mas sim a busca pelos interesses da população em geral, o bem estar social).

A contribuição das ONGs junto ao sistema das Nações Unidas é de fundamental importância. Atualmente em todas as instituições do sistema pode-se observar a participação ativa desses órgãos cujo trabalho é passível de análise através da apresentação de relatórios e contra-relatórios que sustentam os mais diversos posicionamentos. Porém, talvez seja na área

da proteção do meio ambiente que as Organizações Não Governamentais têm exercido o seu papel mais importante ao endossar e defender posições advogadas pela opinião pública.

Várias são as instituições que tratam do meio ambiente pelo mundo, sobressaindo em sua atuação a *Greenpeace*, *World Wild Foundation (WWF)* e a *Friends of the Earth*. As ONGs são de vários tipos e formatos: internacionais, regionais ou nacionais; podem ser genéricas (tratando de todos os problemas relacionados ao meio ambiente), ou então, específicas, quando o seu objetivo se limita a determinado problema, como a proteção de espécies em extinção, ou de uma determinada espécie. É importante salientar que esses órgãos detêm uma liberdade de ação negada às organizações intergovernamentais, que possuem a sua liberdade de ação cerceada pelas políticas dos Estados-membros. Isso significa que os Organismos Não Governamentais podem apresentar posições mais avançadas do que as resultantes de uma conferência intergovernamental.

2.4 A parceria entre as organizações não governamentais internacionais e o Estado brasileiro

Como exposto acima, as ONG's podem atuar como auxiliares ao Direito Internacional Ambiental. Quando passam a atuar em determinado território soberano, elas podem ser cooperantes exercendo suas atividades onde a legislação estatal deixa lacunas.

Entretanto, é necessário que ocorra o devido cuidado e observância na formulação de uma parceria entre essas entidades não governamentais e o Poder Público. Conforme o portal do Ministério da Justiça e Segurança Pública² há um rol de requisitos necessários para que uma organização estrangeira tenha seu registro de funcionamento concedido (requisitos esses que são fortemente conectados à natureza das ONG's); ou seja, as organizações internacionais que desejem ter seu pleno funcionamento dentro do território nacional precisam comprovar sua adequação à legislação de seu país de origem, bem como sua sede em outro Estado, além do interesse público ao qual se destinam e a ausência de fins lucrativos, por conseguinte, devem ser uma Pessoa Jurídica de Direito Privado estrangeira.

Quando olhamos para o Brasil, essa relação já vem desde a década de 70 quando os recursos públicos utilizados por ONGs correspondiam a 10% do recurso total de que dispunham essas organizações. Desde esse período, a proporção foi aumentando chegando a corresponder a 50%, em 1993 (GONÇALVES, Hebe Signorini, 1996). Isso demonstra que a relação existente entre esses dois entes não é algo novo, como já dito, e a história recente nos mostra casos onde essa parceria não atendeu ao fim público esperado quando, a título

exemplificativo, conforme demonstrado em pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que compara dados referentes ao número de fundações privadas e associações sem fins lucrativos, observa-se que entre 2010 e 2016 houve uma redução de 438 organizações referentes ao meio ambiente do total de organizações que se enquadram nesse perfil, qual seja, privadas, sem fins lucrativos, auto administradas, institucionalizadas e voluntárias (IBGE. *As Fundações Privadas e Associações sem fins lucrativos no Brasil*, Rio de Janeiro. 2019. páginas 17 e 20)³; ou seja, a necessidade do funcionamento de um grande número de ONG's no país não é diretamente proporcional ao engajamento por elas produzido, tendo em vista que o ativismo em diversas causas levantadas por ONG's é cada vez maior e, como observado, seu número decresceu.

Diante desse cenário, um novo regime jurídico foi estabelecido para ser aplicado nos casos envolvendo parcerias entre as organizações não-governamentais e o Estado brasileiro: a Lei 13.019/14, conhecida como Marco Regulatório das Sociedades Civil. No referido dispositivo legal, novos instrumentos jurídicos foram estabelecidos a respeito dessas parcerias e houve a democratização da participação das ONGs em atividades regidas pelo Poder Público, como é possível depreender do art. 5º do citado diploma:

Art. 5º O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, destinando-se a assegurar: [...]

Portanto, a existência desse novo regime jurídico confere segurança jurídica não só a parceria firmada, e necessária, entre esses organismos e o Estado, mas como também confere resguardo e proteção a esses entes, visto que por não possuírem um amparo necessário do direito internacional privado, muitas vezes acabam padecendo quando em confronto com legislações nacionais já consolidadas.

Assim, fica evidente que a parceria entre os entes públicos e as organizações não-governamentais pode acontecer, desde que em respeito as áreas de atuação de cada um. Aos entes federativos, cabe a tarefa de firmar parcerias tendo como base os seus respectivos regramentos jurídicos, em observância ao princípio da segurança jurídica, para que o bem jurídico seja preservado da melhor e mais eficiente maneira. Assim como às ONGs cabe o respeito aos regramentos jurídicos dos países onde elas buscarem atuar, não exercendo suas atividades de maneira ilícita e informal, mas buscando o Poder Público e manifestando o seu

desejo em contribuir para a preservação ambiental do bem jurídico em que ela pretende investir sua atenção.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nessas breves considerações, é cristalino que o Direito Internacional Ambiental abriu caminho para a atuação de diversos agentes para a consecução de seus fins, justamente pela vastidão de suas atribuições, bem como pela complexidade de tais atividades, sendo por tal razão que essa área jurídica foi primeiramente criada, isto é, regulamentar questões envolvendo assuntos que transpassem as fronteiras dos Estados.

Foi no momento em que se percebeu que o meio ambiente se trata de bem indivisível que ocorreu a internacionalização do direito ambiental, o que tornou possível que normas internacionais referentes às questões ecológicas fossem produzidas, na busca pela unificação do entendimento universal acerca de tal tesouro tão importante para a sociedade. Com essa expansão das questões ecossistêmicas, também foi necessário que seus agentes se ampliassem, a fim de abarcar as diferentes frentes.

Nesse diapasão, as organizações não governamentais ambientais que trabalham em âmbito internacional desempenham função primordial quando da defesa do meio ambiente como bem de toda a humanidade, não havendo que se falar em direitos individuais, mas de direitos difusos pertencentes a toda a sociedade, seja ela composta pelos presentes indivíduos, seja no tocante às futuras gerações.

Assim, atuam tais organizações através de diferentes métodos, influenciando a sociedade e os Estados, ao mesmo tempo que os auxiliam a alcançar seus objetivos, nesse caso, em relação a um bem de valor inestimável, qual seja, o meio ambiente. Por tal papel, é importante buscar a proteção de tais associações, enxergando-as como instituições que desempenham atividades que os próprios Estados deveriam, mas não conseguem executar.

Isto posto, o rumo que deve ser perseguido pelas comunidades internacionais se dá no sentido de maior proteção e incentivo às organizações não governamentais, buscando formas de unificar de maneira eficaz as medidas tomadas para a preservação do meio ambiente em todas as suas vertentes, abrindo maiores possibilidades para que tais organizações ampliem suas atividades e possam participar efetivamente das tomadas de decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBC BRASIL, Juliana Gragnani. **Extinction Rebellion, o movimento que quer parar Londres em mega protesto ambiental e já está presente no Brasil.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-49717270>. Acesso em: 09/06/2020.

BBC BRASIL. **Por que o Japão decidiu voltar a caçar baleias apesar de proibição internacional.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-46651862>. Acesso em: 12/06/2020.

BEHRENDTS, Laura Romeu. **O Movimento Ambientalista como fonte material do Direito Internacional.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1482/O%20movimento%20ambientalista%20como%20fonte%20material%20do%20direito%20ambiental.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 05/06/2020.

BRASIL. **Lei nº 13019 de 31 de julho de 2014.** Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Diário Oficial da União, Brasília, dia 01/08/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm. Acesso em: 16/06/2020.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Organizações Estrangeiras:** Autorização para funcionamento de Organizações estrangeiras privadas sem fins lucrativos. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-atendimento/entidades/organizacoes-estrangeiras>. Acesso em: 28/06/2020.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil.** Rio de Janeiro, 2019. (Estudos e pesquisas. Informação econômica, ISSN 1679-480X ; n. 32, páginas 17 a 45).

IUCN. **Relatório Anual de 2019 do Escritório Regional da América do Sul.** Quito, 2020. Disponível em: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2020-012-Pt.pdf>. Acesso em: 29/06/2020.

MESSINA, Regina A. Lunardelli. **O papel das organizações não governamentais na concretização dos direitos fundamentais.** Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo, 2004.

RIBEIRO, Wagner Costa. **A Ordem Ambiental Internacional.** São Paulo: Editora Contexto, 2001.

SALLES, Carolina. **Atuação das organizações não-governamentais ambientalistas: uma nova perspectiva internacional.** Disponível em: <https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/artigos/143480891/atuacao-das-organizacoes-nao-governamentais-ambientalistas-uma-perspectiva-internacional>. Acesso em: 12/05/2020.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente.** Barueri: Manole, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. **Proteção internacional do meio ambiente. Série Direito Ambiental.** Volume 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009.

VILLA, Rafael Duarte. **A construção de um sistema internacional policêntrico: atores estatais e não-estatais societais no pós-guerra fria.** Revista Cena Internacional, Brasília, n. 2, dez. 2001. Disponível em: <http://www.relnet.com.br/cgi-bin/WebObjects/RelNet.woa/2/wr?wodata=-4128797474198373134>. Acesso em: 15/06/2020.

A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA SUNTUOSO

*Mariela Souza Lima**

RESUMO: Este trabalho está inscrito na temática em que o saldo remanescente do bem de família penhorado não comprometeria a dignidade da pessoa humana da moradia do devedor diante do mínimo existencial. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a relativização do rol de possibilidades da penhora do único bem de família ou daquele registrado no cartório de imóveis de valor suntuoso. Para tanto, será feita uma breve contextualização histórica, pois de acordo com o ordenamento jurídico, o art. 833 do CPC, toma como parâmetro à vida de um “homem médio”. A metodologia escolhida foi à exploratória, realizada através de preceitos legais, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Código Civil de 2002, na Lei 8.009/90, em súmulas, além de doutrinas e artigos acadêmicos. Dessa maneira, afigura-se relevante este artigo, posto que evidencia uma possibilidade de o Poder Judiciário avaliar a questão embasada nos princípios do Direito em especial o da proporcionalidade, visando sempre à concretização da justiça, bem como que sejam realizadas inovações legislativas sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Bem de família. Penhorabilidade. Vultoso. Proporcionalidade.

ABSTRACT: This work is part of the theme in which the remaining balance of the pledged family property would not compromise the dignity of the human person in the debtor's home in view of the existential minimum. The present work has as general objective to analyze the relativization of the list of possibilities of the attachment of the only family property or that registered in the registry of properties of sumptuous value. For that, a brief historical contextualization will be done, because according to the legal system, art. 833 of the CPC, takes as a parameter the life of an “average man”. The chosen methodology was exploratory, carried out through legal precepts, in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, in the Civil Code of 2002, in Law 8.009 / 90, in summaries, in addition to doctrines and academic articles. Thus, this article seems relevant, since it evidences a possibility for the Judiciary to evaluate the question based on the principles of Law, especially that of proportionality, always aiming at the realization of justice, as well as that legislative innovations are carried out on the subject.

KEYWORDS: Family fun. Pledge of Allegiance. Vultoso. Proportionality.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Constituição do bem de família no Brasil; 2.1 Bem de família voluntário e legal; 3 A teoria do patrimônio mínimo e o princípio da dignidade da pessoa humana; 4 Impenhorabilidade do bem de família de acordo com a Lei nº 8.009/90; 5 Propostas para alteração da lei nº 8.009/90; 6 A relativização da impenhorabilidade do bem de família suntuoso; 7 Considerações finais; Referências.

* Bacharela em Direito pela Universidade Católica do Salvador. E-mail: marielalimaucaldireito@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a (im)penhorabilidade do bem de família e a relativização deste direito fundamental para a satisfação de dívidas de natureza civil a partir dos princípios constitucionais, do Código Civil de 2002 e da regulação deste instituto pela Lei nº 8.009/90.

Para isso busca-se compreender, inicialmente, a construção histórica sobre o tema e a evolução legal do conceito de bem de família a partir da Constituição Federal de 1988.

O objetivo é analisar a legislação e projetos de leis quanto á viabilidade de penhorar o bem de família luxuoso, sem que o devedor deixe de aferir o mínimo necessário para a sua sobrevivência.

Para isso, a pesquisa partiu de um aprofundamento histórico/conceitual sobre o surgimento do bem de família como patrimônio mínimo do devedor a ser protegido e seu status constitucional de direito fundamental.

Fora empregada a teoria do patrimônio mínimo, visando o essencial para a realização de necessidades básicas do indivíduo.

Para isso, o trabalho se desenvolverá em cinco capítulos, sendo o primeiro um estudo dos aspectos históricos da Constituição do bem de família no Brasil, este que fundamentará as evoluções legislativas, evidenciando que as dívidas deverão ser quitadas com o patrimônio e não com o corpo do devedor, a preservação do mínimo necessário para a manutenção digna do devedor, bem como a definição de bem de família. Além disso, serão abordadas as definições de bem de família legal e voluntário.

No capítulo dois, será analisado que a moradia é um direito básico consagrado pela CRFB/88, como direito fundamental à pessoa humana. Ademais, explanará que a pessoa só detém dignidade acaso possua o essencial como meio de subsistência.

No terceiro capítulo, versará sobre a criação do atributo da impenhorabilidade, através da Lei nº 8.009/90 para proteger as poucas ou única propriedade da família, também abarcará as exceções à regra geral da impenhorabilidade

No capítulo quatro, serão analisadas as propostas á alteração da Lei nº 8.009/90, com possibilidades de penhora do bem de família, logo após, faz-se necessário um estudo sobre a relativização da impenhorabilidade do bem de família de alto valor, mantendo o mínimo existencial para o executado e a satisfação do crédito para o exequente.

O quinto e último capítulo, será analisada a possibilidade da penhora do bem de família suntuoso, como uma forma de quitar dívidas civis em geral, aplicando o princípio da ponderação.

É nesta perspectiva que se coloca o presente trabalho, propondo-se, não de modo conclusivo, a contribuir com as reflexões críticas em torno da Penhora do bem de família suntuoso, realizando um estudo exploratório, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e da análise de alguns dados já disponibilizados no que diz respeito à teoria do patrimônio mínimo e da dignidade da pessoa humana do credor.

A produção do artigo pautou-se na análise dos preceitos legais, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Código Civil de 2002, na Lei nº 8.009/90, em artigos que versam sobre a impenhorabilidade, bem como da penhorabilidade do bem de família, nas Doutrinas em especial Stolze, Gonçalves, Venosa e Farias, sendo de grande monta quando em especial abordam que deve haver a ponderação quanto ao princípio da proporcionalidade, pois o bem de família suntuoso excede o padrão de homem médio, além disso, explicitam que deve ocorrer satisfação do crédito do credor.

Dessa forma, foram analisados o projeto de Lei nº 51/2006 e a Emenda nº 358, da Lei nº 13.105/15, onde foram vetados, sob argumento de que, deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, bem como que a aprovação dos projetos quebraria a tradição da Lei nº 8.009/90.

Este estudo não tem a ambição de exaurir o conteúdo, uma vez que o trabalho intermitente no Brasil é um tema muito novo e muitos outros estudos e trabalhos da doutrina ainda serão concretizados. O objetivo é de lançar pensamentos sobre um assunto que parece ser um dos mais polêmicos trazidos pela referida reforma trabalhista.

Demais disso, a impenhorabilidade do bem de família deve ser relativizada, haja vista, que a suntuosidade do bem atravessa todas as possibilidades de mínimo vital, além de ferir o princípio da proporcionalidade em não ponderar o direito do credor em ter seu crédito satisfeito.

2 CONSTITUIÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA NO BRASIL

Em breve análise histórica, as normas de impenhorabilidade de determinados bens têm limitada ligação com a atual inquietação do legislador em criar freios à busca da satisfação do exequente no processo de execução, com o intuito de manter a mínima dignidade humana do

executado. Entretanto, nem sempre, foi assim. No direito romano a execução era extremamente violenta e hostil, permitindo-se a privação corporal e até mesmo a morte do devedor em alguns casos.

A lei das XII tábuas estabeleceu que em determinadas condições seria possível dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos fossem os credores ou ainda vender o próprio devedor a um estrangeiro, o que significaria morte escutada ou vida de extrema penúria.

Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre. (Art. 9, tábua terceira, Dos direitos de crédito, Lei das XII Tábuas)

É atraente que mesmo dentro da responsabilidade patrimonial, que veio a se verificar de forma mais concreta no Período Clássico e Pós-clássico do direito romano, houve uma evolução. A partir da vinda do período clássico com criações de novos institutos, passou-se, em alguns casos, a limitação patrimonial, com o valor dos bens expropriados correspondente ao valor da dívida, o que se aproxima de nosso atual esquema de responsabilidade na atual execução forçada. (MACIEL, CARTA FORENSE, 2015)

É nessa fase do Direito Romano que se pode notar os primeiros traços de preocupação do legislador com a preservação do mínimo necessário para a manutenção digna do devedor, excluía-se da responsabilidade patrimonial bens pessoais necessários à subsistência deste, o dote, os bens de terceiro, etc. Ainda que de forma embrionária, percebe-se algo próximo à imperatividade de certos bens como previsto recentemente.

O bem de família surgiu nos EUA, na lei texana do *Homestead*¹, instituído em 1839 no Estado do Texas e no Direito Brasileiro ele aparece no código civil de 1916, na parte geral do “Livro das Pessoas” na época podiam as partes instituir bem de família, reconhecer como algo obrigatório não só decorrente da vontade de instituir um bem de família.

Lei de Texas, de 26.01.1839, autorizou a separar do domínio público a área de 50 acres, ou terreno na cidade, de valor limitado, e a mobília, utensílios, ferramentas e equipamentos, conforme o caso. O objetivo da lei era acolher numerosos colonos que, massivamente, passavam a ocupar o território, mais que dobrando a população num reduzido espaço de tempo. (ASSIS, 2015, p. 281).

¹ Lei da Propriedade Rural (Disponível em: <http://geoconceicao.blogspot.com/2012/08/o-homestead-act-ato-de-propriedade.html>. Acesso em: 11 de nov.2018.)

O instituto do *homestead* pode ser entendido como privilégio que concede às famílias ou às pessoas em geral para continuarem a viver em suas casas livre da ação de seus credores. A propriedade do *homestead* abrange não só a residência principal, mas também o terreno, os prédios adjacentes e seus acessórios que sejam necessários para o uso da família. (ZILVETI, 2006, p. 32).

Nascida em meio a uma grave crise econômica – entre 1837/1839, 959 bancos fecharam e ocorreram mais de 33.000 falências –, a Lei Texana de 1839, ao consagrar a impenhorabilidade da pequena propriedade familiar (incluindo, aí, os instrumentos de trabalho) – a porção de terra rural de 50 há. ou de terreno urbano não superior a \$ 500,00 –, terminaria por incentivar o reaquecimento da economia e, bem assim, facilitaria a colonização do Estado do Texas, fixando o homem à terra. (STOLZE, 2016, p. 390)

A essência do bem de família é proteger o bem utilizado pelo núcleo familiar como lar e o mínimo existencial diante das cobranças de natureza patrimonial.

Da proteção à residência familiar cogitou-se, no direito brasileiro, pela vez primeira, nos arts. 2.079 a 2.090 do Projeto do Código Civil, apresentado por Coelho Rodrigues em 1893. O projeto de reforma do Código Civil de Clovis Bevilacqua em 1912 omitiu-se a respeito. Segundo João Luís Alves, a inclusão do assunto ocorreu no Senado Federal, por intermédio da emenda apresentada, em 01.12.1912, pelo Senador Fernando Mendes de Almeida, representante do Maranhão. Findo os trabalhos legislativos, a promulgação do CC-16 instituiu o instituto do direito brasileiro.

O CC-16 ocupou-se da impenhorabilidade do “bem de família” nos arts. 70 a 73. Filiou-se à espécie “formal” do instituto, porque exigiu, além do fato de residir no imóvel, declaração de vontade do(s) proprietário(s). Então, cabia ao “chefe de família” destinar um prédio para domicílio desta, ficando isento de execução por dívidas, exceto as que se originassem de impostos relativos ao imóvel (art. 70, *caput*). A isenção durava enquanto vivessem os cônjuges ou até que os filhos atingissem a maioridade (art. 70, parágrafo único). A instituição do bem de família subordinava-se à inexistência de dívidas anteriores, razão pela qual a isenção abrangia tão só dívidas posteriores (art. 71, *caput*). No tocante às dívidas anteriores, a instituição permanecia ineficaz, subsistindo a penhorabilidade (art. 71, parágrafo único). Não poderia o prédio ter outro destino, nem ser alienado sem o consentimento dos interessados (art. 72). A instituição constaria de escritura pública, levada ao registro, e publicada na imprensa (art. 73). (COELHO, p. 252-253, ALVES, p. 169, vide, AZEVEDO, v. 19, p. 4-7, apud, ASSIS, 2015, p. 282)

Aquele único imóvel de bem de família ou que a família reside recebe uma proteção legal para garantia da própria moradia, para que a existência de uma dívida não leve a família a perder tudo, inclusive a moradia, inviabilizando para que a família continue suas atividades

é uma proteção máxima a família que é considerada na Constituição Federal de 1988 como a base da sociedade.

Em 1990, foi editada a Medida Provisória nº 143, que objetivava resguardar de atos executórios o imóvel utilizado pela entidade familiar como lar independentemente da vontade do proprietário, isto é, independentemente de registro. Rapidamente, a referida medida foi transformada na Lei nº 8.009/90, e o bem de família reconhecido independentemente de ato solene passou a ser denominado de bem de família legal.

Consoante à legislação vigente, bem de família é o imóvel destinado ou afetado ao domicílio familiar e eventuais valores mobiliários cuja renda se destine a conservação do imóvel e ao sustento da família, protegidos pela lei com cláusula de impenhorabilidade.

O STJ alarga um pouco mais o conceito de família para enquadramento do bem a ser protegido por este instituto. O STJ estende pela Súmula 364. “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Ou seja, aquele imóvel onde a pessoa solteira reside sozinha também, não pode ser alcançado em um processo de execução.

No dizer de Tartuce (2016) o bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente do casamento, união estável, entidade monoparental, ou entidade de outra origem, protegido por previsão legal específica. (TARTUCE, 2016, p.210).

A legislação prevê ainda, a possibilidade da pessoa indicar qual imóvel de sua propriedade deverá ser considerado como bem de família. Nestes casos, a impenhorabilidade decorrerá de um ato de vontade, instituído por escritura pública, ou por testamento conforme prevê o art. 71 do Código Civil de 2002. Como bem assevera Stolze (2016) e Gonçalves (2015):

Trata-se do bem de família voluntário, uma vez que a sua instituição decorre de ato de vontade dos cônjuges ou da entidade familiar, observando-se o procedimento previsto nos arts. 260 a 265 da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos). (STOLZE, 2016, p.391)

Só haverá necessidade de sua criação pelos meios retromencionados na hipótese do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 8.009/90, ou seja, quando o casal ou entidade familiar possuir vários imóveis, utilizados como residência, e não desejar que a penhorabilidade recaia sobre o de menor valor. Neste caso, deverá ser estabelecido o

bem de família mediante escritura pública, registrada no Registro de Imóveis, na forma do art. 1.714 do Código Civil, escolhendo-se um imóvel de maior valor para tornar-se impenhorável. (GONÇALVES, 2015, p. 594-595)

É de se concluir que o bem de família é o imóvel destinado à residência da família, protegido de forma voluntária conforme estabelecido no art. 1.711, do Código Civil de 2002, que deverá ser instituído pelos cônjuges ou pela entidade familiar decorrente da vontade, através de escritura pública ou mediante testamento, não podendo seu valor ultrapassar um terço do patrimônio líquido do instituidor. Tendo em vista, este limite que visa evitar que parte considerável da massa ou a totalidade dele permaneçam imobilizadas e sem perspectiva de alienação, o que poderia fomentar atitudes fraudulentas prejudiciais principalmente aos credores. Sendo, constituído pelo registro do título no Cartório de Registro de Imóveis, diante dos artigos 260 a 265 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73).

Conforme entendimento de Antonio Chaves (2008) “um patrimônio separado, constituído por bem imóvel isento de execução, por dívida posterior à sua situação pelos cônjuges, por um deles ou por terceiros, vedada a sua alienação ou alteração de seu destino, que é o de garantir, obedecidos os requisitos, limites e formalidades da lei, a estabilidade e o centro do lar, durante a vida de cada um daqueles e dos seus filhos, enquanto menores”. (CHAVES, 2008, p. 34)

A lei especial nº 8.009/90 amplia o conceito do bem de família, a fim de garantir um mínimo existencial e, portanto, impenhorável para pagamento de dívidas, não sendo absoluta, ou seja, salvo se estas tiverem sido contraídas em razão do próprio bem.

2.1 Bem de família voluntário e legal

Preleciona Gonçalves (2015) que coexistem na legislação civil, atualmente, duas espécies de bem de família, ambas incidindo sobre bens imóveis, e móveis àqueles vinculados: a) o voluntário decorre da vontade dos cônjuges, companheiros ou terceiro; b) o involuntário ou obrigatório resultante de estipulação legal (Lei nº 8.009/90). O primeiro, no entanto, só se verifica quando o proprietário tem dois ou mais imóveis residenciais e deseja optar por um deles, para mantê-lo protegido, e o fizer mediante escritura pública posteriormente registrada. Toda a minuciosa regulamentação do instituto no novo diploma pouca aplicação prática tem, pois concerne apenas ao bem de família voluntário, que raramente é instituído. (GONÇALVES, 2015, p. 593)

Já com a chegada da Lei nº 8.009/90, passou-se a considerar bem de família legal aquele imóvel utilizado pela instituição familiar para a sua moradia, havido como impenhorável por este diploma legal, independentemente de qualquer manifestação de vontade do possuidor do imóvel utilizado como bem de família. Consequentemente, a instituição do bem de família legal se dá de forma automática, sem vínculo a qualquer vontade ou negócio jurídico do beneficiário.

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. (Art. 1º, Lei nº 8.009, 1990)

A referida extensão da proteção do bem de família fundamenta-se na proteção da família unipessoal. Outrossim, conforme já mencionado a súmula 364 do STJ deu uma interpretação extensiva ao direito à moradia, quando dispõe que: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Consoante entendimento de Gonçalves (2017), sendo instituidor dessa modalidade o próprio Estado, que a impõe por norma de ordem pública em defesa do núcleo familiar, independe de ato constitutivo e, portanto, no Registro de Imóveis. Nada obsta a incidência dos benefícios da lei especial se o bem tiver sido instituído, também, na forma do Código Civil. Aludindo a “entidade familiar”, a referida lei não exclui da proteção às famílias monoparentais. (GONÇALVES, 2017, p.589/590)

O bem de família voluntário é o imóvel residencial urbano ou rural, instituído pelo ato de vontade do cônjuge ou entidade familiar como domicílio desta, por meio de escritura pública ou testamento, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, com cláusula de isenção de execução por dívidas futuras. (Art. 1.711, Código Civil de 2002)

Em conformidade com o Código Civil de 2002² também estão abrangidos no conceito de bem de família os valores móveis corpóreos e incorpóreos, as pertenças e acessórios do imóvel, bem como os valores mobiliários cuja renda seja aplicada na manutenção do bem de família.

Em análise ao diploma civilista a administração do bem de família compete a ambos os cônjuges, não havendo que se falar em extinção do bem de família acaso se dissolva a sociedade conjugal. Porém, se um dos cônjuges vier a falecer, o sobrevivente poderá requerer a extinção da condição do bem de família do imóvel, o mesmo se houver falecimento do casal, ou ainda no caso de filhos forem maiores e não sujeitos a curatela.

“O bem de família voluntário, móvel ou imóvel, nasce pela vontade do instituidor, pela própria individual, nos moldes preestabelecidos na lei”. (AZEVEDO, 2010, p. 94)

No entanto, há doutrinadores que possuem entendimentos diversos, como a jurista Credie ao afirmar que “A criação do bem de família voluntário ou facultativo, se deu pelas ideias privativistas da época, influenciado pelo pensamento jurídico liberal-individualismo dos séculos XIX e XX”. (CREDIE, 2010, p. 7)

No entanto, (Gonçalves, 2012) entende que havendo mais de um imóvel residencial, a lei especial deve prevalecer.

Diante disso, é possível entender que só será possível a instituição do bem de família voluntário quando a entidade familiar ou o casal possuir mais de um imóvel residencial e não deseja que a impenhorabilidade recaia sobre o de menor valor. Assim, deverá estabelecer o bem de família mediante escritura pública e escolher um imóvel de maior valor para se tornar impenhorável, conforme art. 1714 do CC/2002. (GONÇALVES, 2012, p. 352)

Consoante entendimento de (Stolze, 2016), alerta á respeito da fraude contra credores.

[...] poderá caracterizar *fraude contra credores* a situação em que o devedor, para livrar de futura execução ou arresto bem imóvel do seu patrimônio, destina-o á função de domicílio familiar (bem de família), tendo em vista que é justamente o

² “Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família”. (Artigos 1.711 e 1712, Código Civil, 2002)

patrimônio do devedor a garantia comum dos seus credores, somente sendo aceitável a validade de tal instituição para dívidas constituídas posteriormente. (STOLZE, 2016, p. 394)

Somente se instituirá o bem de família voluntário se o instituidor tiver patrimônio suficiente para garantia de débitos anteriores, sob pena de invalidade do ato. Tal disposição visa evitar fraude contra credores, uma vez que o devedor poderia usar de má-fé ao instituir o imóvel como bem de família a fim de evitar uma possível execução. Assim sendo, a instituição do bem de família convencional só terá validade para dívidas contraídas posteriormente ao seu registro formal em cartório.

3 A TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito fundamental à moradia foi inserido no rol dos direitos humanos, desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na busca de uma vida digna.

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Art. 25, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

A carta Magna consagra à moradia como um dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Possuir uma moradia digna e basilar também para preservação da dignidade da pessoa humana.

O direito à moradia está entre os direitos fundamentais sociais, previsto no artigo 6º³ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, moveu-se para proteger o direito à moradia em vários Tratados Internacionais⁴, chegando a retificar a carta da ONU, a qual elevou a um direito humano básico e essencial a uma vida digna e decente.

³ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (Art. 6º, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

⁴ As principais fontes convencionais do DIDH são os Pactos internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), as Convenções relativas ao Genocídio (1948), à Discriminação Racial (1965), Discriminação contra a Mulher (1979), Tortura (1984) e os direitos das Crianças (1989). Os

A dignidade da pessoa humana culminou em transformar todos os cidadãos em iguais, pois a dignidade se manifesta primeiramente no princípio da igualdade, no qual o tratamento que deve ser despendido à pessoa humana deve estar livre de qualquer discriminação de forma mais igualitária possível. (MORAES, 2009)

Assim, Stolze (2013), discrimina que assegurar a dignidade do indivíduo é garantir condições mínimas de vida, tomando como parâmetro as necessidades básicas de um homem médio. “O bem de família como o bem jurídico cuja titularidade se protege em benefício do devedor – por si ou como integrante de um núcleo existencial -, visando à preservação do mínimo patrimonial para uma vida digna”. (STOLZE, 2013, p.393)

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais, que em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva e comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade. (SARMENTO, 2006)

“A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda ordem constitucional”. (FACHIN, 2001, p. 193)

Com o intuito do indivíduo ter uma vida digna, deve ser observado mínimo, qual seja, saúde, alimentação, educação, bem como a moradia, o patrimônio. Para Fachin (2001), “A noção de patrimônio personalíssimo, assumidamente paradoxal, esta agregada à verificação concreta de uma real esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana a luz do entendimento de necessidades básicas essenciais”. (FACHIN, 2001, p. 193)

O direito à moradia digna encontra relação com a Teoria do Patrimônio Mínimo da Pessoa Humana, a qual é unificada no princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, uma pessoa só é digna se possuir o essencial para realizar suas necessidades básicas, ou seja, é necessário preservar o direito ao mínimo existencial. Nesse contexto, ter uma moradia digna é também uma condição necessária.

De fato, a garantia do direito de propriedade previsto no art. 5º, XXII, o atendimento de sua função social previsto no art. 5º, XXIII e às finalidades da ordem econômica

principais instrumentos regionais são a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos (1950), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969) e a Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1981). (Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63381/o-direito-internacional-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 11 de nov. 2018)

são associados, expressa e imediatamente, ao dever de “assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social”.

Do entendimento de dignidade da pessoa humana e do mínimo à pessoa humana, discorre (FARIAS e ROSENVALD, 2015).

Forçoso afirmar, ainda, que esse reconhecimento de um patrimônio mínimo à pessoa humana não pode estar limitado à situação econômica ou social do titular. Trata-se de conceito universal, devendo ser funcionalizado a cada caso, protegendo cada uma das pessoas humanas para que venha a desempenhar suas atividades dignamente. É possível sofrer variação, portanto, de acordo com as circunstâncias pessoais de cada titular. De fato, o conceito da dignidade da pessoa humana não é estanque, imutável, devendo ser talhado na concretude, buscando dinâmica nos fatos reais que tocam cada pessoa. (FARIAS E ROSENVALD, 2015, p. 800)

Outrossim, a definição de vida digna é subjetivo, tendo em vista que depende do contexto social em que cada indivíduo esta inserido. Dessa maneira, imprescindível interpretar o alcance do que seria essencial para uma vida digna em caso concreto.

Dessa forma, para o parâmetro do “homem médio” é necessário ao menos à condição básica de sobrevivência.

4 IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DE ACORDO COM A LEI Nº 8.009/90

Pelo então Presidente da República, José Sarney, a Medida Provisória nº 143, de 08 de março de 1990, aprovada pelo Congresso nacional, foi promulgada a Lei nº 8.009/90, de 29 de março de 1990, por meio do Presidente do Senado Federal, Nelson Carneiro, sendo essa lei publicada no Diário Oficial da União, no dia 30 de março de 1990.

O legislador criou o atributo da impenhorabilidade do bem de família, a fim de proteger as poucas ou única propriedade, além disso, a moradia é o reflexo da garantia da dignidade da pessoa humana.

Exemplifica Fredie Didier:

A impenhorabilidade de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É técnica processual que limita a atividade executiva e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo e a função social da empresa. São regras

que compões o devido processo legal, servindo como limitações políticas á execução forçada. (DIDIER JR. et al. Op. cit., p. 541)

Em conformidade, certifica Araken Assis (2015), entre um diploma e outro sobreveio a Lei nº 8.009, de 29.03.1990, que tornou impenhorável a residência familiar. Esta disciplina se harmoniza com a do bem de família, objeto de ressalva explícita no art. 1.711, *caput*, do Código Civil de 2002 (“[...] mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”). (Art. 1.711, Código Civil, 2002, *apud* ASSIS, 2015, p. 284)

O Código Civil de 2002 reconhece que o bem de família é protegido, exceto pelas dividas que dizem respeito ao próprio imóvel, como sendo de condomínio, financiamento, impostos que incidem sobre o imóvel, ou seja, ter um bem de família, não é salvo conduto que irá morar de graça sem pagar impostos, condomínio, todavia a Lei nº 8.009/90⁵ em seu art. 1º, quando foi estabelecida ela reconheceu que só haverá exceção a impenhorabilidade salvo hipóteses previstas em lei.

O art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.009/90 declara impenhorável o “imóvel próprio do casal, ou da entidade familiar”, em razão de dívida contraída “pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam”. É preciso ter em mente que a impenhorabilidade da residência familiar somente assume relevo se o devedor é proprietário do imóvel. Se a dívida é do filho maior e capaz, por exemplo, e a residência pertence aos pais, o imóvel não responde pela dívida porque não integra o patrimônio do devedor, nos termos do art. 591, fora do caso em que os pais respondem pelas dividas dos filhos (art. 932, I, do CC-020), hipótese que se tornarão “devedores”. (ARASKEN, 2015, p. 294)

No art. 2º da Lei nº 8009/90, relata de adornos suntuosos, que são obras de artes, esculturas, artigos de luxos, que não dizem respeito à primeira necessidade, e por isso, podem ser alcançados em uma execução. Ao contrário de outros bens como geladeira, televisão, etc., comumente usados para guarnecer uma casa, não sendo considerados suntuosos, mas sim necessários.

⁵ “Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos”. (Art. 1, Lei nº 8.009, 1990)

Certifica (Gonçalves, 2015) tem o Superior Tribunal de Justiça⁶ reconhecido, todavia, a possibilidade de recair a constrição judicial sobre parte do bem de família.

Quando possível o desmembramento do imóvel sem descaracterizá-lo, levando-se em consideração, com razoabilidade, as circunstâncias e as peculiaridades de cada caso”. Em contrapartida, exaltou também o Supremo Tribunal de Justiça, “para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o art. 1º da Lei n. 8009/90, basta que o imóvel sirva de residência para a família do devedor, sendo irrelevante o valor do bem. O art. 3º da referida lei, que trata das exceções à regra da impenhorabilidade, não traz nenhuma indicação concernente ao valor do imóvel. Portanto, é irrelevante, para efeitos de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão. (GONÇALVES, 2015, p. 603)

O artigo 3º da Lei nº 8.009/90⁷ apresenta as hipóteses de exceção à regra da impenhorabilidade. “O elenco das exceções à regra geral da impenhorabilidade do bem de família obrigatório é taxativo, constituindo *numerus clausus*. Nenhum outro pode ser nele incluído, mediante interpretação extensiva”. (GONÇALVES, 2017, p. 593)

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2004), o bem de família é uma forma de afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio. (PEREIRA, 2004, p. 557).

A Lei nº 13.144, de 06 de julho de 2015, deu nova redação ao aludido inciso III do art. 3º, não modificando a responsabilidade do devedor da pensão alimentícia, ou seja, o seu bem permanece penhorável. Mas, os direitos do coproprietário ficam resguardados, seja ele

⁶ STJ, REsp 1.178.469-SP, 3ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 18-11-2010. (Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume10/rbdcivil_vol_10_08_atualidade.pdf. Acesso em: 12 de nov. 2018)

⁷ “Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015);

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015)

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Art. 3, Lei nº 8.009, 1990)

cônjuge ou companheiro, nesse caso, a penhora apenas recai sobre a meação do devedor, preservando a meação do cônjuge ou companheiro.

A redação é ruim. Não se trata de o juiz “transferir” o vínculo, mas de considera-lo ineficaz em benefício do credor, nos próprios autos da execução, para coibir a fraude. A lei de nada diz acerca de terceiros de boa-fé. Poderá, contudo, ocorrer fraude contra credores ou fraude de execução, quando então será caso de aplicar a anulação dentro dos princípios desses institutos. (VENOSA, 2015, p. 452)

A propriedade rural, mesmo que seja localizada em grande propriedade, de acordo com o art. 4º, §2º, da Lei nº 8.009/90, é impenhorável, por haver plantações, benfeitorias, móveis que guarnecem a residência da família.

Trata-se de impenhorabilidade relativa, no entanto: a pequena propriedade rural comporta penhora na execução do crédito concedido para sua aquisição (art. 649, §1º, na redação da Lei 11.382/2006). A Ressalva não contradiz a cláusula “débitos decorrentes de sua atividade produtiva”, inserida no art. 5º, XXVI, da CF/1988. Não é impossível, além disso, gravar a pequena propriedade com hipoteca, hipótese em que ela se tornar penhorável na execução do respectivo crédito (princípio da disponibilidade). Em qualquer hipótese, ressalvar-se-á a sede da moradia – excluindo, naturalmente, outras áreas e acessões anexas (p. ex., galpões e caudelarias) -, impenhorável a teor do art. 4º, §2º, da Lei 8.009/1990. E, ademais, a impenhorabilidade somente protege o bem objeto da efetiva exploração pelo proprietário e sua família. Assim, a pequena propriedade rural arrendada à terceiro é penhorável em razão de dívida de qualquer natureza contraída pelo proprietário. (ASSIS, 2015, p. 280)

Suplementa Araken Assis (2015), á Lei nº 8.009/1990 não interessam a qualidade e o valor da moradia. É o que rezava, na redação da Lei nº 6.742/1979, o art. 19 do Dec.-lei nº 3.200/1941. O art. 1.711, *caput*, do CC-02, porém, limitou o valor dos bens subtraídos voluntariamente á execução, incluindo o imóvel, a um terço do patrimônio líquido existente por ocasião do ato. Nada obstante, a impenhorabilidade da residência familiar, de acordo com a Lei nº 8.009/1990, alcança tanto o casebre, quanto o palácio. (ASSIS, 2015, p. 290)

5 PROPOSTAS PARA ALTERAÇÃO DA LEI Nº 8.009/90

Em 2006 e 2015, foram levantados no Congresso, projetos de Lei, com a possibilidade de penhora do único imóvel ou daquele registrado como bem de família para pagamento de dívidas civis.

O projeto de Lei nº 51 propunha alterações em diversos dispositivos do Código de Processo Civil/73, nos aspectos relativos à execução. Previa normas permissivas à alienação de imóvel de valor superior a 1.000 (mil) salários-mínimos.

Art. 649. (...)

Parágrafo único. Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sobre cláusula de impenhorabilidade. (Art. 649, Projeto de Lei nº 51, 2006)

Entretanto, o referido dispositivo foi vetado pelo então presidente da república, Luis Inácio Lula da Silva, sob a justificativa, de que romperia a tradição trazida pela Lei nº 8.009/90 de que a impenhorabilidade não se vinculava a qualquer valor “apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei nº 8.009/90”. Ressalva-se que, não obstante o parágrafo único do citado artigo não ter sido sancionado, no veto presidencial, foi-lhe reconhecida razoabilidade, sob o pretexto que o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que o mesmo seja alienado se de valor superior a mil salários-mínimos, “caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade”.

Sucedeu a apresentação da Emenda nº 358, de autoria do Deputado Federal Júnior Coimbra, ao projeto da Lei nº 13.105/15, isto é, ao atual Código de Processo Civil. A proposta bastante se aparenta com o Projeto de Lei nº 51/2006, com a finalidade de que a impenhorabilidade se limite a imóveis cujo valor econômico não supere 1000 (mil) salários-mínimos.

Artigo 790. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

XII - o bem imóvel de residência do devedor e sua família até o limite de mil salários-mínimos. (Art. 790, Projeto de Lei nº 13.105, 2015)

A Emenda teve como fundamento o empecilho àqueles devedores prósperos financeiramente que se valem do instituto do bem de família para se obstem das responsabilidades, no caso de fraude à execução, além disso, a jurisprudência já indica a viabilidade de afastamento da impenhorabilidade, tendo em vista que a percepção do instituto é garantir um patrimônio mínimo capaz de proporcionar dignidade ao devedor e sua família. Não prosperando também essa emenda.

O critério quantitativo certamente não é o único fator a ser considerado para relativizar a impenhorabilidade de um bem de família, tendo em vista, que deve ser observado o padrão de homem médio diante do âmbito social de cada indivíduo. Embora sejam consideráveis as discussões levantadas pelos referidos projetos de lei, o parâmetro a ser analisado como o mínimo necessário a se garantir uma vida digna no quesito moradia, deve pautar-se também em aspectos subjetivos o que não afasta a perspectiva de viabilizar a impenhorabilidade do bem família.

6 A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA Suntuoso

Na fase de execução, ao versar acerca do único imóvel de bem de família ou do imóvel registrado como tal de valor suntuoso, faz-se necessário haver uma ponderação para ser alcançado, pois diversamente do que preconiza a legislação, ao preservar o imóvel de alto valor, não está em consonância com a dignidade da pessoa humana e a condição inferior do credor em relação ao devedor, indo além do que o legislador quis proteger.

Os direitos fundamentais, todavia, não se revestem de caráter absoluto e, no que tange à impenhorabilidade do bem de família, esta matéria já tem sido relativizada quando se tratam de dívidas civis originadas da própria construção do imóvel ou aquisição da própria moradia, bem como de dívidas contraídas por pensão alimentícia, ou quando o devedor, na constituição de mútuo qualquer, disponibiliza como garantia real o bem de família do fiador.

A ausência de definição quanto ao bem suntuoso e a interpretação exata do artigo 1º da Lei 8.009/90 pode produzir efeitos absurdos de estacionar as execuções judiciais, tendo como clímax a alegação que o imóvel é o único, ou que o imóvel capaz de suprir o valor da dívida está registrado como bem de família mesmo possuindo valor elevado. Desta feita, acaba por proteger apenas a instituição familiar do devedor e, de outro lado, sacrifica-se o direito do credor e a efetividade do processo executivo.

Na visão de Marcelo Lima Guerra, 2003, aduz.

O direito fundamental à tutela executiva exige um sistema jurisdicional capaz de proporcionar pronta e integral a satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva. Mas, concretamente, significa: a) A interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) O juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se

justificar à luz da proporcionalidade, como forma de proteção a outro direito fundamental; c) O juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva. (GUERRA, 2003, p. 47)

Diante dessa perspectiva, e tomando como base a teoria do patrimônio mínimo e do mínimo existencial, não há óbice legal à alienação de bem de família de valor suntuoso para pagamento de dívidas civis em geral.

Assim, quando, no caso concreto, houver colisão de direitos fundamentais, as circunstâncias e características próprias, necessitarão ser analisadas para que haja o desfecho mais digno. De outro modo, quando dois direitos fundamentais se colidirem, um deles deverá ceder. Entretanto, não há que se falar em aniquilamento ou mitigação total de um dos direitos, ocorrendo tão somente um balanceamento entre eles a fim de se identificar qual atinge melhor, naquele caso peculiar, a justiça buscada pelo Direito. Seguidamente, não estando impedidos os direitos por estarem no mesmo nível hierárquico, um deles terá maior peso diante das particularidades do feito, aplicando ao presente caso o princípio da ponderação.

Desse modo, como todos os direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana não é absoluta. Efetivamente, o Estado poderá coibir o cidadão, em situações específicas, de um dos seus direitos fundamentais em razão de outro, garantindo, desta forma, a harmonia do ordenamento jurídico.

Percebe-se, assim, que a dignidade, como um valor individual de cada ser humano, deverá ser avaliada e ponderada em cada caso concreto. Não devemos nos esquecer, contudo, daquilo que se denomina como sendo um núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser abalado. (GRECO, 2011, p.73)

Na Lei nº 11.382/2006, foram inseridos, o Princípio da Efetividade e o Princípio da Menor Onerosidade do Devedor, basilares da execução.

O Princípio da Efetividade está para o credor, demonstrando que a adimplência da obrigação será efetivada com maior satisfação recaindo sobre objeto do direito exigido pelo credor, e em distinção com o Princípio, de Menor Onerosidade do Devedor, pois busca onerar da forma mais benéfica possível o devedor, devendo seguir a ordem de preferência legal, ou seja, deve penhorar primeiro o dinheiro e depois o bem móvel ou imóvel do devedor.

É, em síntese, o primeiro ato executivo e coativo do processo de execução por quantia certa. Diz, outrossim, que a penhora é um ato de afetação, porque sua imediata consequência de ordem prática e jurídica, é sujeitar os bens por ela alcançados aos fins da execução, colocando-os a disposição do órgão judicial, para à

custa e mediante sacrifício desses bens, realizar o objetivo da execução, que é a função pública de dar satisfação ao credor. (JUNIOR, 2002, p. 167)

Nesse sentido, Chaves de Farias (2015), aponta que a proibição da penhora de bem imóvel de elevado valor afronta a razoabilidade por não guardar proporcionalidade entre o bem jurídico salvaguardado (o direito a um patrimônio vasto, excedendo o limite do necessário a um padrão médio de vida digna) e o bem jurídico sacrificado (a pretensão do credor). Não é razoável permitir que o devedor mantenha um alto padrão de vida, com conforto e comodidade excessivos, em detrimento de seus credores que, não raro, sofrem um comprometimento de sua dignidade. (FARIAS, 2015)

Com isso, acertadamente julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo, quando reconheceu a penhorabilidade de imóvel residencial de alto valor, com esteio na proteção do mínimo existencial e na dignidade da pessoa humana, vejamos:

Bem de família - Penhora - Admissibilidade nas particularidades do caso - Hipótese em que o imóvel comporta venda, com reserva do suficiente para aquisição de outro de menor valor - Resguardo da moradia sem eliminação da dignidade - Agravo de instrumento desprovido.

(TJ-SP - AG: 990100735160 SP, Relator: Luiz Sabbato, Data de Julgamento: 28/04/2010, 13ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/05/2010)

Há no Judiciário inúmeros problemas relacionados à falta de bens passíveis de penhora nas execuções cíveis. Ou seja, em muitas ações, o credor tem a sentença favorável no processo de conhecimento, porém, ao chegar à execução, não tem seu crédito satisfeito por falta de bens passíveis de penhora.

Muitas vezes, o devedor possui apenas o imóvel onde reside com sua família, porém este imóvel é de alto valor econômico, podendo ser penhorado para satisfazer a dívida e ainda com o saldo remanescente proporcionar um valor suficiente para que o devedor adquira outra residência que, apesar de menos vultosa, seja digna, garantindo, assim, a dignidade sua e de sua família e, o direito a moradia ao devedor, tendo em vista que a moradia é o reflexo da dignidade da pessoa humana, ao tempo em que também é efetivado o direito de crédito.

É que, não havendo outros bens penhoráveis (móveis ou imóveis) pertencentes ao devedor, restará inviabilizada a tutela jurisdicional, caso não seja possível ao credor penhorar um imóvel de elevado valor do executado, o que, a toda evidência, excede o conceito de padrão médio de vida digna. Nesse caso, ao cancelar a proteção do vultoso patrimônio de um devedor abastado, o Estado estará abandonado o credor,

deixando-o à mingua, com a frustração de seu crédito, apesar do devedor possuir um vasto patrimônio. (FARIAS, 2015)

Consoante entendimento de Chaves de Farias (2015), em se tratando, pois, de bem imóvel de elevado valor, é possível a sua penhora, de modo à satisfação do crédito, resguardando ao devedor um valor mínimo, básico, necessário à aquisição de um imóvel de valor médio para um padrão de vida digna. (FARIAS, 2015)

A outro giro, também é conveniente registrar que a possibilidade de penhora do bem imóvel único de alto valor depende de comprovação de absoluta ausência de outros bens passíveis de penhora, apresentando-se, pois, com evidente feição residual.

A posição jurisprudencial atualmente ela é minoritária pelo reconhecimento da penhorabilidade do bem de família suntuoso. O que os Tribunais em maioria vêm entendendo é que o bem de família quando luxuoso não por esse motivo, pode ser atingido, justamente por não existir disposição legal com essa orientação. Muitos julgados mencionam que o legislador tentou incluir no ordenamento essa questão, porém foi vetada. Mas, já existem correntes tanto na justiça comum quanto na trabalhista favoráveis à flexibilização da impenhorabilidade quando o bem de família for luxoso, todavia ainda é minoritária as decisões que entendem nesse sentido.

Interpretando de forma extensiva ao artigo 833, inciso II do Código de Processo Civil (CPC), seria possível também permitir a excepcional penhora do bem de família que fosse considerado suntuoso e que não correspondesse a um padrão médio de vida da maioria das famílias brasileiras, resguardando um valor que fosse suficiente para o devedor adquirir outro bem que, embora de valor mais baixo do que o penhorado, também fosse capaz de garantir a sua dignidade e a de sua família.

Sustenta Venosa (2015), em um primeiro enfoque, parece que a lei incentiva o calote e a fraude. De fato, permite-se que com facilidade suas disposições sejam utilizadas fraudulentamente. A nosso ver, porém, existe outro efeito que não pode ser desconsiderado. Haverá, sem dúvida, maiores dificuldades de obtenção de crédito por todos aqueles que nada mais possuem, que não um imóvel residencial. Nesse aspecto, não podemos deixar de concluir que se trata de lei de visão estreita. Muitas relações negociais foram assim prejudicadas. (VENOSA, 2015, p. 443).

Conforme exposto, é possível afirmar que a penhora do bem de família de alto valor não fere o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista, que tal bem ultrapassa o

conceito de padrão médio de vida digna. Desta feita, havendo a penhora do bem de alto valor, é possível garantir o direito do credor de receber do Estado uma tutela eficaz, protegendo a segurança jurídica e o cumprimento dos acordos realizados com autonomia da vontade e preservando também o direito à moradia do devedor.

Em diversos casos, o devedor não possui outros bens capazes de satisfazer o crédito do credor, restando apenas o bem de família, às vezes dois ou mais imóveis sendo o de maior valor registrado como residência de família, e apenas este possui capacidade para quitar a dívida. Nesse caso, deve ser relativo à possibilidade de penhora desse imóvel, havendo a alternativa do devedor residir em outro imóvel de menor valor ou adquirindo um imóvel com o saldo residual do imóvel suntuoso residencial de família.

Nesse mesmo sentido, de forma acertada, Arenhart (2008), assevera que “não havendo outros bens penhoráveis, o impedimento de penhora de tais bens inviabilizaria a tutela do credor, em manifesta ofensa à garantia do amplo acesso à justiça”. (ARENHART, 2008)

Independente de soluções apriorísticas, impõe-se ao juiz, em cada caso concreto, considerar se a proteção do sistema jurídico deve ser dedicada ao patrimônio do devedor (especificamente ao patrimônio mínimo necessário para viver dignamente) ou ao direito apresentado pelo credor, harmonizando as garantias constitucionais. Até porque não se pode olvidar que o credor também merece ver respeitada a sua dignidade. Por isso, pode o magistrado, casuisticamente, autorizar a penhora de bens que, em linha de princípio, estariam protegidos, por exceder o necessário para viver dignamente, garantindo um mínimo de dignidade ao devedor e atendendo ao crédito da outra parte. Aqui, serve o exemplo de um suntuoso bem pertencente ao devedor, mas protegido pela impenhorabilidade legal como a televisão única de plasma, com elevado preço de mercado. Nesse caso, pode ser autorizada a penhora do bem, restituindo-se um valor para o devedor manter um bem de padrão médio. E, por igual, poderá também o juiz reconhecer a proteção de certos bens que, no texto frio e expresso de lei, seriam penhoráveis, mas que tocam de algum modo, a dignidade do devedor. Nesse último caso, é o exemplo da cadeira de rodas de uma pessoa com deficiência locomotora ou o instrumento musical de um devedor que está estudando para se profissionalizar. (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 801)

Acrescenta Marcos e Diego Garcia (2016) que o Direito não é somente aquilo que está positivado nas leis e nos códigos, devendo o magistrado se valer de princípios maiores, mediante a utilização do juízo de proporcionalidade, para verificar no caso concreto qual a solução razoável prestigia a dignidade da pessoa humana. Somente assim estará contribuindo

para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária tanto para credores como para devedores. (MARCOS e GARCIA, 2016)

Sendo assim, é importante haver uma ponderação entre o direito do devedor em continuar com uma moradia digna com o mínimo existencial, conforme preconiza a legislação e o direito do credor em ter proveito de uma tutela jurisprudencial efetiva para que obtenha a satisfação do seu crédito. Para que haja uma devida justiça deverá ser preservada a dignidade do devedor bem como do credor na mesma proporção de direitos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O bem de família foi instituído em 1839, no Estado do Texas, surgindo no Brasil através do Código Civil de 1916, tendo como fundamento resguardar a residência utilizada pela entidade familiar, visando o mínimo existencial.

A lei nº 8.009/90 surgiu com a pretensão de proteger o imóvel destinado à família de modo amplo, salvaguardando o mínimo existencial, independentemente da vontade dos proprietários, não sendo a impenhorabilidade do bem de família pela referida lei absoluta.

Toda a construção dos direitos fundamentais presentes na Carta Magna visa assegurar à pessoa humana as exigências básicas e indispensáveis a uma vida digna em sociedade, além disso, o direito à moradia e a proteção ao bem de família são direitos fundamentais que visam assegurar “condições mínimas”, o desenvolvimento de uma pessoa e para a construção de uma sociedade.

É razoável, apreciar a inteligibilidade do imóvel que excede o essencial, ou seja, o indispensável a uma vida digna em detrimento da vontade totalmente legítima do credor em ter seu crédito satisfeito, porém, percebe-se que diante da ausência legislativa acerca do tema os tribunais vêm decidindo majoritariamente pelo caráter absoluto da impenhorabilidade do único imóvel Residencial do executado.

Necessário o legislador analisar a classe social de cada indivíduo para ponderar a possibilidade de penhorar o bem de família, apontando o mínimo existencial para realização de necessidades básicas, não tendo apenas como base o quantitativo para fins da penhora do imóvel de valor exorbitante.

Contudo, percebe-se que a urgência na criação de um critério mais objetivo para que sejam analisados de acordo com o princípio da proporcionalidade a relativização da penhora do bem de família único ou daquele registrado como imóvel residencial de valor exorbitante,

para satisfazer o credor. Se, de um lado, tem-se o devedor, que não pode ter seu patrimônio retirado de forma com que se veja comprimido a um patamar de indignidade do outro tem o credor também sujeito de direitos.

Dessa forma, o judiciário deve buscar uma harmonia entre o direito do credor e o direito à moradia do devedor, frisa-se que o direito do devedor seria à moradia e não à propriedade do bem. Pelo exposto, entende-se possível a penhora de um bem de família quando o seu valor for muito superior ao da dívida.

Com base nas disposições acima apresentadas, acredita-se em prescindir a atualização e flexibilização, da legislação, em especial ao artigo 1º da Lei nº 8.009/90, havendo previsão de limites valorativos quando da caracterização do bem de família a fim de que se alcance efetivamente a justiça resguardando o direito do devedor ao mínimo existencial e do credor a satisfação da obrigação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcus; GARCIA, Diego. Penhora de bem de família luxuoso. **Revista Visão Jurídica**, edição 123/2016. Disponível em: <file:///C:/Users/juridico/Downloads/5073-14993-1-PB.pdf>. Acesso em 14 de set. 2018.

ARENART, Sérgio Cruz. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários. **TEX**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/64-artigos-jun-2008/6025-a-penhorabilidade-de-imovel-de-familia-de-elevado-valor-e-de-altos-salarios>>. Acesso em 14 de set. 2018.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução** / Araken de Assis. – 17. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família – Com comentários à Lei 8.009/90**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 de set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/L6015compilada.htm>>. Acesso em: 18 de out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.009**, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em 08 de set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 de ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 de set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.144**, de 06 de julho de 2015. Disciplina o instituto do bem de família, para assegurar proteção ao patrimônio do novo cônjuge ou companheiro do devedor de pensão alimentícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13144.htm>. Acesso em: 14 de set. 2018.

BRASIL. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em: 18 de set. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 51/2006**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materiais/-/materia/77836>>. Acesso em: 18 de out. 2018.

BRASIL. **Súmula nº 364**. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf>. Acesso em: 14 de set. 2018.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de Família – Teoria e Prática**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHAVES, Antonio. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2011, v.5.

DUTRA, Maristela Aparecida. PEREIRA, Verônica Miranda. Penhorabilidade do bem de família de imóvel de alto valor: Análise sobre o prisma do mínimo existencial. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://maristeladutra.jusbrasil.com.br/artigos/510343853/penhorabilidade-do-bem-de-familia-de-imovel-de-alto-valor>>. Acesso em: 14 de set. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 7.ed. revista ampliada e atualizada, São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. – São Paulo: Saraiva, 2016.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves**. - 14 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P.47.

Lei das XII Tábuas (450 a.C). **DH NET**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 10 de set. 2018.

LUNA, José Alexandrino de. Da Necessidade de Manutenção da Impenhorabilidade do Bem de Família de Qualquer Valor Pecuniário. **Lex Magister**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_23972622_DA_NECESSIDADE_DE_MANUTENCAO_D_A_IMPENHORABILIDADE_DO_BEM_DE_FAMILIA_DE_QUALQUER_VALOR_PECUNIARIO.aspx>. Acesso em: 18 de set. 2018.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. História do Direito, 2015. **Jornal Carta Forense**. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/processo-formular---a-evolucao-do-direito-romano/156>>. Acesso em: 25 de nov. de 2018.

MORAES, Maria Celina Bodim. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NOVO, Benigno. Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Jus.com.br**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63381/o-direito-internacional-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

O Homestead ACT (ATO DE PROPRIEDADE RURAL). **GEO-CONCEICAO**. 2012. Disponível em: <<http://geoconceicao.blogspot.com/2012/08/o-homestead-act-ato-de-propriedade.html>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SARMENTO. Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Forense: 2002, 2v.

TJ-SP. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AG 990100735160 SP. Relator: Luiz Sabbato. DJ: 28/04/2010. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9206907/agravo-de-instrumento-ag-990100735160-sp/inteiro-teor-102818392>>. Acesso em: 11 de fev. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família / Sílvio de Salvo Venosa**. – 15. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. – (Coleção direito civil; v.6).

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. **Bem de Família**. 1. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COMPREENDENDO O USO DE CRIANÇAS-SOLDADOS NO CENÁRIO PENAL INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DE SUAS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

*Nanny Santana Leal de Figueiredo**

*Thais Adileu Oliveira***

RESUMO: O presente trabalho tem como seu tema primordial o exame da experiência de Crianças-Soldados inseridas em grupos armados não-estatais, com o objetivo de explorar qual o apelo do uso de crianças em conflitos, assim como perquirir sobre quais são os impactos dessa conduta nas vítimas e por fim, avaliar a resposta judicial no âmbito penal internacional, através da análise dos três casos mais emblemáticos: o de Charles Taylor, ex-presidente de Serra Leoa, perante a Corte Especial de Serra Leoa (CESL) em 2012. Assim, como os casos de Thomas Lubanga e Dominic Ogwen, ambos ocorridos no Tribunal Internacional (TPI), em 2012 e 2017, respectivamente. Conclui-se pela importância do aparato judicial para inibir a prática desse crime, através da persecução penal efetiva que constrói um quadro jurisprudencial coeso sobre o tema e se torna um contraponto forte as percebidas vantagens de recrutamento e uso de crianças pelos grupos. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo por meio de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Crianças-Soldados. Conflitos. Justiça Penal Internacional.

ABSTRACT: This work has as its main theme the examination of the experience of Child Soldiers inserted in non-state armed groups, with the objective of exploring the appeal of the use of children in conflicts, besides investigating what are the impacts of this conduct on victims and, finally, evaluate the judicial response in the international criminal sphere, through the analysis of the three most emblematic cases: that of Charles Taylor, former president of Sierra Leone, before the Special Court of Sierra Leone (CESL) in 2012. As well as the cases of Thomas Lubanga and Dominic Ogwen, both of which occurred in the International Court (ICC), in 2012 and 2017, respectively. For its conclusion, it reinforces the importance of the judicial apparatus to inhibit the practice of this crime, through effective criminal prosecution that builds a cohesive jurisprudential framework on the subject and becomes a strong counterpoint to the perceived advantages of recruiting and using children by the groups. The method used was hypothetical-deductive through bibliographic research.

KEYWORDS: Child Soldiers; Conflicts; International Criminal Law.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Uma análise das razões que compõem o uso de Crianças-Soldados. 2. Os danos causados à crianças-soldados. 2.1 Discriminação e o estigma sofridos por crianças-soldados. 3. A resposta judicial no cenário penal internacional ao crime do uso de crianças-soldados.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: nannyslf@gmail.com

** Pós-graduada em Direito Internacional pelo Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais. E-mail: thais.adileu@graduateinstitute.ch

1 INTRODUÇÃO

O uso de crianças soldados é uma prática reprovada pela comunidade internacional há décadas. Em 1977, os Protocolos Adicionais da Convenção de Genebra proibiram especificamente o uso de crianças em conflitos em curso, tanto de natureza internacional como não internacional.

Contudo, os dados mostram que desde 2016, crianças têm sido empregadas como soldados em conflitos de pelo menos 18 países (CHILD WORLD INDEX, 2018) e o número total de crianças soldados chega a aproximadamente 250.000 em todo o mundo (CHILD SOLDIERS, 2020).

Essa prática não se restringe a grupos armados não-estatais, mas também a forças armadas governamentais que ativamente recrutam menores de 18 anos para fazer parte de seus membros. Nesse sentido, cinquenta países ainda permitem que crianças sejam recrutadas para seus exércitos, de acordo com a *Child Soldiers International* (2018).

A lista anual de “*name and shame*” presente no Relatório Anual sobre Crianças e Conflitos Armados do Secretário-Geral da ONU de 2017 destacou as forças armadas do Afeganistão, Mianmar, Somália, Sudão do Sul, Sudão, Síria e Iêmen pelo recrutamento e uso de menores de 18 anos para conflitos armados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017).

O relatório constatou, ainda, que havia ao menos 4.000 violações verificadas por forças governamentais e mais de 11.500 por grupos armados não-estatais nos 20 países que examinou (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017). Logo, o foco maior desse crime são os grupos paramilitares, milícias e rebeldes que veem as crianças como um recurso acessível e barato para promover seus combates.

Pesquisas mostram que crianças recrutadas em grupos militares e armados sofrem danos graves e de longo prazo, mesmo quando não são usadas na guerra (WAR CHILD UK, 2018). Portanto, observa-se a extrema urgência e relevância desse assunto para a sociedade, que merece ser aprofundado.

Embora várias ONGs lidem com isso em constante militância, e a prática do recrutamento de crianças-soldados consista em uma das seis violações graves identificadas e condenadas pelo Conselho de Segurança da ONU na Resolução 1612 de 2005, continua sendo necessário sensibilizar a população mundial sobre este problema.

Acima de tudo, é essencial uma mudança de cultura para combater o uso de Crianças-Soldados e uma das formas de o conseguir é educar a população sobre as razões pelas quais acontece e os problemas que isso acarreta, não só para as crianças, mas também para os perpetradores deste crime.

O presente trabalho tem como foco a experiência de Crianças-Soldados inseridas em grupos armados não-estatais, com a finalidade de elucidar qual o apelo do uso de crianças para promoção de conflitos, assim como perquirir sobre quais são os impactos dessa conduta nas vítimas e por fim, avaliar a resposta judicial no âmbito penal internacional, através do exame dos três casos mais emblemáticos: o de Charles Taylor, ex-presidente de Serra Leoa, perante a Corte Especial de Serra Leoa (CESL) em 2012. Assim, como os casos de Thomas Lubanga e Dominic Ogwen, ambos no Tribunal Internacional (TPI), em 2012 e 2017, respectivamente. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo por meio de pesquisa bibliográfica.

2 UMA ANÁLISE DAS RAZÕES QUE COMPELEM O USO DE CRIANÇAS-SOLDADOS.

Para entender a razão, ou razões, do uso recorrente de Crianças-Soldados em conflitos, primeiramente é preciso conceituar quem de fato são essas crianças e como elas são recrutadas, para então estabelecer quais seriam as vantagens de usá-las na visão dos grupos armados.

É possível construir a definição de Crianças-soldado através de análise do quadro normativo internacional – convenções, tratados e direito costumeiro. Posto isto, apesar das divergências quanto à idade mínima em que o indivíduo pode ser recrutado, o consenso legal define os soldados juvenis como meninos e meninas menores de dezoito anos de idade que são utilizados por grupos ou forças armadas, por razões militares, em qualquer função, desde cozinheiros a soldados propriamente ditos (MARKOVIĆ, 2015). Esta é a definição adotada pela Unicef, com base nos Princípios de Cape Town de 1997¹.

É pertinente observar também que “Criança-Soldado” não se alude apenas a uma criança que está portando ou que tenha portado armas. O conceito é propositalmente amplo,

¹ No mesmo sentido, há a definição prevista nos Princípios de Paris em 2007.

de forma a expandir a proteção para o máximo de crianças possível, para assegurar suas inserções em programas de desmobilização e reintegração (NORTE, 15 2015).

Nessa senda, deve-se citar o exemplo das meninas recrutadas para o acampamento Frente Revolucionária Unida (RUF) – grupo guerrilheiro atuante na Serra Leoa, com o apoio do então presidente da Libéria, Charles Taylor. Na maioria dos casos, elas eram utilizadas como mercadorias para ser negociação. Segundo Mazurana e Mckay (2001), em Serra Leoa e Uganda, quanto maior o status de um comandante masculino, mais ele recebia garotas sequestradas para serem suas “esposas” – uma espécie de recompensa. Essas meninas também integram o conceito de Crianças-Soldados.

No que tange o recrutamento dos menores, reputa-se que este pode ser realizado de três maneiras: eles podem ser forçosamente recrutados, ou se voluntariarem para isso, ou então são radicados desde o nascimento para servir em grupos armados.

O recrutamento forçado constitui-se primariamente pelo sequestro de crianças dos seus ambientes de convívio. Uma definição mais precisa estabelece:

O recrutamento involuntário/forçado é caracterizado pelo facto das crianças serem constringidas a incorporarem as forças ou grupos armados, através de ameaças ou do recurso à força (violência). O modo por excelência utilizado é o rapto. As crianças são transferidas das suas casas, escolas ou ruas e levadas para um outro lugar, diferente daquele em que aquelas livremente se encontravam. Estes são os locais preferenciais para o rapto, uma vez que contêm um elevado número de crianças e a presença de polícia ou de outros meios para evitar os raptos são praticamente inexistentes. As que são recrutadas à força “provêm geralmente de grupos especiais de risco: crianças de rua, populações rurais pobres, refugiados e outras pessoas deslocadas (os mais vulneráveis às campanhas eficientes de recrutamento)” devido à forma como facilmente um recrutador consegue intimidá-las (NORTE, 2015, P. 7).

Já o alistamento voluntário ocorre num cenário distinto, em que os conflitos armados indiretamente causam a degradação da situação socioeconômica e política dos países em que ocorrem. Nesse sentido, alguns dos seus efeitos indiretos são: acesso reduzido à comida, higiene, serviços de saúde e água limpa (NEUMAYER; PLUMPER, 2006).

Assim, para as crianças que se veem sem perspectiva, o engajamento nos grupos armados se apresenta como a única opção viável para garantir sua sobrevivência. Isso pode ser visto atualmente no Oriente Médio e no Norte da África, onde o recrutamento de crianças-

soldado praticamente dobrou no ano de 2017, devido a recorrente violência e a falta de serviços básicos para a população, de acordo com a ONU (MCVEIGH, 2017).

Os grupos armados não-estatais derivam seu apelo das promessas de recompensa como salários, oportunidades de saque, entre outros. As recompensas também podem ser não pecuniárias, se repartindo em funcionais e solidárias com foco no apelo da emoção do trabalho militar e da camaradagem que surge dentro dos grupos (BJØRKHAUG, 2010).

No Sudão do Sul, onde o conflito interno empregou 18.000 Crianças-Soldados de 2013 até 2017, várias delas realmente estavam ansiosas para se alistar, uma vez que os grupos armados lhes ofereciam segurança, um senso de pertencimento e supriam suas necessidades básicas de alimentação e abrigo (BURKE, 2017).

Nessa perspectiva, há o relato de ex-combatente do Mai-Mai – uma das milícias comunitárias da República Democrática do Congo:

A população dos aldeões estava vivendo desabrigada. Minha família inteira e todos os meus parentes e amigos estavam desabrigados. Então nós decidimos nos proteger, salvaguardar a nossa “terra” e lutar. Todos os homens jovens estavam envolvidos, membros da família, amigos e a comunidade toda. Sabe, nossos pais não poderiam nos dar suporte, não havia mais taxas escolares e nem lares. Quando eu completei 16 anos, eu me juntei ao Mai-Mai [...] (tradução livre) (SHAUER; ELBERT, 2010).

Reforçando essa visão ainda, existe estudo realizado por meio de entrevistas com ex-crianças-soldados que lutaram durante a guerra civil da Libéria, e que chegou às seguintes conclusões: algumas crianças juntaram-se à guerra porque não tinham acesso a uma alimentação adequada na região onde viviam. Outras aderiram devido às perspectivas de aquisição de bens saqueados durante os combates, enquanto algumas se alistaram para vingar o assassinato de um membro ou membros da família. Houve ainda aquelas que lutaram na guerra devido à pressão e influência dos colegas (SESAY et al, 2012).

Assim, pode ocorrer da cultura do próprio Estado encorajar a participação dos menores em hostilidades. Tal como no Iêmen, onde eles são realmente incentivados por suas famílias a se alistarem e participarem do combate, pois é considerada uma atitude honrosa (MIDDLE EAST EYE, 2017).

Sobre a radicação das crianças que já nascem dentro dos grupos armados, cita-se dois exemplos práticos: em Camboja e El Salvador, onde meninas grávidas que eram membras de grupos armados tiveram a opção de abortar ou dar seus bebês aos camponeses. Neste último

caso, eles seriam tutelados até que chegassem a idade de lutar, quando então seriam recuperados para o combate (MAZURANA; MCKAY, 2001).

Em Uganda, ao final dos anos 90, algumas das garotas raptadas que engravidaram foram levadas para campos especiais no Sudão e cuidadas pelas antigas comandantes do *Lords' Resistance Army* (LRA) até o nascimento dos bebês; seus filhos se tornariam a seguinte geração de combatentes do LRA (MAZURANA; MCKAY, 2001, p. 34 apud PAKKALA, 2001).

Vale ressaltar que o conflito civil no norte de Uganda é um exemplo particularmente cruel da realidade do uso de jovens como soldados em que o rapto de crianças foi utilizado como método primordial de recrutamento para o grupo LRA e cerca de 90% de seus recrutas foram infantes (DERLUYN et al., 2004). Estima-se que até 20.000 tenham sido sequestradas durante o interim da hostilidade.

Relativo as duas primeiras formas de recrutamento, é perceptível seu caráter manipulador e forçado. Não deve ser considerado “voluntário” o alistamento de garotos(as) que vivem assolados pela pobreza, falta de educação acessível ou de qualquer outro parâmetro de qualidade vida. E mesmo os que se juntam para orgulhar suas famílias, ou por ideologia, são absolutamente influenciadas pelo meio em que vivem.

Além disso, a compreensão deles a respeito do que realmente significa se juntar a um grupo armado é limitado, pois não possuem uma noção real do trauma envolvido, dos abusos e a da violência constante em que serão submetidos. Uma vez recrutadas, as crianças são empregadas em múltiplas funções, muitas que oferecem risco à sua sobrevivência. Elas podem ser treinadas para o combate, espionagem ou até serem usadas como escudos humanos, ou para limpar campos minados (MARKOVIĆ, 2015).

Ademais, durante a sua permanência nestas forças ou grupos armados, elas são sujeitas a brutalidade constante, sofrendo ameaças caso tentem fugir, além de serem espancadas, drogadas, e forçadas a passar fome. Em alguns casos, como forma de iniciação, ainda são obrigadas a assassinar os próprios parentes à fim de se dissociarem de como suas vidas anteriores (MARKOVIĆ, 2015). Sobre essas experiências, pode-se ler, *in verbis*:

Uma vez no LRA, as crianças foram forçadas a participar em combates, a realizar incursões, a saquear e queimar casas e matar e mutilar outras crianças-soldados e civis. Elas foram pisoteadas até a morte, espancadas ou mutiladas, seja como punição ou se estivessem fisicamente incapazes de acompanhar sua unidade. Meninas foram estupradas e muitas tiveram filhos enquanto o LRA.... um grande

número de raptados e seus filhos permanecem desaparecidos. Muitos, sem dúvida, morreram em batalha, foram mortos por seus sequestradores ou morreram de ferimentos físicos ou doenças (tradução nossa) (CHROBOK AND AKUTU, 2008, p. 5).

As práticas supramencionadas integram o treinamento das crianças e posteriormente se incorporam as atividades por elas exercidas dentro do grupo. No contexto do treinamento, depreende-se o uso da técnica de “terrorismo” como uma forma de disciplinar os recrutas (SMEULERS; GRUNFELD, 2011). Nessa lógica, comumente se utilizam da agressão física e verbal, *bullying* ou sustos a criança, além de chantagens e ameaças de morte (D’ALESSANDRA, 2014) para condicioná-las à atividade “militar”. Após as crianças se habituarem a essa realidade trágica, reiteradamente elas próprias são encarregadas de capturar ou treinar novos membros, infligindo neles os mesmos sofrimentos pelos quais foram subjugadas, criando um ciclo contínuo de abuso.

Considerando a crueldade dessa práxis, é oportuno averiguar o que torna o uso de Crianças-Soldados tão atraente para as forças armadas e grupos em todo o mundo e em que medida ele é vantajoso. Existem diversas respostas para essas perguntas, mas antes de tudo, o apelo das crianças pode ser assim resumido: elas são manipuláveis, de manutenção barata e facilmente substituíveis.

Por exemplo, em muitos países africanos que estão atualmente em conflito, as crianças representam 50% da população (DALLAIRE, 2011), portanto, elas são vistas como uma fonte inesgotável de soldados. Além disso, sendo regularmente afetadas pela instabilidade social e pela pobreza causada pelos conflitos, elas não exigem muito para serem mantidas pelos grupos armados. Como já mencionado anteriormente, irão aceitar compensação na forma de “salários, recompensas monetárias únicas (geralmente associadas a saques) e outras recompensas tangíveis, como drogas e álcool” (ANDVIG; GATES, p. 81).

E ainda existe a vantagem tática que elas oferecem aos grupos armados – sendo úteis para desestabilizar e angustiar seus oponentes (JONES, 2018). Nesse sentido, James Fergusson (FERGUSSON, 2008) narra a história de dois soldados em serviço no Afeganistão que estavam sob o ataque de artilharia pesada. Quando um deles tentou revidar, parou horrorizado ao perceber que havia mulheres e crianças em sua mira. Os atiradores do Taleban, tinham os colocados à sua frente como uma barreira humana de proteção - uma tática que os soldados ouviram falar sobre, mas nunca testemunhado antes disso.

Finalmente, elas são mais manipuláveis do que adultos com personalidades totalmente formadas (DUDENHOEFER, 2016). Uma vez que as crianças mais novas, em particular, podem não ter um senso formado de medo, elas são preferíveis ao uso porque aceitam tarefas mais perigosas sem propriamente questioná-las (WESSELS, 2006). Ademais, como suas identidades ainda estão sendo formadas, elas podem ser mais prontamente controladas, afinal dependem de proteção e orientação (DUDENHOEFER, 2016) e os grupos armados estão dispostos a oferecer isso no lugar de suas famílias.

Uma das maiores evidências disso foi o uso de crianças na LRA sob o comando de Joseph Kony. Sua doutrinação se tornou notória, pois ele empregou várias táticas psicológicas para manipular os recrutas. Por exemplo, se apresentando como um ser poderoso com a habilidade de entrar contato com espíritos, fomentando o medo de fuga sob pena de assassinato (MARK, 2013). Pior ainda, fazendo-os matar aqueles que tentaram escapar (MARK, 2013), para servir de exemplo aos outros.

Tudo isso criou um ambiente no qual as Crianças-Soldados sentiam que sua única opção era permanecer leais ao LRA, pois não havia outro tipo de vida para elas. Alguns deles foram completamente convertidos, ascendendo ao topo da hierarquia, como Dominic Ongwen. O caso dele se tornou emblemático no cenário internacional, ao ilustrar os danos psicológicos – algumas vezes irreversíveis – que esses soldados sofrem, de forma que passam impor a outras crianças o mesmo destino trágico. Essencialmente, a experiência de ser Criança-Soldado gera marcas indeléveis na personalidade e socialização do indivíduo, sendo então cabível o exame desse fenômeno.

3 OS DANOS PSICOLÓGICOS E SOCIAIS CAUSADOS À CRIANÇAS-SOLDADOS

A vivência como Criança-Soldado insere os sujeitos em um contexto de vitimização, pautado pelos eventos traumáticos que geram consequências diretas em seus psicológicos. Nesse sentido, distúrbios como transtorno de estresse pós-traumático (TEPT), depressão e ansiedade são recorrentes nesses indivíduos.

Abusos inerentes à experiência de recrutamento, como terrorismo (anteriormente citado), isolamento e corrupção das crianças afetam o seu desenvolvimento saudável de maneira incisiva. Destarte, isolar alguém de sua experiência social comum, de modo a afastá-lo do convívio familiar e do ambiente escolar (SMEULERS; GRUNFELD, 2011), viola o seu direito ao crescimento desimpedido, assim como prejudica sua capacidade de formar uma identidade pessoal (D'ALESSANDRA, 2014).

Nessa senda, as Crianças-Soldados portam ao mesmo tempo identidades multifacetadas, mas desenvolvem a falta de uma posição social permanente e estável (HONWANA, 2005). Elas ocupam funções de algozes e vítimas, oscilando entre a independência de seus atos e o controle absoluto hierárquico sob sua vida. Toda essa complexidade vivida no cotidiano de um grupo armado não-estatal dificulta o seu retorno às comunidades após os conflitos, assim como sua ressocialização.

Sobre a vertente da corrupção de uma criança, implica-se no seu engajamento em comportamento destrutivo e/ou antissocial (D’ALESSANDRA, 2014, p. 8), e.g. encorajando-a a se envolver em atos de morte, destruição e sabotagem. Assim, ela se torna incapaz de participar de experiências sociais normais novamente. Pode-se observar em concreto a repercussão desse abuso, por meio do depoimento de K.K.G, um outro ex-combatente do Mai-Mai:

(...) depois que eu saí e agora estou no centro de transição, eu tenho esses pesadelos horríveis. Eles são sempre sobre as crianças que nós matamos, especialmente seus crânios esmagados e eu escuto a voz do comandante me ordenando a fazer coisas. Eu acordo e fico com medo. Meu coração bate forte estes dias e algo na minha cabeça é tão intenso. Por um lado, eu tenho uma nova vida e deixei a floresta para trás, assim como toda as dificuldades daqueles dias e, por outro, eu penso nos tempos (...) tivemos. Eu só queria que minha cabeça voltasse ao normal outra vez. (SCHAUER; ELBERT, 2010, p. 320, tradução livre).

Apesar das pesquisas sobre efeitos da experiência de ser Crianças-Soldados serem mais limitadas aos contextos e territórios específicos em que elas foram vividas, muitas sendo datadas ao início dos anos 2000, é pertinente examinar seus achados no intuito de obter um referencial interpretativo sobre como essa prática afeta os menores.

Nessa lógica, o estudo realizado em Ruanda por Broekaert, Derluyn, De Temmerman e Schuyten em 2004, onde 311 indivíduos foram entrevistados, traz números alarmantes sobre a incidência de TETD, ansiedade e depressão. Da amostra de 71 crianças, 97% foram diagnosticadas com reações de estresse pós-traumático. Além disso, a conclusão geral da pesquisa estabeleceu que em comparação a outros jovens que não foram recrutadas, o ex-combatentes eram mais ansiosos e deprimidos, assim como mais hostis, menos socialmente proativos e menos confiantes em si mesmos.

Outro estudo, dessa vez centrado no Nepal, acumulou evidências de que 55,3% preencheram os critérios de diagnose padrão para TETD, 53,2% corresponderam aos critérios para depressão e 46,1% para transtorno de ansiedade (KOHRT et al., 2008). Por fim, uma

pesquisa realizada com ex-combatentes em centros de reabilitação no Congo e em Uganda confirmam essa tendência generalizada do sofrimento de TETD em relação as vítimas, onde um terço dos entrevistados demonstraram sintomas do transtorno.

O denominador comum nessas pesquisas é o estado emocional fragilizado dos jovens que foram subjugados pelos grupos armados não-estatais. Nessa perspectiva, os impactos psicológicos sofridos pela maioria deles incluíam recorrentes sensações de tristeza, preocupações, pensamentos suicidas e medos (D’ALESSANDRA, 2014).

Ademais, os indicadores sugeriram que a exibição dos sintomas mais graves de aflição psicossocial são, normalmente, por parte daqueles que vivenciaram maior violência. A conexão entre esses dois fatores foi identificada entre as populações afetadas pela guerra em cenários tão distintos como Iraque, Camboja, Ruanda e Croácia (AJDUKOVIC, D.; AJDUKOVIC M., 1998; DYREGROV et al., 2002; DYREGROV et al., 2000).

Embora uma pluralidade de trabalhos ilustrem o risco de declínio da saúde mental entre ex-Crianças-Soldados, a variabilidade substancial desses resultados em diferentes ambientes sugere que o ajuste psicossocial de longo prazo é influenciado não apenas por experiências de guerra anteriores, mas também por fatores pós-conflito, que podem diferir amplamente (D’ALESSANDRA, 2014).

Nessa acepção, foi-se observado em estudo que os efeitos prejudiciais na saúde mental persistiram nos menores em comparação com os sujeitos da amostra de controle, mesmo após o ajuste para exposição à violência (NEPAL, KOHRT, et al., 2008). Especulou-se então, que outros processos, como experiências de discriminação e estigma, podem ser responsáveis por essas distinções.

Posto que essas crianças são muitas vezes condenadas pelas atrocidades que cometeram, principalmente contra seu próprio povo – sua efetiva reabilitação psicológica e reintegração social podem ser seriamente prejudicadas (BROEKAERT, et al., 2004). Desse modo, deve-se proceder com a ponderação sobre o tratamento dado as Crianças-Soldados que retornam as comunidades natais e como elas são percebidas pela população.

3.1 A discriminação e o estigma sofridos por crianças-soldados

É importante considerar que as Crianças-Soldados não têm uma experiência uniforme durante o seu período de serviço em grupos armados, dessa forma os traumas e exposição à violência variam em grau e intensidade. Portanto, ao retornarem a suas comunidades, nem

todas serão hostilizadas por suas atuações, sendo considerada sua participação concreta em hostilidades perpetradas como um fator determinante para seu acolhimento por parte do povo.

Conforme essa perspectiva, na Serra Leoa, uma pesquisa com ex-combatentes (nesse caso incluindo adultos e ex-Crianças-Soldados) constatou que taxas mais altas de exposição à violência se relacionavam a índices mais baixos de aceitação pela coletividade (BETANCOURT et al., 2010).

Em contraste, observa-se que meninas, em específico, foram repelidas, assim como estigmatizadas ao retornar para suas comunidades, pois, na visão da população, as jovens foram corrompidas (fisicamente e moralmente) pelos grupos armados devido à sua associação com eles (KOHRT et al., 2010; BURMAN et al., 2007). Percebe-se que a vivência pós-conflito também será marcada pela diferença de gênero.

Os sentimentos de temor e rejeição contra essas crianças são comuns em sociedades pós-conflito, especialmente quando elementos culturais se misturam com crenças religiosas/espirituais. Nesse sentido, no Norte da Uganda, os sintomas de severo tormento emocional e psicológico presentes em jovens ex-combatentes são interpretados, frequentemente, como um indício de que eles estão loucos e foram possuídos pelos espíritos das pessoas que mataram (JAREG; FALK, 1999).

Eles são vistos como "contaminados" pela sociedade, e há uma ideia generalizada de que o "O espírito pode surgir a qualquer momento", de modo a influenciar a pessoa que foi possuída para se comportar de maneira imprevisível ou incontrolável e possivelmente até mesmo machucar os outros (BOYDEN; MANN, 2005). Essas concepções tornam o processo de reintegração no tecido social muito mais árduo do que já se espera, conforme observa-se nesse testemunho:

As pessoas têm medo de nós. Eles pensam que somos possuídos por espíritos. Tentamos cuidar de outras crianças que foram raptadas, para fazer companhia a elas. Mas nossos pais nos dizem para ficar longe de outras crianças que foram sequestradas. Eles querem que fiquemos com crianças que não foram raptadas para que as pessoas não pensem mal de nós. (BOYDEN, 2002, p. 13).

Constata-se que após o fim dos combates, é habitual que esses jovens sejam impedidos de voltar para casa por suas famílias e comunidades, além de encarar muitos obstáculos para obter acomodação e emprego (BOYDEN; MANN, 2003). Devido à instabilidade social, econômica e política que sistematicamente existe após o fim do conflito armado, eles podem se tornar bodes expiatórios para uma série de males sociais (BOYDEN; MANN, 2003).

Em suma, apesar de terem sido forçados na situação de servir aos grupos armados não-estatais, muitas vezes as Crianças-Soldados acabam sendo responsabilizados pela sociedade por questões fora do seu controle. Seu trauma acaba sendo ignorado ou usado contra eles, de forma a reforçar uma separação entre o resto da coletividade e esses indivíduos.

Contudo, pesquisas também mostram que há uma disponibilidade sim, dependendo da comunidade e uma miríade de outros fatores, em aceitar os ex-recrutas, desde que seja demonstrado um remorso efetivo de sua parte. Boyden e Mann (2003) expõem que se requer prova de que eles estão arrependidas de seus atos de violência e determinadas a consertar seus caminhos. A aceitação tende a ser condicionada ao desempenho de ritos de limpeza e expiação espiritual por parte deles.

Uma parte essencial para esse processo de acolhimento que cabe menção são os programas de desarmamento, desmobilização e reintegração (DDR) com a finalidade de reabilitar as ex-Crianças-Soldados e reinseri-las efetivamente no corpo social. Eles têm a finalidade de garantir que a criança tenha acesso à educação, meios de subsistência, habilidades para a vida, assim como um papel significativo na sociedade.

Através disso, é possível oferecer uma atenção especial para assistência psicológica dos jovens vitimizados de forma a reconstruir seus emocionais e identidades pós-conflito. Essa iniciativa requer estímulo contínuo, a fim de assegurar que toda a comunidade se engaje e beneficie com o retorno e reintegração dos jovens, evitando assim tensões e estigmatização (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006).

Porém, iniciativas como o DDR lidam com as consequências cotidianas da prática de uso de Crianças-Soldados. Quando se trata da prevenção desse problema, é válido perquirir qual tem sido o comportamento do sistema internacional. Nesse sentido, deve-se avaliar o aparato legal e a administração da justiça penal em casos que lidaram com essa conduta.

A RESPOSTA JUDICIAL NO CENÁRIO PENAL INTERNACIONAL AO CRIME DO USO DE CRIANÇAS-SOLDADOS

O direito internacional estabelece uma série de previsões legais no intuito de preservar crianças no contexto de conflito armado. Nessa perspectiva, a Organização Internacional da Cruz Vermelha prevê a proteção especial delas como uma norma costumeira de direito humanitário. Isso, naturalmente, inclui vedação de seu recrutamento para participar de hostilidades.

Além disso, conforme previamente citado, a conduta de usar Crianças-Soldados consiste em uma das seis violações graves previstas pela ONU, e é condenada em diversos documentos legais como as quatro Convenções de Genebra (1949) – e seus protocolos adicionais –, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança (2000) relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados e as resoluções do Conselho de Segurança, incluindo a mais recente Resolução 2068 (2012). Além dos Estatutos de tribunais internacionais ou híbridos com suas respectivas jurisprudências. Ressalta-se, porém, que essa vedação se refere majoritariamente à menores de 15 anos, deixando os jovens de 15 a 18 anos em posição de maior vulnerabilidade.

De modo geral, a comunidade internacional está empenhada em punir os autores deste crime. À luz disso, a ofensa de recrutamento e uso crianças menores de 15 anos como soldados atualmente configura como crime de guerra, conforme o Artigo 8(2)(b)(vii) e (c)(xxvi) do Estatuto de Roma, que regulamenta o TPI. Assim como no regimento da CESL, no Artigo 4(c).

Desse modo, o processo criminal se apresenta como uma alternativa competente para desestimular essa prática, pois gera graves consequências e, portanto, uma significativa desvantagem para contrapor aos aludidos benefícios do recrutamento. Em 2012, o TPI conseguiu com sucesso processar e condenar Thomas Lubanga, ex-líder da União de Patriotas Congolezes (UPC) por este crime de guerra. Lubanga esteve fortemente envolvido no conflito étnico Ituri entre os grupos: Lendu (agrícola) e Hema (pastoral) que causaram a morte de quase 60.000 pessoas ("UPC Crimes in Ituri (2002 – 2003)", 2012). Por seu comando, crianças a partir de 11 anos foram recrutadas para lutar. Em 2009, seu julgamento começou perante o TPI e mais tarde ele foi condenado a 14 anos de prisão.

Esse foi o primeiro caso desse tipo perante a Corte, sendo sua peculiaridade o recrutamento massivo de menores pela UPC para atuar no conflito, efetivamente violando o direito internacional, mas, acima de tudo, suas vidas.

O TPI emitiu entendimentos emblemáticos sobre o tema. Nessa senda, foi notável a confirmação do Tribunal de que a diferença entre o recrutamento voluntário e involuntário é legalmente irrelevante no contexto da associação de crianças com as forças armadas ou grupos armados em tempos de conflito (ESCRITÓRIO DA REPRESENTANTE ESPECIAL DO SECRETÁRIO-GERAL PARA CRIANÇAS E CONFLITOS ARMADOS, 2013).

A Corte também decidiu aplicar uma interpretação ampla do termo "participação ativa em hostilidades" para assegurar justiça e proteção para todas as crianças associadas a conflitos armados, desde aqueles envolvidos no combate direto até as garotas e garotos engajados em vários papéis de suporte (ESCRITÓRIO DA REPRESENTANTE ESPECIAL DO SECRETÁRIO-GERAL PARA CRIANÇAS E CONFLITOS ARMADOS, 2013). Isso é particularmente significativo no caso de meninas que são usadas como escravas sexuais ou forçadas ao casamento durante sua vivência com os grupos.

Por conseguinte, o julgamento de Lubanga consiste em um marco na questão, ampliando a conversa sobre o uso de crianças-soldados perante a comunidade internacional. Seu caso possibilitou o testemunho de diversas vítimas sobre suas vivências, dando visibilidade ao sofrimento de milhares de crianças ao redor do mundo (GUARDIAN, 2012). Assim como contribuiu para uma construção legal mais tangível de como tratar desse crime no caso concreto.

Ademais, proporcionou reparação aos ofendidos e responsabilização para o perpetrador. Isso por si só mostra que, embora possa haver um sentimento de impunidade geral quando se trata desta ofensa, existe uma estrutura cada vez mais equipada para lidar com isso.

O processo de Dominic Ongwen é mais controverso, pois ele foi sequestrado pelo LRA aos 9 anos, sendo doutrinado à força, abusado e torturado (BURKE, 2016). Ele cresceu dentro do grupo armado e, eventualmente, subiu na hierarquia para se tornar um de seus quatro comandantes (BURKE, 2016). Atualmente, Ongwen está detido pelo TPI sendo julgado por crimes de guerra e crimes contra humanidade, como pilhagem, assassinato, escravidão e recrutamento de crianças soldados (TPI, 2018).

Seu julgamento é problemático, tendo a vista o histórico de Ongwen e o tormento que ele viveu como uma criança-soldado. A forma como ele foi socializado pelo grupo durante sua juventude exerce um papel enorme nas condutas que ele empreendeu como adulto. Dessa forma, a obrigação de punir os terríveis crimes praticados pelo autor entra em direto conflito com seu status de vítima. Observa-se relato que ilustra esse paradoxo:

Alguns lembram que Dominic correu riscos ao libertar pessoas de cativeiros. Outros dizem já terem o visto matar mulheres grávidas e ferver pessoas em panelas. Como outros membros do LRA, ele tinha comportamentos contraditórios que revelam a complexidade de seu caráter, porém era obediente e habilidoso o suficiente para ser

promovido ao “círculo mais profundo” do LRA (BRAGA, 2016, p. 41 apud FOX, 2016).

Sua defesa alegou que o réu estava sob coação e que era incapaz de compreender a ilicitude de seus atos ao tempo do crime e até mesmo durante o julgamento, conforme a opinião de dois especialistas de saúde mental contratados pela defesa asseveraram posteriormente (TPI, 2016). Assim, sua responsabilidade penal deveria ser excluída e ele absolvido.

No caso de Lubanga, a Corte reconheceu que o vínculo entre o passado como um Criança-Soldado e o presente como Ex-Criança-Soldado é reto e contínuo, a realidade do indivíduo sendo influenciada diretamente pelo sofrimento anterior (DRUMBL, 2016). Inclusive, a análise feita no capítulo anterior reitera essa concepção. Porém, tal entendimento não permaneceu no caso de Ongwen – quando talvez devesse –, pois a Corte confirmou as acusações e seguiu com o processo, gerando então questionamentos sobre qual a melhor forma de lidar com essas vítimas que se tornam perpetradoras.

Aparentemente, a mensagem que o TPI quis transmitir com este processo é de que ter sido uma Criança-Soldado no passado não implica necessariamente que o sujeito nunca será capaz de enfrentar a justiça pelos crimes cometidos, especialmente se uma carreira violenta foi construída a partir disso.

Por fim, o caso de Charles Taylor se estabelece como exemplo de que a justiça para Crianças-Soldados não será detida por qualquer obstáculo, nem mesmo pela posição privilegiada do ofensor. Nesse sentido, o Tribunal Especial de Serra Leoa, concebido pela parceria entre a Organização das Nações Unidas e o governo de Serra Leoa, para processar os principais violadores do direito humanitário e leis nacionais durante a guerra civil do país abordou esse crime. O ex-presidente da Libéria, Charles Ghankay Taylor, foi condenado por esta prática em 26 de abril de 2012. O impacto desta condenação ressoou em todo o mundo, demonstrando que nem mesmo os Chefes de Estado restarão impunes.

Nesse viés, uma vez que se comprovou a relação de Taylor com a liderança da RUF desde 1989 até tornar-se presidente, era muito mais próxima do que ele admitiu, restou confirmado que líderes políticos podem ajudar e incentivar crimes de guerra sem ter comando e controle efetivo sobre as forças (para)militares particulares (KNOOPS, 2015). Assim, foi aceito que o ex-presidente estava ciente de que a RUF capturou civis, incluindo crianças, forçando-os a lutar contra as forças armadas de Serra Leoa (KNOOPS, 2015).

Ou seja, apesar do dever internacional de proteção aos menores assumido pelo Estado de Serra Leoa – que inclusive ratificou a Convenção de Direito das Crianças de 1989 –, Taylor, ocupando a posição de Chefe de Estado, voluntariamente desrespeitou suas obrigações e violou os direitos de milhares de crianças. A resposta eficaz da justiça internacional ao garantir sua condenação estabelece um precedente para o resto do mundo.

Após o exame dos três processos supracitados depreende-se que a tolerância para a ofensa de recrutamento e uso de Crianças-Soldados está cada vez menor. A justiça penal transnacional está comprometida com a criação de um padrão elevado de responsabilização criminal e reparações, bem como o engajamento internacional no combate dessa prática sinaliza o investimento concreto na promoção de justiça, até mesmo para àqueles que se viam acima dessa possibilidade.

CONCLUSÃO

Em suma, os procedimentos judiciais em escala internacional contra o uso de Crianças-Soldados consistem em uma resposta vigorosa ao problema. Ainda que persistam as vantagens na utilização de crianças soldados para os grupos, à luz de sua natureza flexível, sua necessidade de um sentimento de pertencimento, natureza dispensável e utilidades gerais.

No contexto de conflitos, seja de âmbito nacional ou natureza internacional, a pobreza, instabilidade e violência criam um ambiente que é próspero para a disseminação desta prática. Mesmo que diferentes regiões tenham razões distintas para o uso de crianças soldados, é possível afirmar que os grupos armados as veem como um recurso com prejuízos mínimos.

A rapidez e intensidade com qual essa conduta se disseminou nos conflitos ao redor do mundo se torna alarmante e exige respostas eficazes de todos os sujeitos do Direito Internacional. Pois, além dos riscos a integridade física das crianças, que supostamente deveria ser inviolável, existem repercussões psicológicas nos sobreviventes que prejudicam o resto de suas vidas. Transtornos de ansiedade, TEST e depressão são comuns nessas vítimas que ainda enfrentam hostilidade e estigma de suas próprias comunidades ao retornar.

Portanto, é essencial o compromisso da comunidade internacional na construção de uma jurisprudência cada vez mais enorpada punindo esse crime. Casos como o de Lubanga, Ongwen e Taylor deixam claro que enquanto a prática do uso e recrutamento de Crianças-Soldados ainda é generalizada, não será mais tratada com impunidade. O mundo está mais

disposto a empenhar esforços no seu combate, sensibilizando-se para o problema, fomentando responsabilidade e justiça para as vítimas.

O fato de que hoje ex-presidentes e líderes de milícias do mais alto escalão, podem ser processados e possivelmente condenados por seus crimes consiste em um grande desestímulo para essa conduta. Mesmo que ainda restem desafios, como no caso de Ogwen, onde se testemunha a vítima que se tornou algoz, é através do processamento desta ofensa que desenvolve mecanismos para enfrenta-los. A punição que é reiterada não só por previsão legal, mas por casos que efetivamente trazem visibilidade e reparação para as vítimas, é eficaz e produz mais segurança jurídica para o sistema internacional. Espera-se que junto com outros remédios, como sanções, campanhas públicas e pesquisas, a lei possa mudar as escalas, tornando mais apelativo não empregar crianças soldados do que o contrário.

REFERÊNCIAS

AJDUKOVIC, Marina.; AJDUKOVIC, Dean. Impact of displacement on the psychological well-being of refugee children. London: **International Review of Psychiatry**, v. 10, n. 3, p. 186–195, 1998.

ALEXANDER KNOOPS, Geert-Jan. The Legacy of the Charles Taylor Judgment. Oxford: **Oxford University Press**, [s. v], p. 333–344, 2013. Disponível em: 10.1093/acprof:osobl/9780199332304.003.0015. Acesso em: 23 out. 2020.

BETANCOURT, Theresa S. et al. Past horrors, present struggles: The role of stigma in the association between war experiences and psychosocial adjustment among former child soldiers in Sierra Leone. Amsterdã: **Social Science & Medicine**, v. 70, n. 1, p. 17–26, 2010.

BJØRKHAUG, Ingunn. Child Soldiers in Colombia: The Recruitment of Children into Non-State Violent Armed Groups. Brighton: **SSRN Journal**, MICROCON Research Working Paper 27, 2010.

BOYDEN, Jo; MANN, Gillian. Children's Risk, Resilience, and Coping in Extreme Situations. In: UNGAR, Michael; LIEBENBERG, Linda. **Handbook for Working with Children and Youth: Pathways to Resilience across Cultures and Contexts**. [s.n]. Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc. [s. v], 2005. p. 3–26

BRAGA, Mariana. A. M. **A Responsabilidade Criminal de Ex-crianças-soldado perante o TPI: Uma Análise do Caso The Prosecutor v. Dominic Ongwen**. Monografia (Especialização em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. 76 f.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF, Setembro, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

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 vítimas de defesa. Brasília, DF, Agosto, 1957. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-42121-21-agosto1957-457253-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.006, de 08 de Março de 2004.** Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados. Brasília, DF, Março, 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5006.htm>. Acesso em: 18 jul. 2018.

BURKE, Jason. **Child Soldier To War Criminal: The Trial Of Dominic Ongwen.** Disponível em: <<https://www.theguardian.com/law/2016/mar/27/dominic-ongwen-war-crimes-trial-former-child-soldier-icc-uganda>>. Acesso em: 23 out. 2020.

BURKE, Jason. **If You Are Old Enough To Carry A Gun, You Are Old Enough To Be A Soldier.** Disponível em: <<https://www.theguardian.com/global-development/2017/jul/24/south-sudan-child-soldiers>>. Acesso em: 23 out. 2020.

BURMAN, Mary.; MCKAY, Susan. Marginalization of girl mothers during reintegration from armed groups in Sierra Leone. Wyoming: **Int Nurs Rev**, v. 54, n. 4, p. 316–323, 2007.

CHILD SOLDIERS INTERNATIONAL. **Child Soldiers World Index Reveals Shocking Scale of Child Recruitment Around The World - World.** Disponível em: <<http://reliefweb.int/report/world/child-soldiers-world-index-reveals-shocking-scale-child-recruitment-around-world#:~:text=Child%20Soldiers%20World%20Index%20reveals%20shocking%20scale%20of%20child%20recruitment%20around%20the%20world,-News%20and%20Press&text=A%20first-ever%20online%20database,armed%20groups%20around%20the%20world.>> Acesso em: 23 out. 2020.

CHROBOK, Vera; AKUTU, Andrew; SDOWDNEY, Linda. Returning Home Children's perspectives on reintegration: A case study of children abducted by the Lord's Resistance Army in Teso, eastern Uganda. London: **Coalition to Stop the Use of Child Soldiers**, [s.n], [s.v], 2008.

COLE, Alison. **Lubanga Judgment Marks Milestone in The Path Towards Accountability.** Disponível em: <<https://www.theguardian.com/law/2012/mar/14/lubanga-icc-milestone-accountability>>. Acesso em: 21 out. 2020.

D'ALESSANDRA, Federica. **The Psychological Consequences of Becoming a Child Soldiers: Post-Traumatic Stress Disorder, Major Depression, and Other Forms of Impairment.** Disponível em: < https://carcenter.hks.harvard.edu/files/cchr/files/dalessandra_pshychol_cons_of_chil dsoldiers.pdf >. Acesso em: 20 jun. 2018.

DERLUYN, Ilse; BROEKAERT, Eric; SCHUYTEN, Gilberte; De Temmerman, Els. Post-traumatic stress in former Ugandan child soldiers. Reino Unido: **The Lancet**, v. 363, n. 9421,

- p. 1646, 2004.
- DRUMBL, Mark. A. Victims who victimise. Londres: **Lond. rev. int. law**, v. 4, n. 2, p. 217–246, 2016.
- DUDENHOEFER, Lynn. **Understanding the Recruitment Of Child Soldiers In Africa – ACCORD**. Disponível em: <<https://www.accord.org.za/conflict-trends/understanding-recruitment-child-soldiers-africa/>>. Acesso em: 21 out. 2020.
- DYREGROV, Atle, et al. Trauma Exposure and Psychological Reactions to Genocide among Rwandan Children. Estados Unidos da América: **Journal of Traumatic Stress**, [s.v], n. 13, 2000.
- DYREGROV, Atle.; GJESTAD, Rof.; RAUNDALEN, Magne. Children exposed to warfare: A longitudinal study. **J. Traum. Stress**, v. 15, n. 1, p. 59–68, 2002.
- ESCRITÓRIO DA REPRESENTANTE ESPECIAL DO SECRETÁRIO-GERAL PARA CRIANÇAS E CONFLITOS ARMADOS, 2013. **Working Paper nº 1 - The Six Grave Violations Against Children During Armed Conflict: The Legal Foundation**. Disponível em: <https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/WorkingPaper-1_SixGraveViolationsLegalFoundation.pdf>.
- FERGUSON, JAMES. **A Million Bullets: The real story of the British Army in Afghanistan**. Londres: Transworld, 2008, 368 p.
- HONWANA, Alcinda. **Child Soldier in Africa**. Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 2005, 216 p.
- JAREG, Elizabeth.; FALK, Lewis. Centre-based and community based psychosocial projects for war-affected children. Oslo: **Draft Report for Redd Barna and Red Barnet, Save the Children Norway and Save the Children Denmark**, [s.n]. [s.v.], 1999.
- KOVRT, Brandon A. et al. Comparison of Mental Health Between Former Child Soldiers and Children Never Conscripted by Armed Groups in Nepal. Estados Unidos da América: **JAMA**, v. 300, n. 6, p. 691, 2008. Disponível em: 10.1001/jama.300.6.691. Acesso em: 23 out. 2020.
- KOVRT, Brandon A.; JORDANS, Mark J. D.; MORLEY, Christopher A. Four principles of mental health research and psychosocial intervention for child soldiers: lessons learned in Nepal. Cambridge: **Int. psychiatry**, v. 7, n. 3, p. 57–59, 2010. Disponível em: 10.1192/s1749367600005841. Acesso em: 23 out. 2020.
- MARK, Monica. **Joseph Kony Child Soldier Returns to Terrorised Boyhood Village**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/23/joseph-kony-child-soldier-return-uganda-lra>>. Acesso em: 21 out. 2020.
- MAZURANA, Dyan.; MCKAY, Susan. Child soldiers; What about the girls? Estados Unidos da América: **Bulletin of the Atomic Scientists**, v. 57, n. 5, p. 30–35, 1 jan. 2001.
- MCVEIGH, Karen. **Child Soldier Recruits Double in One Year in Middle East and North Africa**. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/global->

development/2017/sep/11/child-soldier-recruits-double-in-one-year-in-middle-east-and-north-africa. Acesso em: 21 out. 2020.

MIDDLE EAST EYE. **Meet the Child Soldiers of Yemen, Sent Into Battle By Adults.** 2017. Disponível em: <https://www.middleeasteye.net/news/meet-child-soldiers-yemen-sent-battle-adults>. Acesso em: 21 out. 2020.

NORTE, Mariana. N. V. **As crianças-soldado no Direito Internacional Criminal:** Da responsabilidade do adulto à eventual responsabilidade da criança-soldado. 2015. 59 f. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal), Faculdade de Direito, Universidade Católica do Porto, Porto, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18684/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20em%20Mestrado%20Direito%20Criminal.pdf> >. Acesso em: 02 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório Sobre Crianças E Conflito Armado Reitera Urgência De Cessar-fogo Global.** Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/06/1716932>>. Acesso em: 21 out. 2020.

SCHAUER, Elisabeth; ELBERT, Thomas. **The Psychological Impact of Child Soldiering.** [S. l.], p. 311–360, 2010. Disponível em: 10.1007/978-1-4419-5722-1_14. Acesso em: 21 out. 2020.

SESAY, Amadu et al. Liberia's Child Soldiers: Prospects and Problems. *África do Sul: Sci.Mil.*, v. 30, n. 1, 2012. Disponível em: <10.5787/30-1-162>. Acesso em: 23 out. 2020.

SMEULERS, Alette; GRÜNFELD, Fred. **International Crimes and Other Gross Human Rights Violations.** [s.l.]: Brill Nijhoff, 2011, 542 p., [s.v].

THEIRWORLD. **Child Soldiers.** Disponível em: <<https://theirworld.org/explainers/child-soldiers>>. Acesso em: 23 out. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in the Democratic Republic of The Congo In the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. **Judgment pursuant to Article 74 of the Statute.** No. ICC-01/04-01/06 [s.n.]. Haia, 2012.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Uganda in The Case of The Prosecutor V. Dominic Ongwen. **Decision on the Defence Request to Order a Medical Examination of Dominic Ongwen.** No. ICC-02/04-01/15. [s.n.]. Haia, 2016. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_25907.PDF>. Acesso em: 06 out. 2020.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Situation in The Democratic Republic of The Congo In the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. **Judgment pursuant to Article 74 of the Statute.** No. ICC-01/04-01/06 [s.n.]. Haia, 2012. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03942.PDF. Acesso em: 11 jul. 2018.

HUMAN RIGHTS WATCH. **UPC Crimes in Ituri (2002 – 2003).** Disponível em: <<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/UPC%20Crimes%20in%20Ituri%20%282002%20%E2%80%93%202003%29.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2020.

WAR CHILD UK. **The Effects of Being A Child Soldier Can Last A Lifetime.** Disponível em: <<https://www.warchild.org.uk/what-we-do/protection/risks-for-child-soldiers-are-huge-and-the-effects-can-last-a-lifetime>>. Acesso em: 21 out. 2020.

WESSELLS, Michael. G. **Child Soldiers: From Violence to Protection.** Cambridge: Harvard University Press, 2006, 302 p.

A PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E A MULTIPARENTALIDADE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Nunelen Oliveira Nunes da Silva**

RESUMO: A presente pesquisa trata da evolução dos conceitos de parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade na sociedade. Apresenta a socioafetividade como o elemento caracterizador da família e da relação de parentalidade. Discorre sobre a importância do princípio do melhor interesse da criança a ser observado nas relações de família e a impossibilidade da desconstituição posterior da parentalidade socioafetiva, aliada à questão do necessário reconhecimento desta e da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro. O procedimento metodológico utilizado no trabalho consiste em pesquisa bibliográfica, mais especificamente doutrinária, normativa e jurisprudencial, esta última abordando, inclusive, casos concretos acerca da temática da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família. Parentalidade socioafetiva. Multiparentalidade.

ABSTRACT: This research deals with the evolution of the concepts of socio-affective parenting and multiparentality in society. It presents socio-affection as the element that characterizes the family and the parenting relationship. It discusses the importance of the principle of the best interest of the child to be observed in family relationships and the impossibility of the subsequent deconstruction of socio-affective parenting, coupled with the question of the necessary recognition of this and of multiparentality in the Brazilian legal system. The methodological procedure used in the work consists of bibliographic research, more specifically doctrinal, normative and jurisprudential, including also concrete cases about the theme of socio-affective parenting and multiparenting.

KEYWORDS: Family law. Socio-affective parenting. Multiparentality.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Parentalidade socioafetiva: a distinção entre pai/mãe e genitor/genitora; 3 Afetividade como princípio da parentalidade socioafetiva; 4 Princípio do melhor interesse da criança; 5 Impossibilidade de desconstituição posterior da parentalidade socioafetiva e o necessário reconhecimento da multiparentalidade; 6 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofre modificações, em razão do estado de constante evolução por que passa a sociedade. A família, tal qual se conhece hoje, nem sempre apresentou esse retrato atual, eis que reflete o contexto social momentâneo em que está inserida.

* Pós-graduanda em Direito Processual Civil e Recursos pela Faculdade Educacional da Lapa.

A Constituição Federal de 1988 trouxe avanços no que concerne à entidade familiar, filiação e parentalidade. Ela, em seu texto, considera que a família é a base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado, bem como determina que são proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, visto que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, terão os mesmos direitos e qualificações.

Assim, a constatação do estado de filiação, hoje, não se dá mais apenas através da origem biológica. Ademais, para se gerar um filho, não é mais imprescindível a relação sexual entre um homem e uma mulher, muito menos que esta se dê dentro da instituição do matrimônio, haja vista o reconhecimento de outros tipos de entidade familiar, bem como o avanço da biotecnologia e reprodução humana.

As mudanças sociais e os novos direitos e princípios consagrados com a Constituição Federal de 1988 também acabaram por trazer uma distinção entre o que se entende por genitor e o que se entende por pai e mãe. O primeiro tem relação de consanguinidade com o filho, haja vista ter gerado seu descendente. Já a parentalidade é caracterizada pela afetividade, envolvendo os deveres relacionados à formação da pessoa e sua dignidade, sendo considerados pais aqueles que assumem o dever de prover a realização dos direitos fundamentais da criança, independentemente de serem seus genitores ou não. Genitor é aquele que gera, que dá a vida; pai e mãe são aqueles que criam, ainda que ausentes vínculos biológicos. O ideal é que ambos os conceitos se concentrem em uma mesma pessoa, mas essa, infelizmente, nem sempre é a realidade.

O estado de filiação não é mais construído pelos laços genéticos, mas sim por uma convivência familiar construída nas relações de afeto. Assim, a parentalidade socioafetiva não é supletiva à parentalidade biológica, muito pelo contrário, é a própria natureza da parentalidade, que poderá ser biológica ou não.

O trabalho objetiva uma análise do instituto da parentalidade socioafetiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, traça-se o conceito de parentalidade socioafetiva por meio da distinção entre pai/mãe e genitor/genitora, para em seguida tratar da afetividade como princípio basilar da parentalidade socioafetiva e da importância do princípio do melhor interesse da criança, a fim de se concluir pela impossibilidade de desconstituição posterior da parentalidade socioafetiva e a conseqüente necessidade do reconhecimento da multiparentalidade.

O procedimento metodológico utilizado no trabalho consiste em pesquisa bibliográfica, mais especificamente doutrinária, normativa e jurisprudencial, esta última abordando, inclusive, casos concretos acerca da temática da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade na sociedade.

2 PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: A DISTINÇÃO ENTRE PAI/MÃE E GENITOR/GENITORA

De acordo com a Biologia, a parentalidade sempre foi determinada em razão da existência de uma relação sexual entre um homem e uma mulher, na qual havia a fecundação e, conseqüentemente, a gestação, quando finalmente, então, era gerada uma criança.

O Direito, todavia, começou a se distanciar desse caráter exclusivamente biológico da parentalidade ao gerar presunções de paternidade e maternidade, desde o brocardo do *pater est is quem nuptiae demonstrant*, que remonta aos romanos, até o reconhecimento da posse do estado de filho e da filiação socioafetiva, não ficando imune, ainda, às transformações constantes presentes e futuras da estrutura familiar na sociedade.

Atualmente, a relação sexual não é a única forma de gerar a concepção, da mesma forma que o casamento não detém mais a exclusividade de relação conjugal reconhecida, diante do reconhecimento legal da união estável. A família monoparental e as relações homoafetivas também recebem proteção do ordenamento jurídico, tendo a Constituição Federal de 1988 expandido o conceito de entidade familiar.

Não é mais imprescindível para a geração de um descendente, como outrora, que um casal tenha relações sexuais. A filiação, atualmente, não tem sua origem questionada: qualquer indivíduo pode ter um filho, seja formando um casal heteroafetivo, seja formando um casal homoafetivo, ou até mesmo sozinho, em razão dos vários métodos de reprodução assistida hoje existentes e ainda por meio da adoção.

Segundo Villela (1979), a família passou por transformações pelas quais deixou de ser unidade de caráter econômico, religioso e social, começando a se afirmar fundamentalmente como um grupo ligado pelo sentimento da afetividade, de modo que houve um esvaziamento do caráter biológico da paternidade.

O controle da natalidade, com o surgimento de métodos contraceptivos, modificou o *status* da procriação, a qual deixou de ser apenas um resultado natural das relações sexuais

entre o casal e passou a algo planejado e esperado, de forma que, conseqüentemente, os filhos começaram a gozar de posição cada vez mais importante no núcleo familiar.

Contribuíram, ainda, para a mudança estrutural da família e, conseqüentemente, para a consagração da parentalidade socioafetiva, o fato de a Constituição Federal de 1988 estabelecer como direito fundamental o direito à convivência em família, a proibição de discriminação entre os filhos de qualquer origem, a transformação da criança e do adolescente em sujeitos de direitos, tirando-os do seu papel secundário no âmbito familiar, e, ainda, a prioridade à dignidade da pessoa humana, diminuindo o caráter econômico e patrimonial da família e priorizando a identificação do indivíduo com os seus familiares, bem como o seu bem-estar.

Villela (1979), muito antes do advento da Constituição Federal de 1988, em sua obra intitulada “A Desbiologização da Paternidade”, já defendia não ser a paternidade um fato natural, mas um fato cultural. Sustentou que o homem teria o poder de colocar em ação mecanismos da natureza dos quais decorrem o nascimento de uma pessoa e, da mesma forma, poderia abster-se de assim agir. Por outro lado, diante do nascimento de uma criança, haveria a possibilidade de se comportar em relação a esta de várias formas, desde o acolhimento até a rejeição.

Albuquerque Jr. (2007), em alusão à referida obra e autor, sustenta que é separado o papel do indivíduo que gerou a criança do que efetivamente exerce a paternidade, em todo o seu complexo de direitos, deveres e diversas relações intersubjetivas. Reafirma a posição de Villela no sentido de que a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea.

O elemento capaz de tornar um indivíduo pai ou mãe, portanto, independentemente de ser também o genitor ou não, é o fato de tomar para si a responsabilidade da criação do novo indivíduo, de amar, servir, cuidar, proteger. Em outras palavras, esse elemento é o afeto. Conforme Villela (1979), a parentalidade está ligada antes ao serviço do que à procriação.

Segundo Maria Berenice Dias (2010), é o sentimento, o envolvimento de cunho emocional, que é capaz de retirar a relação familiar do Direito das Obrigações e trazê-la para o Direito de Família, cujo elemento primordial é o amor e a ligação afetiva que gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.

A relação de parentalidade, diferentemente da mera procriação, envolve a criação de ambiente propício para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social

do indivíduo, especialmente nos primeiros anos de sua vida, além de abarcar a educação de forma saudável e que garanta a dignidade e liberdade da pessoa humana.

Nos dizeres de Paulo Lôbo (2004), cabe afirmar que o estado de filiação é gênero do qual se derivam as espécies filiação biológica e filiação não biológica. É o retrato da atual realidade da parentalidade. É dizer que toda paternidade juridicamente considerada é socioafetiva, não importando sua origem. Não se encaixando a relação nesse âmbito marcado pela afetividade, não se fala em paternidade, mas em mera procriação, marcada pela figura apenas do genitor e não do pai ou da mãe.

A paternidade, portanto, é sempre socioafetiva, e poderá ter origem biológica ou não. Pai e mãe são aqueles que ocupam, no imaginário do indivíduo, o lugar simbólico de pai e mãe, mesmo não estabelecendo com eles um vínculo sanguíneo (PEREIRA, 2012, p. 62-63).

A respeito, Farias e Rosenvald (2008, p. 517) sustentam, ainda, que a filiação socioafetiva é lastreada em ato de vontade, a partir de respeito recíproco e tratamento de mão-dupla como pai e filho.

Dessa forma, tem-se que a paternidade sempre se constitui pela afetividade. Sem este elemento, o que se tem não é relação de filiação, mas tão somente de procriação.

3 AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

Com as mudanças pelas quais a família passou nos últimos tempos, se observa uma atenuação do caráter econômico, social e religioso que a delineava, com a preponderância, atualmente, do afeto e dos sentimentos de companheirismo e de solidariedade, os quais foram se consolidando, com o passar do tempo, na base da estrutura familiar.

A questão do biologismo passou a ser contestada quando a doutrina começou a reconhecer a existência de outro fundamento para a filiação, o qual há muito tempo já se fazia presente na adoção e possuía ordem cultural: o fundamento da socioafetividade.

Com efeito, o afeto já existia dentre as relações de filiação antes mesmo da Constituição Federal de 1988, haja vista que antes de seu advento já se admitia a adoção, pelo que se demonstra, portanto, o reconhecimento da filiação afetiva.

A entidade familiar, hoje, é lastreada em laços de afetividade, bem como o afeto rege o Direito de Família contemporâneo, tendo-se ampliado cada vez mais o conceito de família, o qual atualmente abrange as mais variadas formas de expressar amor, carinho, respeito, e, mais

do que tudo, de garantir a dignidade da pessoa humana em uma convivência cotidiana e de construção diária.

Para Paulo Lôbo (2000), o princípio da afetividade é fundamentado constitucionalmente, de forma que não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. Ainda que não esteja explícito na Constituição Federal de 1988, o princípio da afetividade encontra nesta os seus fundamentos essenciais, os quais alavancaram o processo de evolução da família. Estes fundamentos seriam, basicamente: I) a igualdade de todos os filhos, não importando sua origem (art. 227, §6º, CF); II) a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º, CF); III) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (art. 226, § 4º, CF); IV) a prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem ao direito à convivência familiar (art. 227, CF). (LÔBO, 2011, p. 15).

Ademais, tem-se ainda a regra disposta no Código Civil, em seu art. 1.593, o qual dispõe que o parentesco será natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Ao contemplar o parentesco que não decorra de vínculo sanguíneo, resta clarividente o acolhimento do princípio da afetividade nas relações familiares.

Outros exemplos se fazem presentes no que toca à questão da afetividade, tal como a Lei 11.112/2005, a qual trouxe a obrigação do acordo em relação à guarda dos filhos menores nos casos de separação dos pais, de modo a assegurar a convivência familiar às crianças e adolescentes. Pode-se falar, ainda, da união estável, reconhecida como entidade familiar sem o instituto do casamento, e da posse do estado de filho, ambos os casos demonstrando ter sido o afeto reconhecido pelo ordenamento jurídico. (DIAS, 2016, p. 55).

Tartuce (2012) aduz que, não obstante a falta de previsão legal quanto à afetividade como princípio, é indubitável que a “afetividade constitui um *código forte* no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira”, e que dessa constatação surgiram três consequências nos últimos anos: I) a afetividade contribuiu para o reconhecimento jurídico da união homoafetiva como entidade familiar; II) a admissão da reparação por danos decorrentes do abandono afetivo; III) o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco, conforme a redação do artigo 1.593 do Código Civil, que considera parentesco aquele de outra origem que não somente a consanguinidade.

Por outro lado, Paulo Lôbo (2011, p. 15) sustenta que a afetividade, enquanto dever jurídico, se distingue do afeto, vez que pode ser presumida na falta deste último nas relações familiares. Com efeito, a afetividade é um dever imposto aos pais em relação aos filhos e aos filhos em relação aos pais, não obstante inexistir amor ou sentimento de afeição entre estes. Esse dever da afetividade só deixa de existir nas hipóteses de perda de poder familiar ou autoridade parental ou, ainda, no falecimento de um dos indivíduos da relação de parentalidade.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2016, p. 56), a comunhão do afeto é incompatível com o modelo único e matrimonializado da família, motivo pelo qual a afetividade foi dotada de valor jurídico a fim de explicar as relações contemporâneas. No mesmo sentido, afirma Ana Carolina Brochardo Teixeira (2009, p. 28) que o processo de valorizar a afetividade no interior da família fez com que esta se despatrimonializasse.

Não obstante, é interessante ressaltar que o princípio da afetividade não está ligado apenas aos aspectos subjetivos sentimentais; mais que isso, a fim de se configurar o vínculo de filiação, é necessária também a exteriorização de comportamentos de cuidado com a educação e criação daquele que se entende como filho. (TEIXEIRA E TEPEDINO, 2020, p. 336).

O princípio da afetividade não só impulsionou a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, mas também colocou o sentimento de solidariedade acima de qualquer interesse patrimonial, além de exaltar um novo perfil de entidade familiar que procura priorizar o crescimento pessoal e desenvolvimento de seus integrantes e a convivência harmoniosa e afetiva entre estes.

4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse da criança, aí também englobado o adolescente, encontra sua base no art. 227 da Constituição Federal, o qual estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os direitos que enumera. Partindo do mesmo sentido, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança estipula que todas as ações que dizem respeito aos menores devem considerar em primazia o interesse maior da criança (art. 3.1). A Convenção elimina as desigualdades entre filhos de todas as origens, os quais anteriormente eram divididos em legítimos e ilegítimos, conferindo aos pais o dever de cuidar de seu desenvolvimento e educação. Além disso, o princípio também se encontra no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em

seus artigos 4º e 6º, que estabelecem ser dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à convivência familiar e que, na interpretação dessa lei se levará em conta a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Pode-se afirmar que o objetivo maior do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é tornar estes sujeitos de direito, colocando-os, ainda, como centro das relações familiares, em contrapartida à posição secundária que ocupavam anteriormente em relação a seus pais.

O princípio estabelece que a criança e o adolescente devem ter seus interesses tratados com prioridade, pela família, pelo Estado e sociedade, seja na elaboração ou na aplicação dos direitos que lhe são conferidos, principalmente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

Anteriormente, no contexto de uma entidade familiar tradicional e patriarcal, muito mais embasada em aspectos patrimoniais e econômicos, o interesse do filho sempre tinha caráter secundário, sendo os pais os indivíduos mais importantes da família. Atualmente, qualquer decisão deve ser tomada levando em conta o melhor interesse da criança, a exemplo dos casos de separação dos pais e de guarda dos filhos.

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 75) a origem do referido princípio se encontraria no instituto do *parens patriae*, o qual era prerrogativa do rei de conferir proteção àqueles que não poderiam assim fazer em causa própria. Foi recepcionado pela jurisprudência dos Estados Unidos, em 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*, em que a Corte da Pensilvânia afirmou a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses dos pais, notadamente em um caso em que a guarda do menor permaneceu com a mãe, acusada de adultério, em razão de esta ser a solução que contemplava o melhor interesse daquela criança.

No que toca aos casos de filiação socioafetiva, bem como de investigação da paternidade, não poderia ser diferente: o princípio do melhor interesse os norteia. Havendo conflito entre a verdade biológica e a realidade socioafetiva, a decisão deverá ser aquela que garante o maior interesse do filho, a partir da análise concreta do caso, de modo a se considerar a criança como sujeito de direitos no âmbito familiar.

Interessante posicionamento é o do Enunciado n. 339, da IV Jornada de Direito Civil, o qual dispõe que “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. O referido princípio, portanto, objetiva que a

criança e o adolescente não sejam tratados como meros sujeitos passivos, mas titulares de direitos juridicamente protegidos.

5 IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E O NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Conforme explicitado, a paternidade socioafetiva é gênero, podendo ser resultante da consanguinidade ou não. O ordenamento jurídico brasileiro garante os mesmos direitos e deveres ao pai que, mesmo não sendo biológico, assume as responsabilidades em relação ao filho por meio de adoção, reprodução artificial heteróloga ou posse do estado, caracterizando verdadeiro estado de filiação. Todas as hipóteses em que configurado o estado de filiação, por origem biológica ou outra, são invioláveis, só podendo ser desfeitas por decisão judicial em caso de perda do poder familiar, tal qual disposto no art. 1.638 do Código Civil. (LÔBO, 2006).

Destarte, sempre que um estado de filiação estiver constituído por meio da consolidação da parentalidade socioafetiva, através da convivência familiar notória, pública e duradoura, não poderá haver sua impugnação, eis que a investigação da parentalidade só se presta na inexistência da parentalidade de qualquer natureza, não sendo um meio para desconstituir outra já existente.

Nesse sentido, conforme expõe Paulo Lôbo (2006), as ações de investigações de parentalidade não devem ser movidas pelo interesse de cunho exclusivamente patrimonial, a exemplo de quando o pai biológico falece deixando herança. Ressalte-se, mais uma vez, que a investigação de parentalidade objetiva o reconhecimento do pai ou mãe àquele que não os tem, mas nunca para substituir a paternidade socioafetiva pela biológica, inclusive porque esta só será imposta se corresponder àquela.

Em conformidade com este entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 2015, no Recurso de Agravo de Instrumento nos autos de nº 2225968-92.2015.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Carlos Alberto Garbi, decidiu pela prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica, afirmando que “não há como desconstituir o vínculo paterno [anterior], pois ainda que posteriormente a criança tenha passado a residir com seu pai biológico, é certo que o agravado conferiu ao menor durante todo esse período tratamento de filho”, aduzindo ser a paternidade não apenas constituída pelo vínculo sanguíneo, de modo

que a condição de pai (ou mãe) não decorre apenas da geração biológica, mas dos laços afetivos.

Vem sendo acolhida pela doutrina e jurisprudência, a propósito, a possibilidade do reconhecimento de dupla paternidade, dupla maternidade ou multiparentalidade, havendo decisões que admitem a coexistência do vínculo biológico e socioafetivo. Em outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no Recurso de Apelação nos autos de nº 0006422-26.2011.8.26.0286, de relatoria do Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior, se decidiu por manter dois vínculos maternos de um mesmo filho, em relação à mãe biológica falecida e à madrasta, que cuidou como mãe durante longos anos o filho de seu companheiro. Na ocasião, se reconheceu a “filiação socioafetiva, que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliada ao afeto e consideração mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes.”

Já em setembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 898060, com Repercussão Geral, que discutia se a paternidade socioafetiva prevalecia sobre a biológica. O relator, Ministro Luiz Fux, votou no sentido de não haver impedimento do reconhecimento simultâneo da paternidade socioafetiva e biológica, desde que este seja o interesse do filho.

Diante dessa conjuntura surge o questionamento quanto ao conflito de interesses do filho em posse de estado de filiação, quando o genitor biológico não cumpriu com suas responsabilidades patrimoniais. Importa ressaltar que nos casos de parentalidade socioafetiva decorrente de adoção e reprodução assistida heteróloga esse conflito não existe, vez que na primeira o vínculo biológico deixa de existir e na segunda essa relação nunca existiu, sendo absoluta a presunção da paternidade.

Por ter caráter inviolável, o estado de filiação entre filho e pai socioafetivo não poderá ser desfeito a fim de possibilitar a sucessão hereditária entre o filho e pai biológico. Todavia, não se pode fechar os olhos para aquele que não adimpliu com seus deveres decorrentes da paternidade - isso apenas no caso de posse de estado de filiação, como já comentado. A solução nesse caso seria a de resolver a pretensão patrimonial no âmbito do Direito das Obrigações, diante da inexistência de direito de família ou de sucessões em relação ao pai biológico. Gera-se um crédito em razão do dano causado pelo descumprimento dos deveres gerais de paternidade, tais como educação, assistência moral, sustento, convivência familiar, além dos demais direitos fundamentais previstos no art. 227 da Constituição, por parte do

genitor biológico falecido, sendo a reparação fixada pelo juiz em valor equivalente ao de uma quota hereditária, se herdeiro fosse. Da mesma forma, em relação ao genitor biológico vivo também é possível o ajuizamento de ação de responsabilidade civil por dano, harmonizando o princípio da imodificabilidade do estado de filiação com o dever genérico de responsabilidade por dano. (LÔBO, 2006).

Nesse sentido, cabe ressaltar que o já referido Recurso Extraordinário nº 898060 foi interposto pelo pai biológico em face de decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a qual determinou alguns deveres decorrentes do reconhecimento da paternidade biológica, como o pagamento de alimentos. O recorrente aduziu que a filha já possuía pai socioafetivo, o qual inclusive a havia registrado, motivo pelo qual as obrigações jurídicas deviam ser cumpridas apenas por este último.

Foi negado provimento ao recurso, havendo sido mantido o acórdão proferido pelo TJ/SC, de modo que foi reconhecida a paternidade biológica e seus direitos e deveres dela advindos, sem prejuízo da paternidade socioafetiva já consolidada.

As divergências se deram por conta dos ministros Edson Fachin e Teori Zavascki. O primeiro sustentou a diferença entre genitor e pai, aduzindo que o vínculo socioafetivo é o que se impõe juridicamente, dando como exemplos, inclusive, a inseminação artificial heteróloga e a adoção, hipóteses em que não prevalece o vínculo biológico. Por outro lado, o ministro Teori Zavascki sustentou que, no caso, havia uma paternidade socioafetiva persistente que deveria ser preservada, e que a paternidade biológica não gera obrigatoriamente uma paternidade jurídica com as consequências decorrentes.

Já o entendimento do Relator, ministro Luiz Fux, foi acompanhado pelos ministros Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Aduziu que o direito deve servir à pessoa, descabendo decidir entre uma ou outra paternidade quando o melhor interesse do filho é pelo reconhecimento de ambos.

A ministra Carmem Lúcia afirmou que amor não se impõe, mas cuidado sim, o qual corresponde a direito que é assegurado, especialmente no caso de paternidade e maternidade responsável. Já o ministro Dias Toffoli sustentou a obrigação daquele que gera o filho, ainda que este seja criado por outra pessoa.

Em síntese, restou fixada a tese de que a paternidade socioafetiva, sendo declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação

concomitante de origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

Com base nesse entendimento, em 2019, em julgamento do Recurso Especial 1607056/SP, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito à multiparentalidade de filho adotado por seus tios maternos, a fim de reconhecer concomitantemente o vínculo do pai biológico para que este arcasse financeiramente com a paternidade responsável em relação à prole que gerou.

Como se vê, uma vez que é impossível a desconstituição posterior de uma parentalidade socioafetiva já consolidada, cada vez mais doutrina e jurisprudência convergem para a possibilidade do estabelecimento da multiparentalidade, a qual, em muitos casos, é a solução que mais se coaduna com o melhor interesse do descendente e a proteção à dignidade humana.

Aliás, o fenômeno da multiparentalidade já existe há tempos no plano fático da sociedade, de modo que sua sistematização é algo imprescindível como garantia de direitos fundamentais dos filhos, a fim de se fazer coexistir, num mesmo estado de filiação, a biológica e socioafetiva, uma sem exclusão da outra, como até então é a realidade. (PAIANO, p. 216).

No entendimento de Christiano Cassetari (p. 178-179), desde os Provimentos nº 2 e nº 3, em 2009, do Conselho Nacional de Justiça, não há mais problema em relação ao assento de nascimento, casamento ou óbito com mais de um pai ou mãe, eis que houve a padronização no Brasil das certidões, com a substituição dos campos “pai e mãe” pelo termo “filiação” e dos campos “avós paternos e maternos” por “avós”.

Em continuação aos avanços nesse tema, o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça passou a permitir o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade, de modo extrajudicial, ou seja, sem necessidade da provocação do Judiciário, podendo requerer o conhecimento os maiores de dezoito anos de idade. Mais que isso, admitiu-se, ainda, expressamente, a multiparentalidade, exigindo para tanto apenas o limite de dois pais e duas mães no registro de filiação.

Já em 2019, o Provimento 83 do Conselho Nacional de Justiça alterou o Provimento 63 a fim de constar que será autorizado perante os cartórios o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva apenas de pessoas acima de 12 anos. Ou

seja, crianças de 0 a 11 anos não podem mais se valer da via extrajudicial, devendo recorrer ao Poder Judiciário para tanto. A mudança acabou por encontrar um meio termo entre duas correntes que debatiam o tema do registro extrajudicial da filiação socioafetiva.

Vê-se, portanto, que cada vez mais é acolhida a ideia de, na hipótese de ser estabelecido vínculo socioafetivo e biológico com pessoas distintas, não só é um direito da criança ou adolescente ver ambos reconhecidos, mas também um dever, uma obrigação constitucional, vez que garante direitos fundamentais de todos os envolvidos, notadamente o direito à afetividade e dignidade. (DIAS, 2016, p. 405).

Diante do reconhecimento de que não existe prevalência de forma de parentesco, e com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral, o fenômeno da multiparentalidade é a maneira de espelhar a verdade fática que permeia as relações familiares. (PAIANO, p. 218).

Teixeira e Rodrigues (2009) defendem a multiparentalidade como alternativa de tutela jurídica para um fenômeno que já existe na sociedade, fruto da liberdade de desconstituição familiar e da conseqüente formação de famílias reconstituídas.

Sendo assim, o reconhecimento da multiparentalidade, como resultado da consolidação da parentalidade socioafetiva no âmbito familiar, tem se apresentado como a solução mais próxima à preservação da dignidade da pessoa humana e dos laços de afetividade, impedindo que uma parentalidade se sobreponha à outra, dando efetividade, ainda, ao princípio do melhor interesse do descendente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e com as mudanças pelas quais passou a sociedade, notadamente com a inserção da mulher no mercado de trabalho e a migração do campo para as cidades, em espaços menores, a família deixou de lado seu caráter patriarcal e patrimonial, e a formação que antes era extensiva se tornou nuclear, aproximando os membros da família e aumentando o vínculo afetivo entre estes. A socioafetividade passou a ser o elemento caracterizador da família e da relação de parentalidade.

O conceito de entidade familiar foi alargado, sendo aí inseridas a união estável e as famílias monoparentais pela Constituição Federal de 1988, e muito embora não sejam mencionadas expressamente as famílias homoafetivas, estas têm sido amplamente

reconhecidas pela jurisprudência. Tais inovações são reflexo do valor jurídico que vem sendo atribuído ao afeto.

A parentalidade decorre do amor, e não apenas da genética. Por isso é certo afirmar ser a parentalidade socioafetiva gênero do qual são espécies a parentalidade biológica e a não biológica. A distinção entre genitor/genitora e pai/mãe é necessária numa nova sociedade em que entidades familiares se formam todos os dias em torno do afeto, não necessariamente com a existência de vínculos sanguíneos.

Por outro lado, a descoberta da verdade biológica é direito do indivíduo, muito embora não tenha o condão de desconstruir a relação consolidada por laços afetivos, mesmo porque o direito ao conhecimento da origem genética é direito de personalidade, não significando direito à filiação.

A paternidade socioafetiva é irretroatável, principalmente quando a relação de filiação já está assentada, não podendo ser desconstituída posteriormente. É um reflexo exteriorizado da convivência familiar contínua e notória construída em torno do princípio da afetividade.

As decisões relativas às relações de família devem ser tomadas prestigiando o melhor interesse dos filhos, vez que estes ocupam o núcleo central e mais importante da família, diferentemente do contexto da família patriarcal e patrimonial, quando tinham papel secundário em relação a seus pais.

Diante dessa nova perspectiva de família, parentalidade e filiação, impõe-se aos juristas que abandonem as concepções baseadas na primazia de uma parentalidade sobre a outra. Havendo coexistência do vínculo biológico com o vínculo socioafetivo em pessoas distintas, a solução a ser encontrada deve ser aquela que mais reflete o melhor interesse da criança e do adolescente, a qual, na maioria de vezes, é a do reconhecimento da multiparentalidade, gerando todos os seus efeitos decorrentes, garantindo o direito à afetividade e à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1547, 26 set. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10456>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

_____.Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

_____.Lei nº 11.112, de 13 de maio de 2005. Altera o art. 1.121 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para incluir, como requisito indispensável à petição da separação consensual, o acordo entre os cônjuges relativo ao regime de visitas dos filhos menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111112.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

_____.Lei nº 8.069, de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

_____.STJ. AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1607056/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Julgado em 15/10/2019. DJe 24/10/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____.TJSP. Agravo de Instrumento 2225968-92.2015.8.26.0000. SP. Relator: Carlos Alberto Garbi. 10ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 09/08/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/laco-entre-crianca-pai-socioafetivo.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____.TJSP. Apelação Cível: APL: 64222620118260286 SP. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. 1ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 14/08/2012. Data de Publicação: 14/08/2012. Disponível em: esaj.tjsp.jus.br. Acesso em: 20 out. 2020.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai?** Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_599\)2__quem_e_o_pai.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_599)2__quem_e_o_pai.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 20 out. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/527> Acesso em: 20 out. 2020.

LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um direito fundamental**. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, CABRAL, Camila Buarque, et al. Temas atuais e polêmicos de direito de família. Recife: Editora Nossa Livraria, 2011.

PAIANO, Daniela Braga. **O direito de filiação nas famílias contemporâneas**. 2016. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/T.2.2016.tde-29072016-174709. Acesso em: 2021-01-20.

PATERNIDADE socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF. STF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781> >. Acesso em: 20 out. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito da Família: uma abordagem psicanalítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Revista Consulex n.º. 378, de 15 de outubro de 2012, páginas 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF). Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 20 out. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Multiparentalidade como Efeito da Socioafetividade nas Famílias Recompuestas**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. N. 10, jun/jul., 2009, p. 34-60.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos de direito civil – Direito de família**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.l.], n. 21, p. 400-418, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acesso em: 20 out. 2020.