
XXIV REVISTA DO CEPEJ

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

SALVADOR-BA 2022



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO

XXIV REVISTA DO CEPEJ

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

SALVADOR-BA 2022

PUBLICAÇÃO ANUAL 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. 24 – 2022 – Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2022.

fls. 334

v. 24

ISSN 2595-3435

1. Direito – Periódico.

CDD 340.05

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial sem indicação da fonte.

CEPEJ

Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas

DIRETORIA EXECUTIVA

Diretoria de Presidência: Luíze Pereira Ribeiro

Diretoria Administrativo-Financeira: Paula Miriam Passos Maragão

Diretoria de Comunicação: Gabriel De Toledo E Silva

Diretoria de Gestão de Pessoas: Victor Cirilo Ramos Rocha

Diretoria de Projetos: Álvaro Gustavo Marques Moraes

MEMBROS

Álvaro Gustavo Marques Moraes

Ana Caroline Araújo Souza Santos

Ariel Ribeiro Rego

Cecília Alvarenga Medrado

Claudiana Lelis

Cristine de Carvalho Gleyser G. Silva

Débora Santos de Souza

Eduarda França de Jesus

Emily Macedo da Silva Chaves

Felipe Souza Carvalho

Filipe Almeida Paiva

Gabriel de Toledo e Silva

Ilihan Araujo Alves

Ireny Magalhães Ribeiro

Isabela Alves Dias

João Jorge Oliveira Pinto

José Pedro Elpidio Nogueira

Lara Nunes Barbosa Nogueira

Laura Luz Fonseca Teles

Laura de Azevedo

Luíze Pereira Ribeiro

Matheus dos Santos Conceição

Marcelo Vasconcelos Bulcão da Silva
Maria Eduarda Lemos de Freitas
Marina de Araújo Pimentel
Paula Miriam Passos Maragão
Pedro da Silva Costa Machado Milheiro
Pedro Henrique Garcia
Pedro Henrique de Santana Lima
Ricardo Souza Almeida da Encarnação
Sarah Pires Quesado
Victor Cirilo Ramos Rocha

COMISSÃO EDITORIAL

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

Secretário: Filipe Almeida Paiva

Membros:

Ariel Ribeiro Rego
Cecília Alvarenga Medrado
Débora Santos De Souza
Felipe Souza Carvalho
Ilihan Araujo Alves
Ireny Magalhães Ribeiro
João Jorge Oliveira Pinto
José Pedro Elpidio Nogueira
Lara Nunes Barbosa Nogueira
Paula Miriam Passos Maragão
Pedro Da Silva Costa Machado Milheiro
Ricardo Souza Almeida da Encarnação

CAPA

Gabriel de Toledo e Silva e Marcelo Vasconcelos Bulcão da Silva

CONSELHO DE PARECERISTAS AD HOC

Professor Doutor Adamo Dias Alves

Professor Doutora Aline da Silva Freitas

Professor Doutora Ana Paula Gonçalves de Barcellos

Professor Doutora Antonia Espíndola Longoni Klee

Professor Doutor Antônio Carlos Efig

Professor Doutor Antônio José Mattos

Professor Doutora Caroline Fockink

Professor Doutor Clarindo Epaminondas

Professor Doutora Claudia Maria Carvalho do Amaral Vieira

Professor Doutor Claudio Ladeira

Professor Doutora Daniela Paiano

Professor Doutor David Francisco Gomes

Professor Doutor Diogo de Almeida Viana dos Santos

Professor Doutor Edilton Meireles de Oliveira Santos

Professor Doutora Eneida Orbage Britto

Professor Doutor Fernando Graeff

Professor Doutor Francisco Quintanilha Veras

Professor Doutor Gabriel Ferreira da Fonseca

Professor Doutor Guilherme Magalhães Martins

Professor Doutora Helena Regina Lobo da Costa

Professor Doutor Homero Batista Mateus da Silva

Professor Doutor José Cláudio Pavão Santana

Professor Doutor José Danilo Tavares Lobato

Professor Doutor José Minatel

Professor Doutora Katia Carolino

Professor Doutora Luciana Ramos

Professor Doutora Luciane Cardoso Barzotto

Professor Doutora Ludmila Cerqueira Correia

Professor Doutora Máira Zapater
Professor Doutor Marcelo Almeida Sant'Anna
Professor Doutor Marcelo Maggio
Professor Doutor Marcos Vinicius Torres
Professor Doutora Maria José Andrade de Souza
Professor Doutor Nestor Alcebiádes Mendes Ximenes
Professor Doutor Newton Oliveira Lima
Professor Doutor Paul Weberbauer
Professor Doutor Paulo Márcio Reis Santos
Professor Doutora Priscila Akemi Beltrame
Professor Doutor Vinicius Pinheiros Marques
Professor Doutor Sandoval Alves da Silva
Professor Doutor Valcir Gassen
Professor Doutor Vinicius Marques
Professor Doutor Vinicius Mozetic
Professor Doutor Wilson Engelmann
Professor Doutor Wilson Levy

SUMÁRIO

Notas para uma revisita crítica à história do direito do trabalho.....	11
Análise dos possíveis impactos do uso de inteligência artificial na advocacia pública brasileira.....	29
A democracia rural brasileira: princípios da reforma agrária de André Rebouças.....	53
A (im) pertinência da figura do empregado hipersuficiente frente ao princípio da proteção ao trabalho.....	79
A obsolescência programada em (des)encontro aos direitos e expectativas do consumidor...96	
A privação da vida: o sistema penitenciário brasileiro frente à pandemia de covid-19.....	122
A proteção de dados genéticos na investigação criminal: limites temporais ao armazenamento de perfis genéticos.....	138
Dados pessoais e pandemia: uma revisão sistemática da literatura.....	162
Diversidade sexual e de gênero à luz do direito constitucional e eleitoral: a possibilidade jurídica e a necessidade política de cotas eleitorais para pessoas LGBTI+ no Brasil	178
Epidemia da orfandade no brasil: a violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes na gestão criminosa da pandemia da Covid-19.....	204
Lei 14.026/2020: a nova lei de saneamento básico do brasil como mecanismo concretizador da dignidade da pessoa humana	230
O direito fundamental à proteção de dados pessoais sob a perspectiva jurídica contemporânea brasileira: a vulnerabilidade do titular de dados enquanto pessoa humana	256
Os contornos jurídicos do abandono afetivo inverso no Brasil.....	277
Posse de direitos: um olhar crítico sobre os debates-chaves pregressos do instituto (im)possível.....	293
Uma análise da violência contra as mulheres no período pandêmico.....	313

EDITORIAL

Fecha-se mais um ciclo. É com muito orgulho que apresentamos a XXIV edição da Revista do CEPEJ. Uma publicação realizada com o apoio majoritário do corpo integrante do Centro de Pesquisas Jurídicas da Universidade Federal da Bahia.

Produzir academicamente não é simples. Demanda esforço, dedicação e resiliência. Tratando-se da Universidade Pública, é um exercício de resistência. Por isso, saudamos todos os integrantes, articulistas e pareceristas que ajudaram a produzir esta edição. Sem essa valorosa colaboração, não seria possível lançar um trabalho com tanta qualidade.

Esta edição conta com quatorze artigos aprovados pelo corpo de pareceristas da Revista do CEPEJ, além de um artigo elaborado pelos Professores Doutores Carlos Freitas e Murilo Oliveira. São publicações que, além do rigor científico e qualidade acadêmica, tratam de questões centrais para a sociedade e para o Brasil. Não se limitam aos temas meramente formais e buscam expandir a discussão para além do plano jurídico, em consonância com as diretrizes da Universidade Federal da Bahia.

Mais do que uma publicação acadêmica, este periódico reflete os anseios de uma sociedade que necessita da pesquisa voltada para os fins concretos. É o resultado de um trabalho árduo, mas com um objetivo claro: contribuir com o pensamento crítico e transformar a realidade. Para todos e todas, uma ótima leitura.

Comissão Editorial da Revista do CEPEJ

A CONSTITUIÇÃO DA POESIA

CAPÍTULO III, SEÇÃO 1: DA EDUCAÇÃO

*ARTIGO 63: Aos passos **paulatinos**, sem os **freios** que **regridem**, cabe lembrar a todo instante o ilustre educador, que ao ensinar a ensinar, ensinou que é preciso aprender a aprender. Compete a todos, por isso, assumir o compromisso e as suas ideias fazer valer.*

Fábio Carvalho

ARTIGO DE CONVIDADO

NOTAS PARA UMA REVISITA CRÍTICA À HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

*Carlos Eduardo Soares Freitas¹
Murilo Carvalho Sampaio Oliveira²*

RESUMO: Este ensaio percorre, a partir de perspectivas críticas e transdisciplinares, algumas situações da História do Direito do Trabalho que são pouco aprofundadas pelo ensino jurídico tradicional. Para tanto, inicia contextualizando a noção de história vigente do juslaborismo para confrontá-la com paradigmas historiográficos críticos da Escola de Annales. Com os aportes da história crítica de Marc Bloch e de juristas como Manuel Hespanha e Paolo Grossi, são indicados, de modo panorâmico, casos que demandam uma revisita e um aprofundamento, como o período da locação de serviços, o trabalho escravo, o trabalho dos imigrantes, a regulação do início do Século XX, o trabalhismo e a ditadura civil-militar. Conclui reiterando a necessidade de problematização da história do Direito Laboral.

ABSTRACT: This essay covers, from critical and transdisciplinary perspectives, some situations in the History of Labour Law that are not sufficiently deepened by traditional legal teaching. To this end, it begins by contextualizing the notion of the current history of labour law in order to confront it with critical historiographic paradigms of the Annales School. The critical history of Marc Bloch and jurists such as Manuel Hespanha and Paolo Grossi indicate, in a panoramic way, cases that demand a revisit and a deepening, such as the period of the rental of services, slave labor, immigrant labor, the regulation of the beginning of the 20th century, labor and the civil-military dictatorship. It concludes by reiterating the need to problematize the history of labour law.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito do Trabalho; crítica historiográfica; ensino do Direito do Trabalho.

KEYWORDS: History of Labour Law; historiographic criticism; the teaching of Labour Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A história “vigente” do direito do trabalho; 3. A crítica do paradigma positivista; 4. Para ler criticamente a história do direito do trabalho; 5.

¹ Advogado e Professor Titular da UNEB e Professor Associado da UFBA. Mestre e Doutor em Sociologia pela UnB, Pós-Doutor em Direito pela UFRJ. carlos.freitas@ufba.br.

² Juiz do Trabalho na Bahia e Professor Associado da UFBA, Especialista e Mestre em Direito pela UFBA, Doutor em Direito pela UFPR, Pós-doutorando em Direito pela UFRJ, Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT. murilosampaio@yahoo.com.br.

Casos a serem revistos a partir de um novo paradigma da história do direito do trabalho; 5.1. Recomeçando pela locação de prestação de serviços; 5.2. Regulação no trabalho escravizado; 5.3. Trabalho dos imigrantes; 5.4. A regulação das condições de trabalho no início do século xx.; 5.5. O trabalhismo e seus enigmas históricos; 5.6. Sindicalismo e ditadura civil-militar; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A proposta deste ensaio é revistar, a partir de um olhar crítico, certos momentos da história do Direito do Trabalho no Brasil que são pouco aprofundados no estudo e nos manuais dessa disciplina jurídica. A discussão da história e do próprio ensino do Direito do Trabalho tem sido hegemonizada por uma narrativa dos eventos legislativos com pouca abertura para visões interdisciplinares com perspectiva historiográfica crítica.

A hipótese que apresentamos, mesmo que pareça óbvia, coloca em questão a tradição dos cursos jurídicos quanto às investigações do nosso passado e da cultura jurídica nacional. Três passos são necessários para a exposição do que ora nos propomos. Primeiro, é preciso realizar um diagnóstico sobre a educação jurídica em torno da história do Direito do Trabalho no Brasil. A fase seguinte nos solicita uma crítica ao sistema vigente para, em seguida, tentarmos elaborar uma proposta de leitura da nossa história a partir da riqueza proporcionada pela interdisciplinaridade.

Para além desses passos, são apontados seis exemplos de processos históricos – seis notas – que não encontram espaços editoriais em manuais recentes e que demonstram o potencial de um viés distinto, em que os sujeitos são distintos dos costumeiros. Para esta análise, foi feita uma revisão da literatura transdisciplinar extrajurídica e uma releitura de processos históricos, como meio de chegarmos ao que se aproximaria de uma história mais próxima do real.

2. A HISTÓRIA “VIGENTE” DO DIREITO DO TRABALHO

O desconhecimento da história do Direito do Trabalho, seja por omissão de importantes momentos, seja por sacralização da narrativa clássica oficial, é uma realidade contemporânea. De outro lado, a riqueza de acontecimentos, olhares múltiplos ou leituras “de contraponto” são desconsiderados, impedindo uma compreensão ampla e problematizante do tempo presente.

É comum perceber que em atuais manuais nacionais do Direito do Trabalho predominam narrativas que sugerem que uma “evolução natural” do passado de maneira a legitimar o presente, como se estranhamente o presente justificasse e manejasse o passado. Assim, a singularidade do Direito do Trabalho, como regulação do conflito entre Trabalho e Capital, é sequestrada da história, de modo que as análises política, econômica e social são subjugadas por registros acríticos de leis, decretos e aparentes consensos doutrinários.

Essa construção teórica supõe refletir a história do direito com base no que Enrique Dussel (2015) chama de “sistema de direito vigente”. É preciso atentar que, como efeito, essa história do “sistema de direito vigente” tende a não tratar daqueles indivíduos “sem-direitos”, que, no caso do Direito do Trabalho, localizam-se invariavelmente no campo do Trabalho.

A historiografia no início do século XIX, caracterizada por uma racionalidade positivista, produziu narrativa autodenominada neutra que, pretensamente, identificava com objetividade o conhecimento histórico. Assim defendeu o modelo rankeano, que marginalizava tudo que não fosse política oficial (BURKE, 1997), inclusive porque sua feição positivista privilegiava documentos, mas especificamente os documentos oficiais por serem tidos como verdadeiras fontes históricas.

Para este paradigma historiográfico, a relação entre historiador e história transcorria numa imaginária relação estanque entre sujeito cognitivo que compreende o objeto assim como ele é. Tratava-se da máxima cientificista de crer na existência de um conhecimento neutro, que se revela exatamente como ele é, sem qualquer interferência do sujeito cognitivo. Este decadente positivismo desconhece que o conhecimento humano jamais atinge ao real em si,

pela impossibilidade de “apreender” o real exatamente como ele é sem transformá-lo, seja pela linguagem, pela subjetividade, pela imperfeição da percepção empírica, pelo momento histórico. Deste modo, o processo de apreensão da realidade significa traduzir para o pensamento um objeto real, portanto transformando-o em realidade pensada.

3. A CRÍTICA DO PARADIGMA POSITIVISTA

Para a construção de uma consciência crítica no estudo histórico, é importante o que representou a Escola dos Annales (BURKE, 1997). Esse paradigma dá as bases para uma história do Direito do Trabalho contrária a um pretense evolucionismo histórico que apresenta o presente como o ápice.

Esclareça-se que não se pretende, neste artigo, conceber uma nova história ou nova estruturação histórica, mas tão somente demonstrar alguns dos muitos momentos históricos silenciados ou apagados pela história oficial, que, caso fossem analisados profundamente, permitiriam outras compreensões para o tempo presente. Para isso, podemos esboçar a definição e caracteres da história-problema, perpassando a Escola de Annales até a abordagem das questões contemporâneas entre história e hermenêutica.

O movimento dos Annales entendia que o importante era, ao invés de relatos cartorários, levantar o “problema”, que seria o começo e o final de toda história. (FEBVRE apud ROJAS, 2000). Frente a complexidade e pluralidade de manifestações dos fatos e processos históricos, uma postura metodológica fincada em um problema seria mais perspicaz para conhecer e compreender melhor a história. A partir dos problemas, normalmente ignorados pela história pautada em grandes feitos, poderia-se refazer o conhecimento histórico, como procederam historiadores como Febvre e Bloch.

Outra contribuição relevante foi o alargamento do conceito de fontes históricas. Em que pese o relevo dos registros cartorários, esta nova historiografia entendeu que a história não se resumia ao quanto o Estado conseguisse formalizar, notadamente em períodos anteriores à

formação dos Estados modernos. Era preciso, então, recorrer a outras fontes para o devido enfrentando, com profundidade, dos problemas desta nova história. Iniciou-se, então, o uso de fontes não-literárias, como mapas cartográficos e estatísticas, entre outras. Destaca-se, ainda, o método regressivo proposto por Bloch, de fazer história ao inverso em termos cronológicos, eis que propunha que a história fosse construída do conhecido ao desconhecido, do presente em direção ao passado (BURKE, 1997).

Mas mesmo diante desse novo paradigma, a historiografia jurídica manteve-se dominada por uma visão positivista legitimadora e monolítica dos acontecimentos. Um dos pilares deste traço legitimador da historiografia jurídica é, sem dúvida, a ausência de reflexão crítica entre a relação do Estado com o Direito. Como efeito, o “legalismo” como método reduz todo o direito a tão somente à disposição da lei, tendo no movimento codificador uma ilustração de sua pretensão de redução do Direito à Lei, reunida em Código.

Como contraponto, alguns historiadores do Direito têm desenvolvido uma trilha diversa, de repensar a história jurídica a partir da contribuição de Annales. São exemplos Antônio Manuel Hespanha (2005) e Ricardo Marcelo Fonseca (1997).

4. PARA LER CRITICAMENTE A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

Nesse debate, o passo seguinte é refletir sobre o esforço de romper com a visão jurídica insular, encapsulada e ensimesmada, mediante a potência da análise baseada na interdisciplinaridade, no sentido de entender e estudar o contexto social, político e econômico em que se produz o direito. Afinal, um conhecimento específico não existe isolado no mundo histórico. Em verdade, combate-se mais uma suposta autonomia do jurídico do que sua especialização, como anotou Marc Bloch.

Questão importante que fundamentaria a distância entre a historiografia jurídica e Annales refere-se ao traço da curta duração na história do Direito. Superada a narração linear histórica dos grandes feitos e nomes, o novo paradigma buscou por respostas aos seus problemas e preferiu situar os quadrantes históricos não mais pela cronologia clássica, mas em estruturas concebidas a partir de períodos com características assemelhadas, denominados de

história de longa duração. Com as contribuições da história-problema e da história-total, a história do direito permitirá, portanto, uma superação do estudo de curta duração e a despreocupação com uma postura legitimadora.

Assim, outros problemas antes esquecidos são revelados e ultrapassam o discurso oficial. Novos estudos nos brindaram com a análise do discurso jurídico, por exemplo, incorporando uma perspectiva arqueológica, como propôs Michel Foucault. Aliás, Antonio Manuel Hespanha considera que o pensamento de Foucault sobre a história estava integrado à nova história (FONSECA, 1997). De certa forma, emergem estudos que questionam o discurso da verdade enquanto modo de dominação, ao tempo em que se discute o poder descentralizado e o pluralismo jurídico.

Este parece ser o caminho para reflexões históricas acerca do Direito do Trabalho, que venham a refletir melhor o mundo vivido na sociedade, por meio de métodos, falas e registros esquecidos em Manuais.

Isso impõe alterações na formação jurídica. A história do direito deve passar a se ocupar da crítica, a fim de que seu objetivo deixe de ser a legitimação ou a justificativa de um conservadorismo nos tempos presentes. Em contrapelo, como diria Walter Benjamin (2016), questão relevante para uma historiografia crítica é contestar o fenômeno da mitificação, que é o processo de tornar absoluto as noções e princípios que são essencialmente relativos (GROSSI, 2004), de transmutar o conhecimento em crença.

Na crítica ao formalismo, Paolo Grossi (2002) defende como instrumento metodológico a experiência jurídica, como uma forma de viver o direito, ela está diretamente conectada às interpretações da vida que têm em comum toda uma comunidade. O historiador do direito deve lembrar-se que, antes de estarem as regras jurídicas no corpo das leis, estavam no corpo dos homens como cultura viva. Isto representa uma amplitude no campo de visão histórica e logicamente uma imersão de novos problemas.

5. CASOS A SEREM REVISTOS A PARTIR DE UM NOVO PARADIGMA DA HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

Uma vez posto o debate sobre a necessidade de uma história do Direito do Trabalho para além do formalismo e contrário à compulsão de legitimar, sugerimos adiante alguns temas, fatos e processos silenciados pela história oficial e que fazem falta na formação do jurista. Para tanto, necessário que recorramos a séculos anteriores.

Lembremos, por exemplo, que a defesa da exploração do trabalho escravizado nas Américas até o final do século XIX teve apoio do pensamento liberal, como revelaram as revoltas no Haiti e em posturas de governantes de países colonizados. Neste contexto, importa a análise crítica do significado da proposta formulada por Teixeira de Freitas, nos idos de 1860, de elaborar um código da legislação nacional sem que houvesse nele regras sobre a exploração do trabalho de pessoa escravizada, que comporiam, por outro lado, um “Código Negro” em aparte (TORRES, 2020). A ausência de estudos sobre essa proposta normativa que segregava normativas acerca de trabalhos dos escravizados sugere o silenciamento em torno da forma como a sociedade escravocrata regulava a principal forma de exploração laboral.

Assim, ao não tratar do assunto, a historiografia oficial omitiu-se de retratar a realidade ao tempo em que legitimava, subliminarmente, a naturalização de uma norma apartada, para um contingente de pessoas segregadas, não merecedoras da condição de sujeitas de direitos. A autodeclaração de superioridade do indivíduo branco (SOTELO, 2020) em relação aos não brancos, sejam eles indígenas, africanos ou afrodescendentes, era então pacificada pelas normas e, com o passar dos tempos, pelas narrativas da história oficial pautada naquelas mesmas normas. Sobre a postura dos juristas liberais no século XIX, intérpretes das normas e orientadores das narrativas, Dora Lucia de Lima Bertulio (1989) revela a predominância da influência racista.

Essa temática parece não precisar fazer parte do cardápio da história do Direito do Trabalho. Mesmo apresentando uma leitura histórica mais consistente, porque alicerçada em períodos sócio-políticos e não na cronologia legal, Maurício Godinho Delgado (2005) não aprofunda os traços trabalhistas de leis do período oitocentista escravocrata, por considerá-las pouco significativas. Em geral, a manualística contenta-se em considerar este período como rudimentar, ignorando suas potencialidades. A irrelevância sugerida, entretanto, não resiste à

investigação mais profunda. No Brasil Império, pode-se identificar uma política legislativa voltada à exploração de trabalhadores que regulava o trabalho escravizado, a locação de serviços e o trabalho dos imigrantes. Daí, extraem-se alguns caracteres tipicamente trabalhistas, depois aperfeiçoados e incorporados à regulação do emprego ao longo do século XX.

5.1. RECOMEÇANDO PELA LOCAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

A lei de 13 de setembro de 1830, que se destinou a regular locação de serviços, é parcamente tratada em livros de Direito do Trabalho, mas ignorada em muitos deles. A lei de 1837 complementou as regras sobre locação de serviços, destinando-se exclusivamente aos trabalhadores estrangeiros. Disciplinava o labor de imigrantes e nacionais, sob o prisma da liberdade de trabalho. O conteúdo desta regulamentação civilista, no entanto, dispôs sobre institutos trabalhistas posteriormente inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho.

A lei de 1830 trata da caracterização da sujeição pessoal e corporal pelo descumprimento contratual. A garantia do adimplemento do dever do locador de serviços se dava com a própria garantia da liberdade do trabalho. O não trabalho por parte do locador implicaria sua prisão. Talvez isto explique a distinção subordinação e sujeição feita pela doutrina atual, uma vez que a sujeição importaria a restrição de liberdade como na lei de 1830, diferentemente da subordinação que se limita à obediência ao poder diretivo nos limites do contrato e sem violação à liberdade individual. No mais, encontram-se na lei de locação de serviços institutos que irão compor traços essenciais do contrato individual de emprego, que parecem ter inspirado os artigos 469 e 479 da CLT.

Em 1879, nova lei de locação de serviços introduziu outros traços trabalhistas, como a previsão de justa causa similar ao futuro direito trabalhista na hipótese da rescisão contratual por falta grave do empregador, e a consequente despedida indireta.

5.2. REGULAÇÃO NO TRABALHO ESCRAVIZADO.

A história do juslaboralismo passa longe da análise das medidas legislativas às normas que abrandavam a exploração do trabalho escravizado, quanto a políticas de transição e acesso

do liberto para o trabalhador juridicamente livre. Se a história do direito vigente não deu conta de elaborar narrativas neste campo, também fora incapaz de traçar relações jurídicas entre crime e trabalho.

Nos termos da Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871 (conhecida como Lei do Ventre Livre), cabia ao liberto o dever de trabalhar, sob pena ser constrangido a celebrar contrato de locação de serviços ou ser preso em regime de trabalho forçado ou envio à colônia. Neste aspecto, a liberdade de trabalho prevista na Constituição de 1824 não vigorava para os escravizados, ante a necessidade econômica de se constituir um mercado de trabalho (KIRDEIKAS, 2008)., entendendo-se como tal a livre e farta oferta de braços negros baratos para os exaustivos serviços realizados, predominantemente até então, por pessoas escravizadas.

Também é desconsiderada pela história oficial a possibilidade legal de acumulação de erário pelo escravizado. A Lei de 2.040/1871 estabeleceu o direito ao pecúlio dos escravizados, para que estes pudessem adquirir a liberdade, isto sob a autorização do seu senhor, no período da transição para o fim da escravidão. O que concretizava a tese de uma abolição lenta e gradual defendida pela maioria da elite escravocrata brasileira.

Em paralelo, o Estado, cujos agentes ou representantes se incumbiram de escrever a história, a qual nos formou de maneira enviesada, reprimiu e impôs um longo silenciamento sobre conquistas de direitos e lutas populares e de trabalhadores, como o movimento dos ganhadores, em 1857, na Bahia (REIS, 2018). Nesta senda, importante lembrar de um pensador que se dedicou a reler a sociedade brasileira em bela reflexão crítica acerca do fim do processo legal de escravização de pessoas. Para Florestan Fernandes (2017), a abolição teria sido “uma revolução do branco para o branco”, um processo incompleto, pois não fora fruto essencialmente da insurgência política dos negros. As revoltas que aconteceram ganharam as engavetadas empoeiradas do historiador oficial. Em contramão, Wlamira Albuquerque (2016) reforça a ideia de que os protestos negros foram decisivos para a decisão política pela Abolição. Tem sido, enfim, grande o esforço dos intelectuais em superar os limites das narrativas legitimadoras da exploração atual dos trabalhadores negros.

5.3. TRABALHO DOS IMIGRANTES.

Existiam dois sistemas para o labor do estrangeiro: a parceria e o colonato. Criou-se na Lei nº 108/1937, que regulava a locação dos serviços do imigrante, o instituto da justa causa nos artigos sétimo e décimo. Mais uma vez reiterou-se o instituto da rescisão indireta (artigo 483 da CLT) no âmbito de regulação civilista daquela modalidade de trabalho. Conclui-se que essa legislação somente serviu para garantir o cumprimento dos contratos, via coerção, impedindo rupturas antes do pagamento pelo obreiro das despesas de viagem.

Situação que desestimulou a imigração. Talvez motivados pelo insucesso da lei, foram desenvolvidos sistemas paralelos de trabalho do imigrante. O primeiro sistema, a parceria, baseava-se na exploração dos imigrantes mediante as conhecidas dívidas de armazém (truck system), as despesas da viagem e seus juros, o que gerou inúmeros conflitos e resistências. O outro sistema, o colonato, com as despesas de viagem subvencionadas pelo estatal, realizava a exploração via multas contratuais abusivas (KIRDEIKAS, 2008).

5.4. A REGULAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO NO INÍCIO DO SÉCULO XX.

Nova omissão dos nossos juslaboralistas pode ser localizado em registro feito por Rui Barbosa. Em um livro de 1919, intitulado “A Questão Social e Política” critica seus opositores, saudosos do sistema escravista, que resistiam a regulamentar as condições de trabalho e de vida das pessoas que viviam do seu próprio trabalho. Esse detalhado e importante registro literário do maior jurista nacional não encontrou ambiente entre os comentadores da história do Direito do Trabalho no Brasil. Nele, Rui Barbosa queixa-se da omissão legislativa sobre a limitação da jornada de trabalho, a exploração laboral infantil e das mulheres grávidas, o trabalho em condições insalubres, e as péssimas condições de moradias das famílias dos trabalhadores. Sobre este mesmo período, historiadores se dedicaram à análise das lutas dos obreiros (HARDMAN e LEONARDI, 1991), mas têm sido poucos os juristas que se empenharam no exame da história do direito.

5.5 O TRABALHISMO E SEUS ENIGMAS HISTÓRICOS

Por trabalhismo designa-se o pensamento que atribui à legislação trabalhista nacional a natureza de concessão da política de Getúlio Vargas. O discurso do trabalhismo, bem arraigado no Brasil, conduz a leituras restritas do fenômeno da consolidação e implementação da legislação do trabalho. A pergunta é se caberia uma releitura da história no âmbito do Direito do Trabalho.

A conjuntura da época era marcada pelo desenvolvimento das relações de trabalho de maneira distinta do que se via na Europa. Essa diferença não permite, por outro lado, endossar o senso comum de certos manuais de que a legislação trabalhista brasileira foi uma dádiva de Getúlio Vargas.

Embora o Direito do Trabalho tenha origem em conquistas da ação organizada dos trabalhadores na Europa, suas características no Brasil são distintas. Por aqui, a iniciativa estatal predominou, configurando um modelo de normatização autoritário corporativo (DELGADO, 2004), a partir dos anos 1930. Antes, porém, a organização sindical, sob influência anarquista, defendia a independência em relação ao Estado. Seu atrelamento ao poder estatal ocorreu pela via da imposição legal. Assim, a afirmação de que o Direito do Trabalho no Brasil representou uma dádiva da lei não pode ser propalada, uma vez que não se coaduna, de forma fidedigna, com a história. Quais as influências das lutas dos trabalhadores organizados na estruturação do Direito do Trabalho? Como as diferentes categorias conquistaram garantias de condições de trabalho e remunerações? Aparentemente, a história oficial não encara essas questões como fundamentais, repetindo-se a dose de que a história do direito resume-se à história da norma. Se não fossem os pesquisadores da História Social do Trabalho, não conheceríamos muitas das articulações políticas e reivindicações que ajudaram na constituição dos direitos trabalhistas e previdenciários brasileiros.

Traçadas as bases para uma crítica do trabalhismo, resta indispensável desconstruir a qualificação de fascista ao Direito do Trabalho, algo que é corriqueiro na doutrina. Explicam que “o modelo justralhista brasileiro, como se sabe, foi apropriado das experiências autocráticas europeias do entre-guerras, fundando-se, em especial, no parâmetro fascista italiano” (DELGADO, 2005, p. 120). Concluem, assim, que “o Direito do Trabalho brasileiro

nasceu sobre o signo do fascismo italiano” (ROMITA, 2001, p 18).

A qualificação de fascista para o Direito do Trabalho nacional peca por demasiado excesso. Não procede a assertiva de considerar o diploma trabalhista nacional uma cópia ou uma adaptação da Carta del Lavoro. O exagero sobressai porque a equiparação CLT e Carta del Lavoro somente ocorre em matéria sindical, uma vez que em muitos outros pontos verifica-se imensa distinção, seja de perspectiva sócio-político, seja de institutos jurídicos. A caracterização como fascista cola uma imagem à CLT que busca críticas amplas à regulação das garantias aos trabalhadores. Essa versão acaba por legitimar reformas ao seu texto, discurso que se tornou intenso a partir da ditadura civil-militar iniciada em 1964 e continuada nos governos de Fernando Henrique Cardoso, Michel Temer e Jair Bolsonaro.

Outro aspecto acerca da CLT que não encontra espaço em manuais é a crítica à sua limitação quanto à abrangência da população brasileira quando foi publicada, em 1943. A maioria dos trabalhadores concentrava-se em áreas rurais. O Brasil tinha uma industrialização incipiente, que apenas após a exploração do petróleo ganhou corpo e permitiu a criação de polos industriais. A CLT se limitou, portanto, a regular vínculos tipicamente de trabalhadores urbanos e excluiu parcialmente os camponeses. Essa leitura poderia constar das introduções históricas dos livros de Direito do Trabalho, mas como não consta como um registro oficial, tornou-se dispensável para efeito de estudos.

5.6. SINDICALISMO E DITADURA CIVIL-MILITAR

Sob o signo do autoritarismo, há algumas questões lamentavelmente ignoradas por livros de Direito do Trabalho.

Silencia-se que a eficácia erga omnes – que corresponde à extensão vantagens pactuadas na negociação coletiva para trabalhadores não filiados ao sindicato – das normas coletivas foi obra da Ditadura Civil-Militar.

A eficácia exclusiva para associados não coadunava com um sistema autoritário e corporativo, pois estimulava a associação de trabalhadores e um decorrente fortalecimento e

combatividade do sindicato. Nesse sentido, Oliveira Viana defendia a vinculatividade aos não-associados, pois, nas palavras de Evaristo de Moraes Filho “de acordo com a lógica do sindicato único, com as origens italianas (corporativas) da Carta de 1937. Se o sindicato era único, se recebia imposto sindical de toda a categoria, não havia por onde não lhe dar poder normativo inicial e primário” (apud ROMITA, 2001, p. 86).

A consagração do viés autoritário e aniquilador do movimento sindical proveio de uma sutil alteração legislativa em 1967 pelo Decreto-lei nº 229.

Ora, a extensão de vantagens normativas para os não-associados implica uma política nítida de desestímulo à sindicalização. Isto porque a não diferenciação entre associados e não associados – que têm idênticos direitos, embora deveres distintos, recaindo mais contribuições sindicais sobre os associados – resultaria, como ocorre atualmente, no incentivo a não filiação. Configura-se perspicaz política legislativa autoritária que enfraquece o sindicato para valorizar o Estado.

A ausência do debate sobre as implicações do Decreto-lei nº 229/67 no Direito Coletivo do Trabalho produz graves complicações na análise da liberdade sindical atual. Tal situação se agrava em razão da atual Orientação Jurisprudencial nº 17 do Tribunal Superior do Trabalho que, a título de defender a liberdade sindical individual, revigora a política de enfraquecimento dos sindicatos, quando ao tempo que isenta o trabalhador não-filiado das contribuições sindicais, assegura-lhe os mesmos direitos do filiado, tornando economicamente desaconselhável a filiação.

Outra alteração legislativa que marcou o Direito do Trabalho foi o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o FGTS. Norma de conteúdo detalhado e técnico, com linguagem bancária e de compreensão inacessível aos empregados, o FGTS substituiu o direito à estabilidade decenal previsto no artigo 492 da CLT. Caberia ao trabalhador optar pelo sistema do FGTS ou manter a regra celetista em seu contrato de trabalho. A opção é costumeiramente analisada pela literatura como algo objetivo, de maneira a oferecer ao empregado o que mais lhe conviria. Em um violento regime militar, com centenas de sindicatos sob intervenção do Ministério do Trabalho e Previdência Social, com sindicalistas aprisionados ou dispensados por

justa causa (FREITAS, 2020), a opção era absolutamente fictícia, pois o governo e as empresas impunham aos obreiros contratados a “opção”. Foram poucos os juristas que denunciaram o vício da opção, como Evaristo de Moraes Filho e José Martins Catharino (1971). A maioria dos manuais mencionavam friamente acerca da opção, sem qualquer análise do contexto.

Uma terceira novidade auxiliou na desestruturação das relações de trabalho. A Lei nº 6.019/1974 copiou legislação estrangeira que buscava, na França, ampliar o número de pessoas contratadas normalmente fora do mercado de trabalho, como donas de casa e estudantes. No Brasil, a eficácia da norma visava desarticular as garantias do contrato de trabalho, pela via da terceirização. A busca da justificativa dessa norma, naquele momento, não encontrará maiores discussões em nossos manuais. Mais um tema cuja história pareceu desimportante para a compreensão do Direito do Trabalho.

6. CONCLUSÕES

Percorridos alguns dos episódios e questões não enfrentados pela história oficial do Direito do Trabalho, pode-se inferir certas conclusões de ordem historiográfica e sobre o próprio Direito do Trabalho.

Perante as reflexões críticas trazidas pela historiografia, verifica-se a urgente necessidade de uma história-problema – ou problematização das narrativas – que se proponha a contestar o positivismo histórico-jurídico na investigação do Direito do Trabalho. Enfim, trata-se de superar história enquanto cronologia de leis em direção ao progresso do contrato de emprego, como sintetiza Ricardo Marcelo Fonseca:

De fato, sobretudo em função da herança do positivismo jurídico (até hoje amplamente hegemônico), que se contenta em esgotar-se na relação interna entre normas, ignorando no mais das vezes o seu entorno e a sua historicidade, as relações de trabalho acabam sendo lidas pelos juristas a partir de um modelo linear e progressivo, no qual o conjunto das relações de trabalho aparece como uma espécie de “acréscimo de racionalidade progressiva”, onde o trabalho assalariado (no seu modelo contratual: o contrato de trabalho) é o ápice e o ponto de chegada (FONSECA, 2006, p. 297).

De outro lado, impõe-se o afastamento do lugar comum no qual estão as assertivas de que o Direito do Trabalho nacional é fascista, corporativo, cópia da Carta del Lavoro, para enfrentar, com convicção, a influência do positivismo político na implementação e consolidação do sistema trabalhista. Rodrigo Adélio arremata:

Conclui-se que o Direito do Trabalho encontra explicação no movimento do positivismo comteano, mencionado no tópico sobre o histórico no Brasil; foi facilitado pelo movimento do constitucionalismo, de que são exemplos a Constituição do México e de Weimar. Mas, antes de tudo refletiu a luta dos trabalhadores e a luta no campo das ideias, por sua vez derivadas da condição de vida precária. Assim, embora tenha parecido obra paternalista de Getúlio Vargas, pode ser dito, sem nenhuma vergonha, que o Direito do Trabalho no Brasil emergiu da questão social brasileira, representando o efeito da justiça social no Direito pátrio” (LINARES, 2006, p. 33).

Deste modo, o positivismo histórico e político se apresenta, com intensidade, como racionalidade delineadora do Direito do Trabalho e de sua história. Cumpre, adiante, investigar, criticar e verificar as ideias acima esboçadas no intento de refazer a história do Direito do Trabalho sob outros ângulos e olhares para, compreendendo melhor o passado, entender e transformar o presente.

REFERÊNCIAS

ABREU, Osmani Teixeira. **As relações de Trabalho no Brasil a partir de 1824**. São Paulo: LTr, 2005.

ALBUQUERQUE, Wlamira. Movimentos sociais abolicionistas. In: Schwarcz, L. e Gomes, F. **Dicionário da escravidão e liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ARRUDA, Hélio Mário de. **Oliveira Vianna e a Legislação do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2007.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Diálogos sobre o Direito Civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BARBOSA, Rui. **A Questão Social e Política no Brasil**. 1919. Kindle

BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Belo Horizonte. Autêntica Editora, 2016

BERTULIO, Dora Lucia de Lima. **Direito e relações sociais** – Uma Introdução crítica ao Racismo. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 1989.

BIAVASCHI, Magda. **O Direito do Trabalho no Brasil – 1930-1942**: a Construção do sujeito de direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2007.

BLOCH, Marc. **Introdução à história**. Trad. Maria Manuel Miguel e Rui Castro. Coleção Saber - Publicações Europa-América. Lisboa: Gráfica Imperial, 1965.

BRASIL. Decreto 5254/43 - **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível no sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 10/11/2020.

BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929-1989)**: a Revolução Francesa da Historiografia. Trad. Nilo Odalia São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997, 153 páginas.

CATHARINO, José Martins. **Temas de Direito do Trabalho**. 1ª edição. Rio de Janeiro – Guanabara: Edições Trabalhistas S/A, 1971.

CARTA DEL LAVORO. Disponível no sítio: <http://www.fetropar.org.br/Download/CARTA%20DEL%20LAVORO.doc> acesso em 30/01/2008.

FEBVRE, Lucien. **Combates pela história**. 2ª Ed. Trad. Leonor Martinho Simões e Gisela Moniz. Lisboa: Editorial Presença, 1985.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e História**: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 1997.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Trabalho e subordinação: uma análise histórico-jurídica**. Revista Trabalhista (Rio de Janeiro), v. XIX, p. 295-309.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GROSSI, Paolo. **A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GROSSI, Paolo. **El orden jurídico medieval**. Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Ediciones jurídicas y sociales, 1996.

HESAPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica Européia**: síntese de um novo milênio.

Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

JABBOUR, Elias. **Projeto nacional, desenvolvimento e socialismo de mercado na China de hoje**. Tese de Doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2010.

LINARES, Rodrigo Adélio. **O movimento fascista e a CLT – conclusões a partir do exame da obra “O Fascismo no Direito do Trabalho Brasileiro”, de Arion Sayão Romita**. Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdência Social na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2006.

LOPES, Luciano Santos. **A metodologia da história nova aplicada ao estudo do Direito**. Monografia conclusiva da disciplina História do Direito ministrada pela Professora Miracy Barbosa, no Programa de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da UFMG.

KIRDEIKAS, João Carlos Vieira. **A Formação do Mercado de Trabalho no Brasil: uma Análise da Legislação Sobre Locação de Serviços no Século XIX**. In <http://www.anpec.org.br/encontro2003/artigos/A23.pdf> acesso em 21/01/2008.

REIS, João José. **Ganhadores – A greve negra de 1957 na Bahia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ROJAS, Carlos Antonio Aguirre. **Os Annales e a historiografia francesa: tradições críticas de Marc Bloch a Michel Foucault**. Trad. Jurandir Malerba. Maringá: Universidade Estadual do Maringá, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **O fascismo no Direito do Trabalho Brasileiro: influência da Carta del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira**. São Paulo: LTr; 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 3.º ed. Porto: Editora Cortês, 1998.

SOTELO, Mario Ruiz. **Hacia una visión decolonial de los derechos humanos**. In Favero, A. e outros. **Distopias e Utopias: entre escombros do nosso tempo**. Salvador, EDUFBA, 2020.

SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas; ...[et al.]. **Instituições de Direito do Trabalho**. Volume 1. 22 Ed. São Paulo: LTr, 2005.

TORRES, Paulo Rosa. **Comunidades remanescentes de quilombos: da escravatura à disputa contemporânea por seus territórios tradicionais**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social da Universidade Católica do Salvador. Salvador: UCSal, 2020.

ARTIGOS

ANÁLISE DOS POSSÍVEIS IMPACTOS DO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ADVOCACIA PÚBLICA BRASILEIRA

Alisson Barbalho Marangôni Correia¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar quais são os possíveis impactos do uso da inteligência artificial na Advocacia Pública brasileira, porquanto a administração pública vive o limiar da 4ª Revolução Industrial e da mudança que a tecnologia trará para a sua estrutura e para o relacionamento com o povo. Para tanto, a análise partiu das premissas dos modelos da administração pública e das que envolvem a inteligência artificial com vista a discutir o objeto. Dessa forma, a pesquisa desenvolvida pode ser classificada quanto aos critérios de objetivos, abordagem, e delineamento da seguinte forma: trata-se de um estudo exploratório. Por sua vez, a abordagem do tema se deu de modo qualitativo, por meio de um delineamento bibliográfico e documental. Por fim, um dos principais resultados constatados foi que as IA no Brasil não possuem função decisória, antes, porém, apoiam o processo decisório ao otimizar o tempo de análise processual e de gerar modelos de petições a serem utilizados na demanda.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial. Advocacia Pública. Nova Administração Pública.

ABSTRACT: This article has the goal to analyze what are the possible impacts on the usage of artificial intelligence in the Brazilian Public Advocacy, because the public administration is at the border of the 4th Industrial Revolution and the changes that the technology will bring to its structure and to relation with its people. Therefore, the analysis started from the premises of the models of Public Management and the ones of artificial intelligence in order to discuss the object. Thus, the developed research can be classified according to the criteria objective, approach and design in the following way: it is an exploratory study. On the other hand, the approach of the theme was qualitative, through a bibliographical and documental design. Therefore, one of the main results is that the AI in Brazil does not have a decision function, but they support the process of decision – analyzing the process, generating the model of petition to be used in the litigation.

KEYWORDS: Artificial intelligence. Public Advocacy. New Public Management.

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Abordagem geral sobre os modelos de administração pública; 2.1 Administração pública patrimonialista; 2.2 administração pública burocrática; 2.3 administração pública gerencial; 3 da inteligência artificial; 3.1 dos conceitos fundamentais; 4 análise dos possíveis

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário São Lucas. E-mail: alissonbmcorreia@gmail.com

impactos no uso da inteligência artificial na advocacia pública brasileira; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2020 foi um ano marcado por desafios, notadamente pelas consequências da pandemia de COVID 19 (SARS-CoV-2) na saúde pública, na economia e na sociedade como um todo, uma vez que alterou como as relações humanas se desenvolviam. Isto é, a sociedade como um todo se viu cada vez mais conectada, o home office se tornou uma forma de trabalho necessária, por conseguinte as ferramentas existentes tornaram-se mais populares e até acessíveis.

Em relação à administração pública diferente não poderia ser, os servidores que não estavam na linha de frente do enfrentamento dessa moléstia passaram a exercer seu mister de modo virtual, se conectando aos sistemas utilizados a partir de suas residências. Assim, tem sido mantido um grupo mínimo de servidores no local de trabalho a depender do nível de distanciamento empregado na região.

Considerando esses aspectos, tem-se pesquisado sobre a Administração Pública 4.0, em razão da 4ª Revolução Industrial e de como a tecnologia pode impactar nas relações entre o povo e o Estado, evidenciando assim, a relevância jurídica e social da presente pesquisa. Nesse contexto, o presente artigo tem por escopo analisar quais são os possíveis impactos no uso da inteligência artificial na Advocacia Pública brasileira.

Nesse sentido, importa salientar que, segundo o artigo 131 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) a Advocacia-Geral da União (AGU) é responsável pela representação da União, notadamente pela consultoria e assessoramento do Poder Executivo. De igual modo, o artigo 132 desta Lei Fundamental confere aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal a representação das respectivas unidades federadas.

Com relação aos Procuradores Municipais, o reconhecimento de sua função essencial à Justiça se deu por meio do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal², o qual entendeu que

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 663.696, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28 -2-2019, P, DJE de 22-8-2019.

o inciso XI do artigo 37 da Constituição Cidadã ao se referir aos Procuradores não criou distinção entre eles, conseqüentemente, não pode o seu intérprete fazê-lo.

A partir do pressuposto de que essas carreiras estão organizadas em órgãos, se almeja atualizar os principais conceitos dos modelos de administração públicas usados: o patrimonialismo, a burocracia e a administração pública gerencial. Nessa senda, ressalta-se que o Estado, como um produto da sociedade, não apresenta características de um único modelo, mas uma conjugação de suas características ao longo do tempo.

Outrossim, é importante levantar as premissas do uso da inteligência artificial (IA) voltado a administração pública, porquanto as soluções tecnológicas precisam se espelhar nos caros valores elencados na lei fundamental ao invés de serem meras reproduzoras do estado de coisas da sociedade. Notadamente, há uma preocupação de que os vieses algorítmicos sejam identificados para que as injustiças atuais não sejam maximizadas pela tecnologia.

Por todo o exposto, definiu-se a seguinte problemática: quais os possíveis impactos no uso da inteligência artificial na Advocacia Pública brasileira?

Em resposta a esse questionamento, definiu-se o objetivo geral de analisar quais são os possíveis impactos do uso da inteligência artificial na advocacia pública brasileira. Igualmente, foi necessário definir os seguintes objetivos específicos: (I) caracterizar os modelos de administração pública, considerando o aspecto do Estado brasileiro; (II) identificar quais são os projetos de inteligência artificial desenvolvidos pela Advocacia Pública brasileira.

Em relação a metodologia adotada na pesquisa, importa salientar que esta tem um objetivo exploratório, isto é, possui a finalidade de identificar e analisar os impactos dessa tecnologia da administração pública. Por conseguinte, a pesquisa sofreu um corte metodológico com vista a delimitar o objeto e estabelecer as premissas gerais, as específicas, e verificar os fatores que influenciam de forma direta ou indireta o resultado, evidenciando, assim, o caráter qualitativo da pesquisa bem como o delineamento bibliográfico e documental.

Outrossim, com a finalidade orientar a pesquisa desenvolvida e tentar respondê-la de modo provisório, foram erigidas as seguintes hipóteses: (I) os advogados públicos têm a disposição IA que realizam análise preditiva para definirem as teses jurídicas a serem adotadas nas peças processuais; (II) os advogados públicos possuem IA que os ajudam na minuta de suas

peças processuais; (III) há IA que desempenha funções burocráticas como o protocolo de suas manifestações, movimentação de documentos.

Pelo exposto, é possível constatar como principais resultados que as IA não possuem função decisória, antes, porém, apoiam o processo decisório ao otimizar o tempo de análise processual e de gerar modelos de petições a serem utilizados na demanda. Por conseguinte, os servidores têm a sua carga de trabalho mitigada em relação aos serviços repetitivos o que pode impactar numa melhora da qualidade de vida deles.

Por fim, o desenvolvimento está organizado em três seções: na primeira, serão abordados os modelos de administração pública, destacando suas características para se entender como o Estado está organizado. Na segunda, a discussão se concentra nas premissas teóricas e até práticas que envolvem a inteligência artificial num contexto transnacional. Já na terceira seção houve a identificação das principais tecnologias usadas na advocacia pública.

Ainda, importa salientar que se trata de um assunto vasto, ato contínuo, as conclusões aqui alcançadas não têm um condão de esgotar o tema.

2. ABORDAGEM GERAL SOBRE OS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É sabido que “o Estado é um ente personalizado, apresentando-se não apenas exteriormente, nas relações internacionais, como internamente, neste caso como pessoa jurídica de direito público, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica” (CARVALHO, FILHO, 2019, p. 76). Outrossim, destaca-se que é um ser anímico de vontade, de modo que seus agentes públicos ou políticos exteriorizam a sua vontade, para tanto, a Constituição, como norma fundante do ordenamento jurídico e do próprio Estado, estabelece o conjunto dos caros valores a serem observados e perseguidos em favor do povo.

Nessa senda, importa salientar que “no Brasil, a classificação mais usual divide os modelos de gestão pública em patrimonialista, burocrático e gerencial. Sendo que o último também recebe a denominação de nova gestão pública” (SANTOS, 2018, p. 3). Por conseguinte, importa abordar, de modo geral, esses modelos de gestão.

2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PATRIMONIALISTA

O Estado Absolutista é a base para esse modelo de administração pública, porquanto “o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, possuem *status* de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada da *res principis*” (CHIAVENATO, 2012, p. 107). Conseqüentemente, o Estado era utilizado para atender os interesses do governante ao invés do interesse público, notadamente quanto ao uso dos recursos públicos e dos servidores para implementarem alguma benesse.

Igualmente, pela união entre o Estado e a igreja, o rei era tido como um homem escolhido por Deus, infalível, logo, o seu reinado era regido por algumas máximas dentre as quais destacam-se “*The King can no do wrong* (o Rei nunca erra, em inglês arcaico), ou, como restou célebre, a frase do Rei Sol, Luis XIV, *L’Etat c’est moi* (o Estado sou eu)” (CAMPELO, 2013, p. 299).

Sob o aspecto sociológico, Marx Weber (1991, p. 141) analisou essa relação de poder e estabeleceu que:

Há três tipos puros de dominação legítima, às quais podem, primordialmente, ser: 1. de caráter racional, baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal); 2. de caráter tradicional, baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições representam a autoridade (dominação tradicional); e 3. de caráter carismático, baseada na veneração extraordinária da santidade do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática). (apud DA SILVA, 2017, p. 27).

Nessa senda, o poder, no Estado Absolutista, estava centrado nas mãos de um único governante, o qual o exercia sem qualquer freio ou contrapeso, de modo que é possível afirmar que não havia uma responsabilidade do Estado naquela época. Inclusive, verifica-se que “os agentes públicos, como representantes do próprio rei, não poderiam, portanto, ser responsabilizados por seus atos, ou melhor, seus atos, na qualidade de atos do rei, não poderiam ser considerados lesivos aos súditos” (ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 915).

Esse estado de coisas perdurou dessa forma até a Revolução Francesa, oportunidade em que houve uma ruptura com o Estado Absolutista e seus valores, notadamente pelo combate ao clientelismo, que privilegia “o interesse dos particulares e a troca de favores. Essas práticas

foram comuns na administração pública, não existiam carreiras, e os cargos eram distribuídos entre parentes e amigos do governante” (SANTOS, 2018, p. 3). Assim, é possível inferir que o nepotismo³ e a corrupção são resquícios desse modelo de administração.

Nesse diapasão, Drumond; Silveira; Silva (2014, p.5) afirmam que:

No Brasil, o modelo primário de administração pública abarcou o período de 1500 até 1930, incluindo a fase Colonial, Imperial e sua Primeira República. Da forma como eram conduzidas as relações entre o Brasil Colônia e Portugal surgiu o Patrimonialismo, que foi o primeiro modelo de administração e gestão pública do Brasil. Após a independência do país, no ano de 1822, este modelo de administração pública se fez presente tanto no Brasil Império, assim como na República Velha (dos anos 1889 até 1930). (Apud MIRANDA; GONÇALVES; COSTA, 2020, p. 91).

Por fim, Da Silva (2017), a luz do pensamento político de Aristóteles e de Maquiavel, conclui que o modelo patrimonialista pode ser associado com a má administração pública, sobretudo quando se trata de um modelo de cultura propagado no decurso do tempo em que se enaltece a demagogia⁴, o nepotismo e a corrupção.

2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA

Inicialmente, importa salientar que a administração burocrática “surgiu na segunda metade do século XIX, na época do Estado Liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista” (CHIAVENATO, 2012, p. 107). Esse modelo foi iniciado no Brasil com o governo de Getúlio Vargas, em 1930, que deflagrou a primeira reforma administrativa com o condão de romper com o modelo administrativo anterior (o patrimonialismo), notadamente ao instituir a administração financeira, material e de pessoal (MIRANDA; GONÇALVES; COSTA, 2020).

³ Nepotismo. Sm 1 Excessiva influência que os sobrinhos e outros parentes do papa exerceram na administração eclesiástica. 2 Favoritismo de certos governantes aos seus parentes, independentemente de suas aptidões; filhotismo: “Jânio Quadros fez um eloquente discurso [...] e prometeu combater a inflação, a injustiça, o nepotismo e a ineficiência burocrática” (EV). (TREVISAN; et al, 2015, online).

⁴ Demagogia. Sf. 1 POLÍT Predomínio político das facções populares. 2 POLÍT, PEJ Ação política por meio da qual se tenta obter o poder ou nele permanecer, explorando as paixões das massas, baseando-se na sua limitada capacidade de análise crítica, e fazendo promessas vãs e irrealizáveis. 3 COLOQ Simulação de modéstia, de desapego, bondade etc., com fins escusos. (TREVISAN; et al, 2015, online).

Nessa linha de ideias, são “princípios orientadores do seu desenvolvimento: a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade e o formalismo, em síntese o poder racional-legal” (CHAVIENATO, 2012, p. 107). Importa destacar a burocracia concebida por Max Weber, dentre outros pensadores, como paradigma a ser observado pela administração é pautada pelos seguintes valores:

Conforme esse pensador, a burocracia é dotada de feições legais fixas, regidas por leis ou normas administrativas; apresenta hierarquia organizada monocraticamente; o quadro de funcionários se reveste de ocupantes de cargos imbuídos de know-how para realização de tarefas pré-determinadas e que atendam a procedimentos padrões; o treinamento especializado é um pressuposto; a ocupação do cargo está vinculada à plena capacidade de trabalho do funcionário; o desempenho no cargo obedece a regras gerais; a relação entre as pessoas deve se dar entre cargos; a meritocracia deve ser respeitada; e os atos devem ser passíveis de registros, prestigiando, dessa forma, o caráter formal das comunicações. (CORDEIRO, 2017, p. 854).

Nesse diapasão, Loureiro, Abrucio e Pacheco (2010) sustentam que no Brasil “o modelo varguista, em resumo, criou uma burocracia voltada ao desenvolvimento, institucionalmente ligada ao mérito e ao universalismo, sendo a primeira capaz de produzir políticas públicas em maior escala” (apud LOUREIRO, ABRUCIO E PACHECO, 2018, p. 42). Segundo esses autores, essa organização estatal é baseada no modelo de Wilson, cuja primeira premissa é de que os agentes políticos definem as políticas públicas a serem executadas pelos agentes públicos.

No entanto, no plano prático desse modelo de administração, verificou-se que:

a eficiência pregada pelo modelo não ficou evidente na prática, principalmente pelo surgimento das disfunções burocráticas: resistência a mudanças, rigidez e falta de inovação, apreço extremo as regras e não com resultado, excessiva formalização, e lentidão no processo de decisão (SANTOS, 2018, p. 4).

Igualmente, destaca-se que, no Brasil, esse modelo entrou em decadência ao tempo em que o chamado milagre econômico brasileiro chegou ao seu fim, segundo Abrucio (1997), os quatro eventos que marcam essa crise são:

1) a crise econômica mundial, que iniciou com a primeira crise de petróleo, em 1973, e ganhou força com a segunda crise do petróleo, em 1979, o que levou a economia mundial a experimentar um período recessivo; 2) a crise fiscal, que colocou o governo em situação de déficit de financiamento; 3) a “ingovernabilidade”, ou seja, a inaptidão do Estado em resolver os problemas; e 4) transformações tecnológicas advindas da

globalização, que trouxeram consequências que acabaram enfraquecendo mais o Estado (apud SOUSA, 2019, p.28).

Ainda, importa destacar que “o principal inimigo, por sua vez, não era mais o regime soviético. O alvo agora eram os regimes ditatoriais herdados da Guerra Fria e convertidos pelos ‘Chicago Boys’ na nova religião do mercado” (DEZALAY; GARTH, 1945-2002, p. 132) [tradução nossa]⁵. Por conseguinte, a reforma administrativa discutida no declínio do regime militar foi postergada ante ao movimento da Constituinte de 1988 de modo que a necessidade de correção dos aspectos negativos desse modelo de administração pública só voltou a ser objeto de discussão em ares democráticos, conforme será abordado na subseção 2.3.

Em síntese, destaca-se que “a qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos. Seus defeitos são a ineficiência, a autorreferência e a incapacidade de voltar-se para o serviço dos cidadãos” (CHAVIENATO, 2012, p. 107). Assim, o Estado, nesse modelo, tende a ser um fim em si mesmo em vez de promover a equidade entre os seus cidadãos.

2.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

Diante dos problemas constatados no modelo de administração pública burocrática (abordados na subseção 2.2), os teóricos da administração pública passaram a buscar nas práticas da administração empresarial a solução para os entraves da burocracia, conseqüentemente, “a administração gerencial não pode ser dissociada totalmente da burocracia, já que diversas características são mantidas (meritocracia, admissão de pessoal, e avaliação de desempenho)” (SANTOS, 2018, p. 4).

Em outras palavras, a administração pública gerencial não tem o condão de se contrapor ao modelo anterior, antes, porém, busca aperfeiçoá-lo, porquanto ela “vê o cidadão como o contribuinte de impostos e como cliente de seus serviços” (CHIAVENATO, 2012, p. 109).

⁵ “The principal enemy, however, was no longer the regime of the Soviets. The target was now military dictatorships inherited from the Cold War and converted by the Chicago Boys into a new religion of the market.” (DEZALAY; GARTH, 1945-2002, p. 132).

Conseqüentemente, o foco da administração pública passa a ser entregar bons resultados aos administrados, satisfazendo, pois, o interesse público.

Noutro giro, importa destacar que:

[...] o modelo gerencial surgiu nos anos 80, em um contexto de escassez de recursos públicos, enfraquecimento do poder estatal e de avanço a uma ideologia privatizante. [...] No Brasil, o marco da Reforma Gerencial, contemplando a nova administração Pública, emergiu com o professor Luís Carlos Bresser-Pereira, no governo de Fernando Henrique Cardoso, desde 1995. As bases desta reforma foram motivadas pela crise caracterizada pela perda da capacidade do Estado em coordenar o sistema econômico brasileiro. A proposta da Reforma trouxe como inovação, em primeiro plano, o aprimoramento da qualidade de gestão nas três esferas de governo (Federal, Estadual e Municipal) (SOUSA, 2019, p. 28-29).

Ademais, importa salientar que “a reforma gerencial não apontou para a construção de um Estado mínimo, mas sim para a reorganização da forma de gestão da máquina pública e da intervenção do Estado sob o domínio econômico” (MIRANDA; KEMPFER, 2018, p. 142). Conseqüentemente, verificou-se nesse período um processo de privatização de estatais para ser reduzida a presença do Estado na economia ao passo em que se estabeleceu instrumentos de regulação.

Nesse contexto neoliberal, “esse modelo gerencial se tornou realidade no mundo desenvolvido como capaz de promover o aumento da qualidade e da eficiência dos serviços sociais oferecidos pelo setor público” (SILVA, 2017). Outrossim, ressalta-se que nesse modelo há três estratégias bem definidas:

(1) A definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade; (2) a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para atingir os objetivos contratados; (3) o controle ou cobrança a posteriori dos resultados (CHAVIENATO, 2012, p. 108).

Nessa linha de ideias, verifica-se uma correlação desse modelo com o processo de descentralização e descontração da administração pública brasileira, notadamente pela necessidade de simplificação da hierarquia funcional e implementação de diversos mecanismos de controle. Dessa forma, “os gestores públicos precisam de inteligência para que saibam abranger os problemas de suas instituições, com conceitos tanto da administração pública como de instituições privadas” (LOPES [et al], 2018, p. 102).

Por fim, destaca-se que dentre os valores que norteiam a administração pública gerencial é o fomento do controle social, o qual depende da publicidade dos atos administrativos e da transparência desses dados para que a população possa compreender as decisões dos agentes públicos (CORREIA; GOMES, 2020).

3. DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Segundo Desordi, “a origem da Inteligência Artificial (IA) é atribuída ao matemático britânico Alan Turing que, durante a Segunda Guerra Mundial, desenvolveu uma máquina capaz de decodificar mensagens” (2020, p. 10). As pesquisas que envolveram o projeto Ultra e a decodificação da máquina de criptografia alemã Enigma lançaram as bases da computação, pois até então os aliados não tinham entendido como funcionava essa máquina nem como o dado era por ela processado. Nesse sentido, destaca-se que:

Um dos desafios do projeto Ultra era decodificar as mensagens da máquina alemã Enigma. Era uma máquina de escrever com rotores. À medida que o texto era digitado, os rotores embaralhavam as letras de modo que o conteúdo ficasse incompreensível. A encriptação de mensagens funcionava de maneira similar ao que se usa hoje para transmitir dados bancários pela internet. A única maneira de entender a mensagem recebida é usando a mesma chave da encriptação original. Os rotores permitiam milhões de combinações, e as chaves eram trocadas mensalmente. Turing descobriu o segredo usando uma técnica eletromecânica chamada bomba. As tais bombas permitiam várias análises dos textos, em velocidade muito parecida à dos humanos. Outra contribuição do cientista foi o desenvolvimento do Colossus, um precursor dos computadores. (AXN, 2020, online).

Noutro giro, Damilano sustenta que o termo inteligência artificial “tem origem em 1956 quando John McCarthy utilizou o termo numa conferência de especialistas celebrada em Darmouth Colege” (2019, p. 2). Nessa senda, Frank Ned Santa Cruz conceitua IA como “o desenvolvimento de sistemas de computador capazes de executar tarefas que normalmente exigem habilidades humanas” (apud PORTO, 2019, p. 173). Corroborando esse entendimento:

Como se pontuou recentemente em relatório francês: Definir inteligência artificial não é fácil. O campo é tão vasto que não pode ficar restrito a uma área específica de pesquisa; é um programa multidisciplinar. Se sua ambição era imitar os processos cognitivos do ser humano, seus objetivos atuais são desenvolver autômatos que resolvam alguns problemas muito melhor que os humanos, por todos os meios disponíveis. Assim, a IA chega à encruzilhada de várias disciplinas: ciência da

computação, matemática (lógica, otimização, análise, probabilidades, álgebra linear), ciência cognitiva, sem mencionar o conhecimento especializado dos campos aos quais queremos aplicá-la. E os algoritmos que o sustentam baseiam-se em abordagens igualmente variadas: análise semântica, representação simbólica, aprendizagem estatística ou exploratória, redes neurais e assim por diante. O recente boom da inteligência artificial se deve a avanços significativos no aprendizado de máquinas. As técnicas de aprendizado são uma revolução das abordagens históricas da IA: em vez de programar as regras (geralmente muito mais complexas do que se poderia imaginar) que governam uma tarefa, agora é possível deixar a máquina descobrir eles mesmos. (NUNES; MARQUES, 2018, p. 3).

Nessa senda, com relação ao uso dessa tecnologia na sociedade, verifica-se que ela é empregada no dia a dia das pessoas para enfrentar problemas específicos, a exemplo disso há: “reconhecimento facial em rede social, que sugere a marcação de pessoas conhecidas; [...]. O sistema de recomendação de filmes e séries, como acontece no Netflix, ou mesmo de vídeos, no Youtube” (PORTO, 2019, p. 176).

Ademais, com vista a aproximar o desempenho das máquinas nas resoluções dessas tarefas o cientista Alan Turing, nos anos 50, desenvolveu um teste para identificar sistemas inteligentes, o chamado de “Teste de Turing”, que pode ser sintetizado da seguinte forma:

No teste, um examinador conversa por meio de mensagens de texto, simultaneamente, com um computador e uma pessoa. Depois de certo tempo, se não fosse capaz de apontar qual dos dois era humano, a máquina teria passado no teste. (Nos primórdios da internet, o software Eliza usava a mesma base lógica). (AXT, 2020, online).

Nessa senda, esse teste representou um marco teórico-prático essencial para computação atual, já que, para Turing, “uma máquina pode ser declarada inteligente, ou ser pensante, se for capaz de alcançar sucesso no jogo da imitação, ou seja, construir um discurso tão parecido com um discurso humano que se torne indistinguível desse” (SILVA; DE ARRUDA, 2019, p. 11).

Por sua vez, importa pontuar que os contos futuristas do autor Isaac Asimov (1969) desencadearam importantes discussões filosóficas sobre como as pesquisas em inteligência artificial deveriam ser conduzidas, notadamente pela propositura de três normas éticas sobre as quais os contos propõem interpretações e reflexões importantes. Nesse sentido, destaca-se que as leis fundamentais da robótica por ele proposta são:

1. Um robô não pode ferir um ser humano ou, por omissão, permitir que o ser humano sofra algum mal;
2. Um robô deve obedecer às ordens que lhe seja dada por seres humanos, exceto nos casos em que tais ordens contrariem a primeira lei;
3. Um robô

deve proteger sua própria existência, desde que tal proteção não entre em conflito contra a primeira e a segunda leis (ASIMOV, 1969, p. 06)

A exemplo disso, destaca-se a seguinte análise da obra “Eu, Robô”:

No conto ‘Mentiroso’, Asimov aborda uma questão ética envolvendo a criação de Inteligências Artificiais. A programação do robô Herbie (RB-34) permite, acidentalmente, que ele seja capaz de ler as mentes humanas e toda a equipe técnica da U.S. Robots é convocada para descobrir as causas dessa habilidade e as consequências que dela viriam a derivar. [...]. Herbie se mostra fascinado pela complexidade da mente humana e das relações interpessoais, muito mais elaboradas que as relações numéricas por ele resolvidas em segundos. O desejo de agradar aos humanos decorre da obediência à Primeira Lei da Robótica, quando o robô entende que mágoas e tristeza também são uma maneira do ser humano se ‘ferir’ e procura criar, por meio de mentiras, uma realidade que satisfaça cada um, mesmo estando entre em conflito com os fatos ou com os desejos de outras pessoas. [...]. Isso nos leva a pensar que, na atualidade, mais vezes as IA têm sido construídas para afirmar aos usuários aquilo que atende às suas vontades ou à sua percepção de mundo. Quando usamos um mecanismo de busca ou mesmo nas redes sociais, por exemplo, somos expostos apenas aos temas de nosso interesse e que venham ao encontro de nossa percepção do mundo, sem conflitos ideológicos, políticos ou sociais. A reafirmação permanente de nossas crenças, rejeitando as formas diversas de pensamento, poderia ser comparada a essas mentiras do robô Herbie, que na narrativa levaram ao seu colapso e destruição quando confrontadas pela Dr^a Calvin (COSTA; ARAUZ, 2018, p. 5-6).

Nessa senda, verifica-se um impacto da inteligência artificial nas relações humanas, sobretudo sobre os relacionamentos pelas plataformas das redes sociais, que com seus algoritmos de visibilidade de conteúdo podem gerar bolhas de informação, distorcidas da verdade com o escopo de levar a pessoa a passar mais tempo naquele site, já que é o produto dessa empresa (MARTHE, 2020; GUEDES, 2017). Corroborando esse entendimento, importa ressaltar que:

a percepção acadêmica de IA na área da desinformação é ambígua, pois do mesmo modo que ela acelera a propagação de informação online pelas redes sociais; por sua vez, também nos permite que haja uma detecção automática de conteúdo falso e remoção deste com um nível relativamente alto de acurácia (IRENI-SABAN; SHERMAN, 2021, p. 40) [tradução nossa]⁶.

⁶ “The scholastic perception of AI in the disinformation sphere is ambiguous, as it accelerates data propagation online via social media platforms but also enables us to automatically detect false content and remove it at a relatively high level of accuracy” (IRENI-SABAN; SHERMAN, 2021, p. 40).

Igualmente, as pesquisas nas áreas das ciências sociais, sobretudo no campo da filosofia, têm discutido os valores éticos essenciais para o desenvolvimento e aprimoramento dessa tecnologia. Dito de outro modo, “nós as vezes desejamos por mais invenções algorítmicas quando aquelas que nos deparamos são discriminatórias, nepotistas, e repletas de erro, as vezes o procedimento é verdadeiramente democrático” (GILLESPIE, 2016, p. 27) [tradução nossa]⁷. Nessa linha de ideias, destaca-se que:

O desafio, então, não é como usar a nova tecnologia para se entrincheirar com problemas antigos, mas ao contrário é para melhor entender como nós podemos usar essa oportunidade para imaginar e projetar sistemas que são mais transparentes, equitativo e justo” (MOLNAR; GILL, 2018, p. 07) [tradução nossa]⁸.

Desse modo, verifica-se a necessidade de ao se estudar esse tema ter claro os conceitos que norteiam esse campo de investigação com vista a clareza no silogismo a ser empregado. Consequentemente, na subseção 3.1 serão abordados esses importantes conceitos, que mal-empregados geram conclusões errôneas ou incompletas.

3.1 DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, destaca-se que “a definição de algoritmo da linguagem da informática podemos afirmar que os algoritmos têm uma entrada (*input*), a partir da qual apresentamos os dados a serem processados, uma saída (*output*) [...]” (SILVA; DE ARRUDA, 2019, p. 4). Nessa senda, é possível estabelecer uma correlação entre o algoritmo e a álgebra (as funções), já que em ambos os casos uma fórmula matemática é aplicada sobre os dados em X para se produzir resultados em Y (GILLESPIE, 2016). Desse modo, um “algoritmo pode se referir a qualquer instrução, como um código de computador, que carrega um conjunto de comandos: isso é

⁷ “[...] we sometimes wish for more ‘algorithmic’ interventions when the ones we face are discriminatory, nepotistic, and fraught with error; sometimes procedure is truly democratic” (GILLESPIE, 2016, p. 27).

⁸ “The challenge, then, is not how to use new technology to entrench old problems, but instead to better understand how we may use this opportunity to imagine and design systems that are more transparent, equitable, and just.” (MOLNAR; GILL, 2018, p. 07).

essencial para que os computadores processem os dados” (PRIVACY INTERNATIONAL; ARTICLE 19, 2018, p. 06) [tradução nossa]⁹.

Dito de outro modo, “[...] o algoritmo é um conjunto de instruções, ‘uma receita composta de passos programáveis’, projetados com o propósito de ‘organizar e agir no corpo de dados para alcançar um resultado desejado’” (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09) [tradução nossa]¹⁰. Ainda, importa pontuar que Barocas, Hood, and Ziewitz (2013, 3), ao refletirem sobre o problema da conceituação, chegaram à seguinte inferência:

No caso do algoritmo, os especialistas técnicos, os cientistas sociais, e o grande público estão usando a palavra de modos diferentes. Para os engenheiros de software, os algoritmos muitas vezes são coisas bem simples, para o grande público elas são vistas como algo de complexidade inalcançável. Para cientistas sociais, algoritmo nos atrai para longe do termo técnico, oferecendo um artefato inescrutável que mesmo assim possui certo poder explicativo e elucidativo (apud GILLESPIE, 2016, p. 18) [tradução nossa]¹¹.

Assim, para o propósito deste artigo a significação adotada para o termo algoritmo será “procedimento codificado para a transformação do dado inserido para o dado desejado, com base em cálculos específicos” (GILLESPIE, 2014 apud PRIVACY INTERNATIONAL; ARTICLE 19, 2018, p. 06)¹².

Noutro giro, compreender o conceito de aprendizado de máquinas (ou *machine learning*) se mostra essencial, pois esse sistema “possibilita com que os computadores, utilizando-se de algoritmos, reconheçam padrões e previsões sobre determinado fato e/ou acontecimento e tomem decisões de forma natural, [...]” (DAMILANO, 2019, p. 3). Corroborando esse entendimento, destaca-se que:

⁹ “Algorithm can refer to any instruction, such as computer code, that carries out a set of commands: this is essential to the way computers process data.” (PRIVACY INTERNATIONAL; ARTICLE 19, 2018, p. 06).

¹⁰ “At its most basic level, an algorithm is a set of instructions, ‘a recipe composed in programmable steps’, designed for the purpose of ‘organizing and acting on a body of data to quickly achieve a desired outcome.’” (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09).

¹¹ “In the case of algorithm, the technical specialists, the social scientists, and the broader public are using the word in different ways. For software engineers, algorithms are often quite simple things; for the broader public they are seen as something unattainably complex. For social scientists, algorithm lures us away from the technical meaning, offering an inscrutable artifact that nevertheless has some elusive and explanatory power (Barocas, Hood, and Ziewitz 2013, 3).” (GILLESPIE, 2016, p. 18)

¹² “Encoded procedures for transforming input data into the desired output, based on specific calculations.” (GILLESPIE apud PRIVACY INTERNATIONAL AND ARTICLE 19, 2018, p. 06).

O aprendizado de máquina é uma técnica popular no campo da IA o qual ganhou proeminência recentemente. Ele frequentemente usa algoritmos treinados com uma vasta quantidade de dados para melhorar a performance do sistema em uma tarefa ao longo do tempo. Essas atividades tendem a envolver as tomadas de decisão ou o reconhecimento de padrões, como vários resultados possíveis em uma variedade de domínios e aplicações. Arthur Samuel, quem elaborou o termo, se referiu aos programas de aprendizado de máquinas como aqueles que tem ‘a habilidade de aprender sem serem explicitamente programados’. Muitas das tecnologias comumente referidas como IA hoje são, tecnicamente falando, sistemas de aprendizado de máquina. (PRIVACY INTERNATIONAL; ARTICLE 19, 2018, p. 07) [tradução nossa]¹³.

Dessa forma, “certos algoritmos, incluindo aqueles que usam a técnicas como aprendizado de máquina, são ‘treinados’ a partir de um vasto banco de dados, que permite ao algoritmo classificar e ‘generalizar além dos exemplos do programa de treinamento’” (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09) [tradução nossa]. Por conseguinte, é possível inferir que o operador não terá um controle metodológico preciso de como o sistema fará o tratamento desses dados, porém é possível fazer uma análise, um controle, dos dados inseridos e dos resultados alcançados como forma de se aferir a eficiência e a acurácia, pois “esses sistemas são geralmente projetados para mapear a entrada e a saída de dados baseados num conjunto de modelos treinamento previamente classificados” (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09) [tradução nossa]¹⁴.

Nessa linha de ideias, é possível classificar a técnica de aprendizado de máquinas em três tipos:

O aprendizado de máquina supervisionado forma a maioria das aplicações de IA na atualidade. Ele busca ensinar o computador a prever o resultado, assumindo que os dados inseridos estão etiquetados corretamente. O aprendizado de máquinas supervisionado pode ser usado ou para prever a uma contínua saída de dados válidos por meio de uma regressão, ou para descartar os dados valorados a partir de uma classificação. O aprendizado não supervisionado, por sua vez, depende de o computador encontrar uma estrutura dentro dos dados, com fulcro em certas

¹³ Machine learning is a popular technique in the field of AI which has gained prominence in recent years. It often uses algorithms trained with vast amounts of data to improve a system’s performance at a task over time. Tasks tend to involve making decisions or recognizing patterns, with many possible outputs across a range of domains and applications. Arthur Samuel, who coined the term, referred to machine learning programs as those which have ‘the ability to learn without being explicitly programmed.’ Many of the technologies commonly referred to as AI today are, strictly speaking, machine learning systems.” (PRIVACY INTERNATIONAL; ARTICLE 19, 2018, p. 07).

¹⁴ Certain algorithms, including those that use techniques like **machine learning**, are “trained” using a large, existing corpus of data, which allows the algorithm to classify and “generalize beyond the examples in the training set.” These systems are generally designed to map an input to an output based on a set of labeled training examples. (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09) [grifos do autor].

estruturas. Aprendizado reforçado é o terceiro tipo, onde o programa é posto em um ambiente e deve aprender como se portar no ambiente de modo bem-sucedido, considerando a posterior análise dos erros e dos acertos (PRIVACY INTERNATIONAL; ARTICLE 19, 2018, p. 07) [tradução nossa]¹⁵.

Ainda, no que concerne o aprendizado de máquinas importa pontuar que:

O aprendizado profundo (*Deep Learning*) é uma das várias abordagens para o aprendizado de máquinas. Outras abordagens incluem aprendizagem por meio de árvores de decisão (*decision tree learning*), programação de lógica indutiva (*inductive logic programming*), agrupamento (*clustering*), aprendizagem de reforço (*reinforcement learning*), redes bayesianas (*Bayesian networks*), entre outros. A aprendizagem profunda foi inspirada na estrutura e nas funções do cérebro humano, na interligação dos neurônios. As redes neurais artificiais (Artificial Neural Networks – ANNs) são algoritmos que imitam a estrutura biológica do cérebro humano. Nas ANNs, existem “neurônios” (entre aspas) que possuem várias camadas e conexões com outros “neurônios”. Cada camada (*layer*) escolhe um recurso específico para aprender, como curvas e bordas no reconhecimento de uma imagem, por exemplo. A aprendizagem profunda tem o seu nome em razão dessas várias camadas. A profundidade é criada com a utilização de múltiplas camadas em oposição a uma única camada de aprendizado pelo algoritmo. (ELIAS, 2017, p. 02)

Outrossim, destaca-se que “a efetividade da tecnologia da IA depende da qualidade do banco de dados utilizado em seu treinamento, o qual é inevitavelmente incompleto, em que pese haja o mito de haver um que seja completo” (WRIGHT; VERITY, 2020, p. 15) [tradução nossa]¹⁶. Com relação a aplicação dessa tecnologia ao direito, verifica-se que “os dados de treinamento poderiam incluir a jurisprudência, um conjunto de fotografias ou os dados estatísticos – alguns ou todos têm sido pré categorizado ou modelado com base no critério desenvolvido” (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09) [tradução nossa]¹⁷. Para tanto, identificou-se que a metodologia mais utilizada nessas pesquisas tem sido a metodologia fuzzy, já que esta

¹⁵ “Supervised, unsupervised, and reinforced learning Machine learning is usually classified into these three types. Supervised machine learning forms the majority of AI application today. It seeks to teach the computer to predict an output, assuming that the input data is labelled correctly. Supervised machine learning can either be used to predict a continuous valued output through regression, or a discrete valued output through classification. Unsupervised learning, on the other hand, depends on the computer program to find structure within data, based on particular features. Reinforced learning is the third type, wherein the program is placed in an environment and must learn how to behave successfully within that environment, based on feedback of successes and failures.” PRIVACY INTERNATIONAL; ARTICLE 19, 2018, p. 07).

¹⁶ “The effectiveness of AI technology depends on the quality of the data set it is trained on, and inevitably data sets are incomplete, though there is a myth of having one that is complete.” (WRIGHT; VERITY, 2020, p. 15).

¹⁷ “[...] **training data** could include a body of case law, a collection of photographs, or a database of statistics—some or all of which have been pre-categorized or labeled based on the designer’s criteria”. (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09) [grifos do autor]

permite organizar de modo adequado os nebulosos dados disponíveis para se obter um resultado certo (ou *crisp*). Dito de outro modo:

O estágio de processamento da aplicação da metodologia fuzzy compreende também três fases: a primeira fase é dedicada à construção das variáveis fuzzy de entrada (fuzzyficação); na segunda fase, a construção das regras de inferência pertinentes ao modelo; e na terceira fase, a defuzzyficação (DILL, 2005, p. 47-50), que seria por sua vez o processo de colocar nomes no universo de discurso de cada entrada *crisp* (ALVES; CORRÊA, 2020, p. 13).

Nesse diapasão, se constata que a qualidade no corte metodológico se mostra essencial para redução de erros, porquanto, no contexto tecnológico atual, quanto maior a diversidade de situações em que queriam aplicar o sistema menor a qualidade do resultado, já que ainda não é possível um único sistema de inteligência artificial resolver diversos problemas. Conseqüentemente, a melhor definição do objetivo a ser alcançado, e “a qualidade dos dados de treinamento impacta na qualidade do dado obtido” (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09) [tradução nossa]¹⁸. Para ilustrar essa situação, “se um sistema de IA é desenvolvido especificamente para os refugiados sírios em um contexto particular, esse sistema seria mais apto e também há a possibilidade de haver uma menor taxa de erro do que um sistema de IA desenvolvido para todos os refugiados universalmente” (WRIGHT; VERITY, 2020, p. 17) [tradução nossa]¹⁹.

Por fim, uma vez estabelecido o marco teórico que norteiam as pesquisas em inteligência artificial tanto no Brasil quanto no exterior, importa identificar os impactos do seu uso na Administração pública, destacando, desde já, que “no padrão prático, o aprendizado de máquinas assume que o futuro será como o passado. Quando o passado é injusto, enviesado, o aprendizado de máquina irá propagar esses vieses e realçá-los por meio de *feedback loops*” (Companhia Canadense Íntegra IA, apud MOLNAR GILL, 2018, p. 09)²⁰.

¹⁸ The quality of the training data impacts the quality of the output data. (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09).

¹⁹ “For example, if an AI system is being developed specifically for Syrian refugees in a particular local context, the system would be more adaptable and have the potential to have a much lower error rate than if an AI system is built for all refugees universally” (WRIGHT; VERITY, 2020, p. 17).

²⁰ As a recent report from the Canadian company Integrate.ai points out, “[I]n standard practice, machine learning assumes the future will look like the past. When the past is unfair or biased, machine learning will propagate these biases and enhance them through feedback loops.” (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09).

4. ANÁLISE DOS POSSÍVEIS IMPACTOS NO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ADVOCACIA PÚBLICA BRASILEIRA

Inicialmente, importa salientar que a Advocacia-Geral da União “iniciou a implantação de seu Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens) em 2014 [...]” (NUNES; MARQUES, 2018, p. 2), a partir da edição da Portaria 125, de 30 de abril de 2014. Nesse sentido, destaca-se o objetivo de ser realizar a gestão documental desse órgão, aprimorando tanto sua atividade-meio quanto a fim, conforme se depreende da leitura dos artigos 1º e 2º dessa norma, a saber:

Art. 1º Instituir o Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS, como sistema oficial de informações, documentos e processos eletrônicos no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Art. 2º O Sistema SAPIENS é instrumento de utilização obrigatória na gestão documental e controle de fluxos de trabalho pelos Membros e Servidores da Advocacia-Geral da União, nos órgãos em que implantado.

Nesse sentido, o site institucional da procuradoria da AGU afeta a UFRRJ destaca que esse sistema “é híbrido, isto é, comporta documentos digitais e documentos físicos. Inclui operações como: captura de documentos, aplicação do plano de classificação, controle de versões, controle sobre os prazos de guarda e destinação [...]” (BRASIL, 2017).

Além disso,

Com o advento do Sapiens, os Advogados Públicos Federais passaram a compartilhar um mesmo ambiente virtual de trabalho, podendo acessar não apenas as manifestações da respectiva unidade de lotação como também a produção jurídica dos vários outros órgãos da Advocacia-Geral da União (MACEDO, 2017, online)

Outrossim, com a implantação desse programa houve um aumento na produtividade, com uma redução na carga horária de trabalho, pois, segundo a estimativa do Procurador Federal Dr. Eduardo Alexandre Lang apud Boueres (2019), os advogados recebiam em média mil processos por mês e se não laborassem em sobre jornada teriam em média seis minutos para analisar e peticionar nos autos do processo a medida judicial cabível. Somado a isso há a redução no tempo de tramitação de processos de 28 dias para 3, em relação ao sistema anterior (AGU doc).

Lado outro, importa destacar que, em 31 de maio de 2021, a AGU editou a Portaria Normativa n. 8 com a finalidade de regulamentar a atualização desse programa – o Sapiens 2.0 ou Super Sapiens. Segundo o site institucional a AGU (2021, online) desenvolveu essa versão pensando em seu usuário, conseqüente, o que se espera é uma praticidade e agilidade no uso do sistema, bem como um melhor etiquetamento dos modelos de peça a partir de uma melhor acurácia no algoritmo que realiza esse processo.

Essa solução tecnológica está na mesma toada dos grandes escritórios que realizam o contencioso de massa, que se aliam com as startups para desenvolverem soluções tecnológicas, como a “[...] paulista Looplex, que tem por mote principal a automação de documentos jurídicos, como petições e contratos” (DA COSTA FELIPE; PERROTA, 2018).

Igualmente, verifica-se a implantação na Procuradoria Geral do Distrito Federal do software Dra. Luzia, um IA com *machine learning* que protocola de modo automático e gerencia os processos. Ademais, ressalta-se que:

Dra. Luzia foi desenvolvida com as seguintes capacidades: 1 - entender os processos, o seu andamento e quais suas possíveis soluções, 2 - cruzar dados e encontrar endereços ou bens dos envolvidos nos processos, 3 - auxiliar na tramitação dos processos de execuções fiscais, 4 - avaliar aproximadamente 300 mil processos em andamento de cobrança de dívida ativa do órgão, 5 - interpretar decisões dos juízes no despacho e certidões, 6 - definir qual a petição mais adequada para cada situação jurídica apresentada de acordo com sua programação, 7 - gerar novas petições a partir destas. (COSTA, 2020, p. 40).

Nessa linha de ideias, os principais *softwares* utilizados no Brasil têm o condão de eliminar as atividades repetitivas e otimizar o processo de análise documental com a finalidade de permitir ao agente público uma decisão apoiada (PORTO, 2018). Outrossim, verifica-se que há uma preocupação na gestão dos processos para processar de modo célere os documentos que lhe são submetidos, almejando, inclusive, que não ocorra a perda de prazo de manifestações judiciais.

Ainda, importa destacar que “as tecnologias de aprendizado de máquina e inteligência artificial podem ser utilizadas para identificar padrões que a análise humana poderia, por sua vez, não reconhecer” (MOLNAR, 2018, p. 41) [tradução nossa]²¹, externalizando vieses

²¹ "Machine learning and artificial intelligence technologies can be used to identify patterns that human analysts would otherwise not recognize" (MOLNAR, 2018, p. 41).

subjacentes que estavam nos dados de entrada. Por conseguinte, a identificação de vieses cognitivos precisa ser uma preocupação constante dos gestores públicos para que esse possível viés discriminatório não seja passado adiante (NUNES; MARQUES, 2018).

Por fim, segundo Gonçalves Júnior (2017) o sistema SAPIENS permite a alta gestão da AGU identificar os setores que estejam em sobrecarga ou ociosos desde 2016 ao gerar relatórios de produtividade e o levantamento quantitativo e qualitativo do acervo das unidades. Nesse sentido, a consolidação dos dados se mostra essencial para que haja um planejamento estratégico com maior acurácia e efetivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo versa sobre a análise de quais são os possíveis impactos no uso da inteligência artificial na Advocacia Pública brasileira. Para tanto, o trabalho discutiu os modelos de administração e os conceitos teóricos que envolvem a aplicação da inteligência artificial.

A administração pública brasileira é marcada com os elementos dos principais modelos de administração: o patrimonialismo, a burocracia, a gerencial. As características do primeiro modelo, geralmente, estão relacionadas à confusão entre a coisa pública e particular dos agentes públicos. Por conseguinte, onde isso ocorre se constata uma inversão da ordem lógica do ordenamento proposto por Hans Kelsen, ou seja, a norma do gestor seria mais importante do que a Lei Fundamental. Outrossim, esse ambiente organizacional é propício para o nepotismo, para a demagogia, a corrupção.

Em oposição a esse modelo, há o burocrático, que prevê uma série de etapas, procedimentos, com a finalidade de gerar um controle dos atos e, conseqüente, responsabilidade. Em razão disso, os atos não são pautados nos favores, mas em atos embasados naquilo que a lei determina. Importa também ressaltar que há um risco de haver um peso procedimental, que gera uma lentidão na administração em atender as demandas postas, dentre outros.

Desse modo, a nova administração pública tem um condão de modernizar o modelo anterior, aplicando, no que couber, as boas práticas vistas na iniciativa privada. Por conseguinte, a gestão passa a ser focada nos resultados. Nesse contexto gerencial, a inteligência artificial se

mostra uma tecnologia que vem modernizar a estrutura do Estado para que este possa disponibilizar um serviço eficiente.

Todavia, importa destacar que essa tecnologia não pode ser vista fora do seu contexto social, porquanto o Brasil, assim como outros países, possui problemas estruturais como o racismo contra os afrodescendentes, indígenas e povos tradicionais. Logo, se esse viés for inserido no desenvolvimento ou aplicação da IA a vulnerabilidade desses grupos sociais pode ser amplificada em nível exponencial.

Nessa senda, a literatura apresenta uma grande preocupação com a auditoria desses softwares para garantir que eles reproduzam o estado de coisas concebido na Constituição Cidadã, nas Leis, em vez de somente reproduzir o estado de coisas atual.

No que concerne às hipóteses levantadas, verificou-se que as principais tecnologias identificadas as validam as seguintes hipóteses: (II) os advogados públicos possuem IA que os ajudam na minuta de suas peças processuais; (III) há IA que desempenham funções burocráticas como o protocolo de suas manifestações, movimentação de documentos.

Por conseguinte, não foi possível verificar a primeira hipótese de que (I) os advogados públicos têm à disposição IA que realizam análise preditiva para definirem as teses jurídicas a serem adotadas nas peças processuais, muito embora, no caso do sistema SAPIENS, o programa analisa o processo e formule um modelo de peça.

Por fim, levantaram-se as seguintes hipóteses, com o condão de estimular novas pesquisas: (I) o SAPIENS pode realizar uma análise preditiva do resultado para primar por uma litigância estratégica; (II) é possível uma análise estatística para identificar em quais demandas há a aplicação dos entendimentos similares.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. - 25. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. Burocracia e ordem democrática: desafios contemporâneos e experiência brasileira. 2018. In: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Administração Pública. Governo. Estado: Capítulos de Livros** [E-book],

2010-2020. Disponível em: < <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8560>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

ASIMOV, Isaac. **Eu, Robô**. Tradução de Luiz Horácio DA MATTA, 2ª Edição em português, agosto de 1969. Disponível em:< <https://kbook.com.br/wp-content/uploads/2016/07/eurobo.pdf>> Acesso em: 16 de fevereiro de 2021.

ALVES, F. de B.; CORRÊA, E. A. de A. INTERFACES ARTIFICIAIS E INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: O PROBLEMA DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DA METODOLOGIA FUZZY NA APLICAÇÃO DO DIREITO. **Revista de Direito Brasileira**, [S. l.], v. 23, n. 9, p. 05-27, 2020. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2019.v23i9.3966. Disponível em: <https://indexlawvps31.websiteseuro.com/index.php/rdb/article/view/3966>. Acesso em: 13 maio. 2021.

AXT, Bárbara. ATEU, HOMOSSEXUAL E PAI DA COMPUTAÇÃO: HÁ 66 ANOS, MORRIA ALAN TURING. In: **Aventuras na História**, publicado em 07.06.2020. Disponível em: < <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/alan-turing-matematico-considerado-pai-computacao.phtml>>. Acesso em 20 de abril de 2021.

BOUERES, Luciana Anchieta. IMPACTOS NAS CONDIÇÕES DE TRABALHO DOS USUÁRIOS DO SISTEMA AGU DE INTELIGÊNCIA JURÍDICA (SAPIENS). In: **Revista da AGU**, 2019. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60823288/Luciana20191007-54558-eljz93.pdf?1570451646=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DIMPACTOS_NAS_CONDICOES_DE_TRABALHO_DOS_U.pdf&Expires=1630082311&Signature=JgnL58hf5LjpIswA3bZgBy2SOWV8kgN90bc~3UoMeLSxQhBI88TLNeifpVzTGVkGf1J2Z-87zMcZkRwu2cDzCfdvFqW5KKH8HReeqyptOjOhYeJD2xGGK6TJ8ntWqWrRmYeVIL2~MSol-Zj5q0YeFYL9TETNOITnvQn9xnf2dB0~QW-KKRG5c3rXC-mHc2T0HLsuVHxIdzzTkyjwGewHZduInFuEwYgmnrt6lKI9OCLogrYw9~zsnDtMpZkUA5XR0rm07O6XIrIyuG6cbCTFdIJdNqR3b~2A2g~InboiUSbejE0B9upMvn122dtKkad2BttGYq3h1o1r3HNJ1ppw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em 27 de agosto de 2021.

BRASIL, Advocacia-Geral da União (AGU). **Portaria 125, de 30 de abril de 2014**. Institui a obrigatoriedade de utilização do Sistema AGU de Inteligência Jurídica - SAPIENS, no âmbito da Advocacia-Geral da União, seu Comitê Gestor Nacional e aprova o Regimento Interno deste. Disponível em: <<https://ifc.edu.br/wp-content/uploads/2014/05/Portaria-125.pdf>>. Acesso em: 12 junho de 2021.

BRASIL, Advocacia-Geral da União (AGU). **PORTARIA NORMATIVA AGU Nº 8, DE 31 DE MAIO DE 2021.** Disciplina as formas de acesso, utilização e manutenção do módulo Administrativo do Sistema AGU de Inteligência Jurídica - SUPER SAPIENS. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-agu-n-8-de-31-de-maio-de-2021-323553605>>. Acesso em: 12 de junho de 2021.

BRASIL, Advocacia-Geral da União (AGU), Procuradoria Federal – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). **Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS.** [2017?]. Disponível em: <<https://institucional.ufrrj.br/procuradoria/inicio/conheca-a-pfufrrj/sapiens/>>. Acesso em: 12 de junho de 2021.

BRASIL, Advocacia-Geral da União (AGU). **Sapiens 2.0: AGU inicia maior processo de capacitação de sua história.** Publicado em 25/01/2021 19h56. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/sapiens-2-0-agu-inicia-maior-processo-de-capacitacao-de-sua-historia>>. Acesso em: 12 de junho de 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 663.696, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28 -2-2019, P, **DJE de 22-8-2019.** Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750595051>>. Acesso em: 12 de junho de 2021.

CAMPELO, G. S. B. Administração pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **Ciência & Trópico**, v. 34, n. 2, 21 jan. 2013. Disponível em: <<https://fundaj.emnuvens.com.br/CIC/article/view/871/592>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2021.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017. 1.216 p. Bibliografia. ISBN 978-85-442-1014-7.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** [livro eletrônico]. – 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. PDF. 1726f.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** [livro eletrônico]. – 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 788597024982. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024982/>. Acesso em: 04 Feb 2021

CASTRO, B. F. de; BOMFIM, G. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, O DIREITO E OS VIESES. **Revista Ilustração**, [S. l.], v. 1, n. 3, p. 31–45, 2021. DOI: 10.46550/ilustracao.v1i3.23. Disponível em: <http://journal.editorailustracao.web36f03.kinghost.net/index.php/ilustracao/article/view/23>. Acesso em: 13 maio. 2021.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração geral e pública**. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

CORDEIRO, Wagner Marques. Burocracia na construção da Administração Pública do século XXI: uma reflexão teórica. In: **Anais do IV Encontro Brasileiro de Administração Pública**, João Pessoa, 2017. Disponível em: <<http://150.165.254.38/ebap/contents/documentos/0851-867-burocracia-na-construcao-da.pdf>>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

CORREIA, Alisson Barbalho Marangôni; GOMES, Khrisna Nadjanara de Lima. POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS: uma análise de como a sociedade pode exercer o controle social dos recursos aplicados. In: **Revista Eletrônica da Escola Superior da Advocacia do Estado de Rondônia**, Vol. 2 Num. 2/2020. Disponível em: <http://revistaesa.oab-ro.org.br/gerenciador/data/uploads/2020/10/A%CC%81lisson-Barbalho-Marango%CC%82ni-Correia_-Khrisna-N.-de-Lima-Gomes.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

COSTA, Monize Fernandes Vieira; ARAUZ, Valéria Angélica Ribeiro. LIMITES E POSSIBILIDADES DAS PERSONAGENS AUTÔMATAS EM “EU, ROBÔ”, DE ISAAC ASIMOV. In: XXII CNLF – Congresso Nacional DE LINGUÍSTICA E FILOLOGIA, 2018. Disponível em: <http://www.filologia.org.br/xxii_cnlf/completo/limites_e_possibilidades_MONIZE.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

COSTA, Suzana Rita da **A Contribuição da Inteligência Artificial na Celeridade dos Trabalhos Repetitivos no Sistema Jurídico**. Bauru, 2020 70 p. Dissertação (mestrado) Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Bauru Orientador: Dr. Osvando José de Moraes. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/193188>>. Acesso em: 25 agosto 2021.

DAMILANO, Cláudio Teixeira. Inteligência artificial e inovação tecnológica: as necessárias distinções e seus impactos nas relações de trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, n. 10, p. 19985-20001, 2019. Disponível em: <<https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/3863/3652>>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

DA SILVA, José Maria Alves. Administração pública e cultura patrimonialista. **Práticas de Administração Pública**, v. 1, n. 1, p. 25-41, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/pap/article/view/25590/15329>>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

DESORDI, D.; BONA, C. D. A inteligência artificial e a eficiência na administração pública. **Revista de Direito**, [S. l.], v. 12, n. 02, p. 01-22, 2020. DOI: 10.32361/202012029112. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/9112>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. **The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states** I Yves Dezalay, Bryant G. Garth. p. cm. - (The Chicago series in law and society). Includes bibliographical references and index. ISBN 0-226-14425-9 (cloth: alk. paper) - ISBN 0-226-14426-7 (pbk.: alk. paper). Chicago: University of Chicago Press, 2002. Disponível em: <https://catalog.library.vanderbilt.edu/discovery/fulldisplay/alma991038957729703276/01VAN_INST:vanui>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

ELIAS, Paulo Sá. Algoritmos, inteligência artificial e o direito. In: **Conjur**, 20 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>>. Acesso em: 08 de maio de 2021.

FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial no Direito—uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 4, n. 1, p. 1-16, 2018. Disponível em:<<https://core.ac.uk/download/pdf/210565894.pdf>>. Acesso em 13 de maio de 2021.

GILLESPIE, Tarleton. Algorithm. In: **Digital Keywords: A Vocabulary of Information Society and Culture**, edited by Ben Peters (Princeton: Princeton University Press, 2016). Disponível em: <<http://culturedigitally.org/wp-content/uploads/2016/07/Gillespie-2016-Algorithm-Digital-Keywords-Peters-ed.pdf>>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

GONÇALVES JÚNIOR, João Fernandes. Análise dos painéis de business intelligence construídos para subsidiar decisões estratégicas do sistema de GED SAPIENS na advocacia-geral da união. (Artigo) Pós-Graduação em Gerência de Projetos de Tecnologia da Informação- Unisul Virtual, 2017. Orientador: Horácio Dutra Mello. In: **Repositório Anima Educação**, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/3746>>. Acesso em: 27 de agosto de 2021.

GUEDES, Marcelo Santiago. Os impactos do efeito bolha causado pelos algoritmos do Facebook para o direito de resposta. In: **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16 – n. 50, p.

67-85 – jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://www.capitaldigital.com.br/wp-content/uploads/2021/02/Impactos-do-efeito-bolha-causado-pelos-algoritmos-do-Facebook.pdf>>. Acesso em: 24 de abril de 2021.

IRENI-SABAN, Liza; SHERMAN, Maya. INCORPORATING INTERSECTIONALITY INTO AI ETHICS. In: GIUSTI, Serena; PIRAS, Elisa. **Democracy and fake news: information manipulation and post-truth politics**, Abingdon Oxon; New York, NY: Routledge, 2021. LCCN 2020031087 (print). LCCN 2020031088 (ebook). ISBN 9780367479558 (hardback). ISBN 9780367479541 (paperback). ISBN 9781003037385(ebook).

LOPES, A. E. M. P.; SILVA, J. P. S. E; COSTA, K. DO S. M. DA; FARIAS, L. S.; MOREIRA, R. M.; COELHO, R. L. A importância do papel gerencial para administração pública: um estudo de caso do gestor da Universidade Federal do Pará Campus Bragança – PA. **Ágora: revista de divulgação científica**, v. 23, n. 1, p. 95-115, 1 out. 2018. Disponível em: <<http://www.periodicos.unc.br/index.php/agora/article/view/1773>>. Acesso em 16 de abril 2021.

MACEDO, Rommel. Advocacia-Geral da União na era dos “robôs advogados”. In: **Revista Consultor Jurídico**, 30 de janeiro de 2017, 6h50. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-30/rommel-macedo-advocacia-geral-uniao-robos-advogados>>. Acesso em: 12 de junho de 2021.

MARTHE, Marcelo. Tristan Harris, ex-Google: “Se você puder sair das redes, saia”. In: **Revista Veja**, online, Editora Abril. Publicado em 25 de setembro de 2020, 6h e atualizado em 25 de setembro de 2020 às 10h57min. Publicado também na edição de n. 2706, de 30 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/tristan-harris-ex-google-se-voce-puder-sair-das-redes-saia/>>. Acesso em: 24 de abril de 2021.

MIRANDA, Lara Caxico Martins; KEMPFER, Marlene. Administração pública gerencial brasileira e os desafios para prosseguir na sua implementação. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 3, p. 130-152, dez. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n3 p. 130. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/33396>>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

MIRANDA, Marcus Vinicius Vicente Joaquim; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; COSTA, Danilo da. ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: A EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA MODERNIZAÇÃO ATÉ ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL E O ADVENTO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, [S.l.], v. 11, n. 41, p. 88-107, out. 2020. ISSN 2178-2008. Disponível em: <<http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/244>>. Acesso em: 11 fev. 2021. doi: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4086002>.

MOLNAR, Petra; GILL, Lex. **Bots at the Gate: a human rights analysis of automated decision-making in Canada's immigration and refugee system**. 2018. Disponível em: <<https://it3.utoronto.ca/wp-content/uploads/2018/10/20180926-IHRP-Automated-Systems-Report-Web.pdf>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2021

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. In: **Revista de Processo**. 2018. p. 421-447. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57759867/RTDoc_13-11-2018_11_51_AM.pdf?1542133943=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DINTELIGENCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_PROCE S.pdf&Expires=1618954047&Signature=cAPzZAFQdRNcgDCmKtMeK42qD19jQ8Oel8s8PYo7jp3rBZhwRQCvDd8FOBnCygb2ZwOSz7TMNiDAXh~Fm1HoLzjPq1B~1nk8~BEK2dU4x11-0iK1D2eu91HMTUkXTYhGO1wTWPW0Hpn2NQu6B8Y5eSYVrXvCE4qitXBX76gF6WEb3eW7Vm6rmMxDIoEsQ9LkS9TkkFnhGomkzOdXkqethrpcUJm1x-cfBGCRjYRDjWULSD-9VExw6BIJegKqj2a0NgtKY1gBIRLdpapDBa88hYRI7KU9IraGI4jGilOHLFJFW11~caD1A oqB57WDLrsz5Bdn5QWzDXCO1SgwYqZeg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

PORTO, Fabio Ribeiro. O impacto da utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Estudo de Caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Direito em Movimento**, [S.l.], v. 17, n. 1, p. 142-199, jun. 2019. ISSN 2238-7110. Disponível em: <<http://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/121>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

PRIVACY INTERNATIONAL; ARTICLE 19. **Privacy and freedom of expression in the age of artificial intelligence**. 2018. Disponível em: <<https://privacyinternational.org/report/1752/privacy-and-freedom-expression-age-artificial-intelligence>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2021

SANTOS, Ânderson Ferreira dos. Administração pública brasileira: o modelo gerencial e as ferramentas de melhoria na gestão pública. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento** Ano 03, Ed. 08, Vol. 04, pp. 69-85, Agosto de 2018. ISSN:2448-0959. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/b612/c2fda1c3de9582d5876009f3c0485de59295.pdf>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

SILVA, Geylsson Nascimento; ARRUDA, José Nilton Conserva de. TESTE DE TURING: UM COMPUTADOR É CAPAZ DE PENSAR? In: **Anais do IV Congresso Nacional de Pesquisa**

e ensino em Ciências - CONAPESC, Campina Grande: Editora Realize, 2019. ISSN: 2525-6696. Disponível em: <http://editorarealize.com.br/editora/anais/conapesc/2019/TRABALHO_EV126_MD1_SA18_ID410_11082019192508.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

SILVA, Thiago Antunes da. CONCEITOS E EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O DESENVOLVIMENTO DO PAPEL ADMINISTRATIVO. **X Seminário Internacional sobre Desenvolvimento Regional**, 2017. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidr/article/view/16678/4429>>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

SOUSA, Rosimary. **A influência dos modelos de administração pública na gestão do tribunal de justiça do maranhão e a percepção dos servidores sobre o clima organizacional**. São Luís, 2019. 106f. (Tese de Doutorado). - Dissertação apresentada para a obtenção do Grau de Mestre em Estratégia de Investimento e Internacionalização, conferido pelo Instituto Superior de Gestão. Orientador: Prof. Doutor José Alberto Lopes Costa. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.26/28910>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

TREVISAN, Rosana (Coord.); et al. **Dicionário Michaelis**, 2015, ISBN: 978-85-06-04024-9. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/nepotismo/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2021.

WRIGHT, Jasmine; VERITY, Andrej. Artificial Intelligence Principles For Vulnerable Populations in Humanitarian Contexts. In: **Digital Humanitarian Network**, 2020. Disponível em: <<https://www.digitalhumanitarians.com/artificial-intelligence-principles-for-vulnerable-populations-in-humanitarian-contexts/>>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

A DEMOCRACIA RURAL BRASILEIRA: PRINCÍPIOS DA REFORMA AGRÁRIA DE ANDRÉ REBOUÇAS

Jayme Augusto Ribeiro de Oliveira Matos¹

RESUMO: Compreendendo a importância do diálogo interdisciplinar das Ciências Humanas, aproximando o Direito da História, o presente artigo examina as convergências existentes entre o ordenamento do Direito Agrário Brasileiro, relativo à Reforma Agrária, e a proposta de política agrícola de André Rebouças gestada, no final do século XIX, em contexto de concentração de terras como um problema agrário. A pesquisa compara os princípios e objetivos da Lei nº 4.504/64 da Reforma Agrária, do Decreto nº 55.891/65, com a contribuição de André Rebouças na formulação de princípios fundamentais para a política agrária brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: princípios da reforma agrária; democracia rural; Direito agrário; André Rebouças.

ABSTRACT: While understanding the importance of the interdisciplinary dialogue of the Human Sciences, bringing Law closer to History, this article examines the existing convergences between the order of Brazilian Agrarian Law, related to Agrarian Reform, and the agricultural policy proposal of André Rebouças, conceived at the end of the 19th century, in the context of land concentration as an agrarian problem. The research compares the principles and objectives of Law number 4.504/64 of the Agrarian Reform, of Decree number 55.891/65, with the contribution of André Rebouças in the formulation of fundamental principles for Brazilian agrarian policy.

KEYWORDS: principles of agrarian reform; rural democracy; agrarian Law; André Rebouças.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A concentração de terras: um problema agrário brasileiro; 3. Comparação entre a Lei nº 4.504/64, o Decreto nº 55.891/65 e os princípios da política agrícola de André Rebouças; 4. Conclusão; 5. Referências.

¹ Bacharel em Humanidades pela Universidade Federal da Bahia, graduando em direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: jayme.ribeiro@ufba.br

1. INTRODUÇÃO

Em 09 de maio de 1898 morria em Funchal, Ilha da Madeira, o engenheiro baiano André Rebouças. Estudiosos do tema, a exemplo de Joselice Jucá (2015) e Anita Maria Pequeno Soares (2017), sugerem que Rebouças suicidou-se ao se lançar do alto de um rochedo.

Aliás, que relação pode existir entre André Rebouças e a história do direito agrário brasileiro? Pouco é comentado sobre este personagem. Há discretas menções honrosas sobre sua trajetória na qualidade de membro ilustre do movimento abolicionista brasileiro. Entretanto, o Rebouças engenheiro, estudioso da economia e da questão agrária não chama a atenção.

O que se pretende investigar e destacar, em tese, neste artigo – para oferecer uma necessária reflexão – são alguns princípios e objetivos que compuseram institutos relevantes para a política agrária brasileira, e que justificaram, normativamente, a Reforma Agrária, haja vista a justiça social, a distribuição de terras, a democratização do campo, o regime posse e uso da terra e outros – a fim de compreendermos a importância do debate sobre a questão agrária.

O surpreendente que se revela aos olhos mais atentos é que muitos destes princípios e objetivos relativos à política agrária foram defendidos e estudados por André Rebouças, no final do século XIX, muitas décadas anteriores ao surgimento do Estatuto da Terra de 1964². O fato que merece ser discutido é que o engenheiro foi um dos pioneiros ao tratar técnica e profundamente a temática da política agrária neste país, sem receber, ao menos, uma referência nas páginas de doutrinadores do Direito Agrário, quando o assunto é a Reforma Agrária e seus institutos. Benedito Ferreira Marques (2015), Silvia e Oswaldo Opitz (2017) e Ibraim Rocha et al. (2015), a título de curiosidade, não citam a contribuição efetiva e destacada de André Rebouças na política agrária brasileira – uma lacuna intrigante em razão da complexa contribuição oferecida pelo reformador.

Silva³, por exemplo, mesmo citando Rebouças em formato de uma nota, afirmando que este colaborara na tentativa de reformar a estrutura agrária, alega que não analisaria sua

² BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1964.

³ SILVA, L. M. O. As leis agrárias e o latifúndio improdutivo. São Paulo Em Perspectiva, v. 11, n. 2, São Paulo, abr.- jun. 1997, p. 25.

contribuição porque foge ao escopo de sua pesquisa, visto que se limitou ao exame das leis agrárias propostas ou aprovadas. Equivoca-se ao afirmar que a contribuição de Rebouças não poderia ser contemplada em seu trabalho, porque na verdade dos fatos, o engenheiro propôs um projeto de lei⁴ de auxílio à agricultura nacional.

Rebouças não foi somente um brilhante engenheiro, com inserção nos círculos do poder imperial da família real, mantendo, sobretudo, próspera amizade com Pedro II; ele foi um conselheiro particular do rei. Mas também foi um reformador social preocupado com o fim da escravidão e com a inclusão social dos ex-escravos. Nas palavras de Soares:

André Pinto Rebouças foi um importante personagem da história do Brasil. Refinado intelectual, debruçou-se veementemente sobre a luta contra a escravidão. Sua proposta abolicionista diferia da de muitos outros, pois tinha o mérito de ser norteadada por forte compromisso social. Isto é, ele não enxergava o fim da escravidão segundo um olhar estritamente econômico; suas propostas de reformas trazem questões sobre a estrutura fundiária do Brasil [...]. (SOARES, 2017, p. 243)

Estamos diante de um reformador social, defensor de uma abolição dos escravos⁵ que fosse capaz de transformar a realidade social brasileira, com democratização do solo/terra⁶ através de uma Reforma Agrária necessária à solução da concentração da terra, com amplo acesso, e tornando imigrantes e ex-escravos em proprietários.

Uma proposta audaciosa de política agrária foi lançada, na segunda metade do século XIX, em um país onde uma elite agrária governava o campo e as cidades com todas suas forças. Uma audaciosa política reformadora do campo atrevia-se a enfrentar a elite imperial, seu status quo e seu estilo de vida patriarcal⁷.

⁴ REBOUÇAS, André. Agricultura nacional, estudos econômicos: propaganda abolicionista e democrática. Rio de Janeiro: A. J. lamoureaux e Co., 1883, p. 270.

⁵ *Ibid.*, p. 118. Em sua obra: utiliza a expressão “emancipados” ao se referir aos ex-escravos.

⁶ A expressão “democratização solo” e “democratização da terra” são expressões cunhadas por Jucá (2001, p. 95-96) como sendo de autoria de Rebouças, o que refuto. Rebouças, ao se referir à palavra democracia, cunhou a expressão Democracia Rural para justificar seu projeto de política agrária. Ao se referir a “solo” e “terra” fez de modo geral sem especificar seus usos. Optarei, neste artigo, pela expressão mais usual na doutrina do direito agrário: democratização da terra.

⁷ JUCÁ, Joselice. André Rebouças: reforma e utopia no contexto do Segundo Império: quem possui a terra possui o homem. Rio de Janeiro: Construtora Norberto Odebrecht, 2001, p. 102.

A proposta de política agrícola, defendida por André Rebouças, com democratização da terra através de uma Reforma Agrária, com amplo acesso, contribuiu com institutos relevantes para o ordenamento jurídico brasileiro da terra que floresceu ao longo do século XX.

A política agrícola (Democracia Rural Brasileira) elaborada por Rebouças⁸ propôs princípios e objetivos que precisam ser comparados empiricamente com os institutos acolhidos pelo Direito Agrário no Brasil, especialmente, pelo Estatuto da Terra⁹, regulado pela Lei nº 4.504, de 1964, e seu instituto da Reforma Agrária, e subsidiariamente, pelo Decreto nº 55.891/65.

As fontes bibliográficas que serviram de apoio principal para esta pesquisa foram: a principal obra de Rebouças (1883) que faz uma análise da agricultura nacional sob os aspectos agrários, sociais e econômicos; a tese de doutoramento de Jucá (2001); e o artigo de Soares (2017). Estas três fontes serviram para ilustrar a política agrária de Rebouças. As demais referências, em História e no Direito, colaboraram no estudo sobre a questão fundiária e a concentração de terras na história colonial brasileira até à contemporaneidade: Emília Viotti da Costa (1999), Raymundo Faoro (2012), Sérgio Buarque de Holanda (1978), Benedito Ferreira Marques (2015), Silvia e Oswaldo Opitz (2017), Ibraim Rocha et al. (2015) e Paulo Alentejano (2021).

Este trabalho científico, ao tentar aproximar o Direito da História, pretende afastar qualquer deficiência da metodologia de pesquisa em Direito que eventualmente tenha dificuldade de dialogar com outras disciplinas e fontes que poderiam auxiliar o saber jurídico. O Direito, enquanto ciência, possui potencial para adquirir capacidade com o intuito de convergir com a produção científica das humanidades, por exemplo, conforme tese clássica defendida por Luciano Oliveira (2004) em “Não fale do código de Hamurábi!”. Baseado nas reflexões de Oliveira é possível sinalizar, pelo menos, para uma hipótese: a pesquisa em Direito, mesmo diante do avanço alcançado nos últimos anos, não se permitiu explorar seu potencial renovador, o que limita o alcance do saber jurídico fragilizando sua atuação científica.

⁸ REBOUÇAS, *op. cit.* Quando se tratar de citações oriundas desta fonte, optei por manter a grafia das palavras anterior à reforma ortográfica de 1911.

⁹ BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1964.

É preocupante quando se constata a existência de lacunas no diálogo científico, razão que pode dificultar o exame do desenvolvimento social brasileiro, porque o saber jurídico que poderia ser o guardião do Direito e da justiça social, omite-se em garantir uma reflexão sobre os avanços sociais e econômicos necessários. Para além das forças políticas que atuaram contra os direitos sociais na história do Brasil, como bem examinaremos no tópico sobre concentração de terras, é necessário que os operadores do sistema do Direito, especialmente aqueles que produzem o saber jurídico, possam dialogar fora do saber normativo, de modo que o campo de pesquisa se aproprie de elementos que compõem a realidade objetiva e sua história.

Ives Gandra (2018, p.126), ao analisar a relação entre Direito e História, alerta: “Para o operador de Direito, todavia, não se pode estudar o Direito sem conhecer o impacto da história na sua conformação, sendo os sistemas mais estáveis aqueles que apreenderam as lições do passado.”

O risco da ausência de um diálogo interdisciplinar, portanto, reside no movimento de reforço das supostas omissões do sistema jurídico sustentadas por seus legisladores e doutrinadores, que podem, eventualmente, deixar de aperfeiçoar as leis causando retrocessos sociais.

Esta pesquisa busca realizar um diálogo interdisciplinar, evitar omissões, e promover a importância do debate sobre a questão agrária e a colaboração teórica de André Rebouças.

2. A CONCENTRAÇÃO DE TERRAS: UM PROBLEMA AGRÁRIO BRASILEIRO

A propriedade agrária brasileira é produto do massacre de índios durante a fase colonial. A conquista da terra pelos portugueses resultou no confronto com os povos indígenas e na legitimação da lei que protegia a nobreza portuguesa que se instalou na América.

O regime sesmarial instalado no Brasil pelo Império Ultramarino Português consagrou o modelo de latifúndio na exploração da terra que favoreceu uma casta de amigos do rei, que ocuparam terras sem saber ao certo seus limites, explorando uma mão de obra escravocrata (primeiramente indígena; depois a africana), em sistema de *plantation*, concentrando esforços numa monocultura para abastecer a lógica do mercantilismo da época.

A concentração fundiária foi se forjando ao longo dos séculos coloniais e imperiais: sesmária até 1822; posse até 1850; e o sistema de registro-venda-concessões após 1850. Para Costa (1999), a Lei de Terras de 1850 vedou a posse do solo público e qualquer outro tipo de ocupação, a não ser através da compra¹⁰. Na verdade, a lei protegeu as distorções existentes durante a época das doações reais e/ou pela obtenção irregular sem preencher qualquer exigência legal prevista para tornar a terra produtiva. Esclarece Costa:

Por volta do século XIX, o conceito foi modificado. A terra tornou-se domínio público, patrimônio da nação. De acordo com a Lei de Terras de 1850, a única maneira de se adquirir terra era comprando-a do governo, o qual atuaria como mediador entre o domínio público e o provável proprietário. (COSTA, 1999, p. 172)

Houve uma mudança no sentido de lidar e ver a terra. O sentido que envolvia relações pessoais como requisito para se ter um pedaço do solo, marcadamente durante a era colonial – na qual o rei concedia ao particular – perdeu-se, e cedeu espaço para o sentido mercadológico da coisa terra. A marcha da concentração fundiária permaneceu e se refiou com a Lei de Terras de 1850¹¹, porque vedou a posse por ocupação, exigindo-se uma aquisição por compra, registro cartorial do título e demarcação das áreas.

A elite fundiária percebeu na Lei de 1850 uma maneira eficiente de regularizar a propriedade rural antes do advento de situação favorável à abolição dos escravos. Temia-se a liberdade dos escravos porque acreditavam na impossibilidade de aquisição de mão de obra para as fazendas, na hipótese de existir facilidades ao acesso à terra¹².

Diante do temor externado pela elite fundiária sobre uma futura liberdade dos escravos, Costa alerta para a relação entre a Lei Eusébio de Queirós¹³ e a Lei de Terras:

Diante da perspectiva de extinção da mão-de-obra escrava [...] alguns fazendeiros começaram a se interessar pela imigração como alternativa para o problema de mão-de-obra. Não foi por acaso que a Lei de Terras de 1850 foi decretada no mesmo ano da lei que aboliu o comércio de escravos. (COSTA, 1999, p. 191)

¹⁰ COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos. 6. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999. p. 171.

¹¹ BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Rio de Janeiro: Império do Brasil, 1850b.

¹² COSTA, *op. cit.*, p. 176-177.

¹³ BRASIL. Lei nº 581, de 04 de setembro de 1850. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império. Rio de Janeiro: Império do Brasil, 1850a.

Costa refere-se à famosa Lei Eusébio de Queirós ao se referir à abolição do comércio de escravos, Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850, que estabeleceu medidas para a repressão do tráfico de africanos para o Brasil. E, curiosamente, a Lei de Terras, Lei nº 601, foi publicada em 18 de setembro do mesmo ano – 1850 – isto é, duas semanas depois da lei que proibia o desembarque de escravos no país. A lógica da concentração de terras tornou-se maior e mais eficaz para proteger os interesses da landocracia¹⁴ brasileira.

Raymundo Faoro também se debruçou sobre este tema e vaticina afirmando que a Lei de Terras de 1850 não compensou o rumo expansionista do latifúndio, reforçando as posses adquiridas desde os tempos das sesmarias e voltadas para grande expansão¹⁵. Sérgio Buarque de Holanda explica, por sua vez, que toda a estrutura de nossa sociedade colonial teve sua base no meio agrário e diz: “[...] É preciso considerar esse fato para se compreenderem exatamente as condições, que por via direta ou indireta, nos governaram até muito depois de proclamada nossa independência política e cujos reflexos não se apagaram ainda hoje.” (HOLANDA, 1978, p. 41).

Holanda esclarece, ainda, que se instalou no Brasil uma civilização rural deixando marcas profundas no desenvolvimento da sociedade, o que não se modificou com a Abolição de 1888. Destaca-se também que a ordem administrativa e cidadina do país esteve a serviço do domínio agrário, situação que se estendeu durante o Império e a República, garantindo assim o poder do velho sistema senhorial¹⁶.

Sobre a eficácia da Lei Eusébio de Queirós, Holanda reconhece que a medida freou o mercado externo de escravos, permitindo migração de capital para outros setores¹⁷. Porém, a amaldiçoada instituição escravagista seguiu internamente mantendo estável por muitas décadas a civilização rural e bloqueando qualquer tentativa de inovação no campo.

¹⁴ Termo utilizado por Rebouças para designar o poder dos grandes senhores de escravos e de terras. Landocracia: do inglês *landocracy*.

¹⁵ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 468.

¹⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. 12 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978, p. 57.

¹⁷ *Ibid.*, p. 44.

Paulo Alentejano (2015) tece considerações consistentes afirmando que a concentração fundiária é a principal marca histórica do campo brasileiro – das sesmarias à Lei de Terras de 1850 – mantendo-se intacta e bloqueando as tentativas de Reforma Agrária efetiva no Brasil¹⁸.

Com o advento do período do agronegócio, a concentração fundiária aumentou em razão da expansão das grandes culturas de exportação e do avanço da fronteira agropecuária.

Esta enorme concentração da propriedade da terra [...] faz do Brasil um dos campeões mundiais de desigualdade na distribuição das terras, fruto da longa história de domínio do latifúndio sobre o campo brasileiro, que remonta aos anos iniciais da colonização portuguesa, mas também de processos relativamente recentes, como a modernização conservadora da agricultura brasileira conduzida pela ditadura empresarial-militar entre 1964 e 1985. (ALENTEJANO, 2015 p. 02)

A lógica da grande propriedade no contexto do agronegócio é a expansão do latifúndio sesmarial, que nasceu na colônia. Não devendo esquecer que a propriedade voltada para a produção açucareira do século XIX estava ligada à rede mercantilista do capitalismo comercial da época e, portanto, classificada como um empreendimento agrário sujeito às regras mercadológicas, muito semelhantes – guardada as devidas proporções no tempo e espaço – ao agronegócio contemporâneo que despreza leis ambientais, pressiona áreas de comunidades tradicionais, utiliza-se de técnicas de grilagem para ocupar terras de particulares e devolutas, e precariza as relações trabalhistas no campo, etc. Ademais, este cenário de contradições e problemas profundos do sistema agrário brasileiro foi um imenso desafio enfrentado por André Rebouças.

3. COMPARAÇÃO ENTRE A LEI Nº 4.504/64, O DECRETO Nº 55.891/65 E OS PRINCÍPIOS DA POLÍTICA AGRÍCOLA DE ANDRÉ REBOUÇAS

A Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, mais conhecida como Estatuto da Terra, já em seu art. 1º diz regular os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola (BRASIL, 1964). Após séculos de luta pela terra neste país desigual, publicou-se uma lei que acolheu a demanda pela

¹⁸ ALENTEJANO, Paulo. A centralidade da questão fundiária no cenário agrário brasileiro do século XXI. In: XV Encuentro de Geógrafos de América Latina - Por una América Latina unida y sustentable. La Habana: Facultad de Geografía de la Universidad de La Habana/Sociedad Cubana de Geografía, 2015. v. 1. p. 1.

terra, propondo uma democratização deste recurso até então monopólio de uma casta social que não cedeu espaço para que o povo tivesse os mesmos direitos por eles usufruídos desde o tempo sesmarial. E mais grave ainda foi constatar que esta mesma casta, considerada a elite deste país tropical, promoveu uma assunção de leis vedando oportunidades de acesso à terra aos mais pobres.

O Estatuto da Terra, em tese, pelo menos, iniciou uma nova era na política agrária brasileira. Segundo números oficiais do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), existem hoje cerca de 1.348.484 famílias assentadas ou reconhecidas desde o início do Programa Nacional de Reforma Agrária. Este dado demonstra que o Brasil ainda se encontra longe de realizar uma política agrária que consiga democratizar o acesso à terra¹⁹.

Debrucemo-nos sobre aspectos importantes do instituto da Reforma Agrária, especialmente sobre seus princípios e objetivos, e façamos um estudo comparativo com a proposta de política agrária defendida por Rebouças. Verificar onde estão as convergências entre o ordenamento agrário em vigor e as ideias de Rebouças postas no esquecimento da memória nacional.

A Reforma Agrária regulamentada a partir de 1964 tem como meta uma reformulação da estrutura fundiária no país com perspectiva de reduzir a concentração de terras segundo uma revisão do sentido da posse e uso da propriedade. Este esforço de reformular a estrutura fundiária é justificado pelo sentido social da terra.

Examinando o conceito de Reforma Agrária prevista no Estatuto da Terra, Lei nº 4.504/64, no § 1º do art. 1º, está a seguinte definição: “Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade”. (BRASIL, 1964)

O Estatuto da Terra não pretende somente contemplar o aspecto da distribuição das terras, mas envolver também a adoção de outras medidas que auxiliem o beneficiário da reforma. Marques (2015) compreende também que o escopo da reforma agrária possui ambições mais amplas e complexas²⁰.

¹⁹ BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. A Política. Brasília: INCRA, 2021.

²⁰ MARQUES, Benedito Ferreira. Direito Agrário brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 130.

A Reforma Agrária define-se como um conjunto de medidas administrativas e jurídicas que devem ser coordenadas pelo poder público, cujo dever é realizar uma mudança na estrutura agrária promovendo uma nova mentalidade sobre as relações homem-terra-produção e um novo conceito do direito de propriedade fundamentado na doutrina da sua função social e econômica²¹.

A Reforma Agrária de 1964 busca, por conseguinte, realizar uma justiça social promovendo igualdade de oportunidade de acesso à terra – a democratização da terra. A forma de atingir esta meta democrática de acesso é a intervenção do Estado na propriedade privada que não cumpra com sua função social e ficando sujeita às medidas de desapropriação. E não menos importante é o objetivo primordial de extinguir, gradualmente, o minifúndio e o latifúndio previsto no inciso I do art. 1º, Decreto nº 55.891/65 que reformou o Estatuto da Terra:

Art. 1º A Reforma Agrária a ser executada e a Política Agrícola a ser promovida, de acordo com os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, na forma estabelecida na Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, terão por objetivos primordiais:

I - A Reforma Agrária: a melhor distribuição da terra e o estabelecimento de um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, que atendam aos princípios da justiça social e ao aumento da produtividade, garantindo o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento do País, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio. (BRASIL, 1965).

Examinando os princípios da justiça social, sustentados por seus objetivos, que compõem os institutos do Estatuto da Terra, Lei nº 4.504/64, e o Decreto nº 55.891/65, temos: I - promover melhor distribuição da terra; II - modificar o regime de sua posse e uso; III - atender o aumento de produtividade; IV - estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra; V - garantir o progresso e o bem-estar do trabalhador rural; VI - garantir o desenvolvimento do País; VII - garantir gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.

²¹ *Ibid.*, p. 131.

À vista disso, examinemos a proposta de política agrícola de Rebouças (1883) – Democracia Rural Brasileira – comparando empiricamente²² com os institutos do Estatuto da Terra, Lei nº 4.504/64, e o Decreto nº 55.891/65.

A proposta de política agrícola em Rebouças apresenta uma tese que detalha os princípios de centralização agrícola e industrial como uma plataforma para alcançar a democracia rural. Estes princípios centralizadores da produção agrícola e industrial seriam aplicados através de um sistema de engenhos, fazendas e fábricas centrais, que coordenariam os colonizadores e produtores das culturas do café, açúcar, algodão e fumo, nas várias regiões do país, com previsão, inclusive, de fomento de política de crédito rural, política de impostos, política de instrução para emancipados e colonos, atração de capital estrangeiro, e ampliação da rede de estradas de ferro²³.

Sobre a promoção de melhor distribuição da terra (I) e modificação do regime de sua posse e uso (II), Rebouças defendeu uma desconcentração fundiária por meio da subdivisão da propriedade territorial em favor do emancipado, do imigrante e do colono de modo pudessem possuir terras. Vejamos expressamente: “[...] a possibilidade de uma exploração lucrativa e progressista ao lado da subdivisão da propriedade territorial - é perfeitamente resolvida pelo princípio da centralização agrícola.” (REBOUÇAS, 1883, p. 65).

Ou também:

Damos propositalmente a cada familia 200,000 metros quadrados, ou 20 hectares, para que o emancipado, immigrante ou colono possam ter terras para pasto e matta coutada, e importem no Brazil as boas praticas de afolhamento e rotação das colheitas da agricultura europea, simultaneamente com a industria pastoril, que mantem um certo equilibrio na fertilidade do solo, e dá á familia muitos elementos de confôrto e bem estar. (REBOUÇAS, 1883, p. 148)

Este processo de desconcentração fundiária²⁴ poderia permitir um acesso à terra contemplando a sua posse, com possibilidades de prosperidade e democratização. Uma medida

²² Esta pesquisa utilizou, como regra geral, uma metodologia de revisão bibliográfica ao se debruçar sobre os seus marcos teóricos. Contudo, ao se realizar um estudo comparativo primário entre normas do ordenamento agrário vigente e os princípios da política agrícola de Rebouças, concebeu-se uma abordagem metodológica empírica pelo ineditismo do objeto pesquisado.

²³ REBOUÇAS, 1883, p. 401-402.

²⁴ Ver também em Rebouças (1883) as páginas 140, 146-147, 153, 408 e 409.

de terra em duzentos mil metros quadrados de área reservada a uma família emancipada, por exemplo, representaria uma revolução social importantíssima para a época.

O objetivo de atendimento ao aumento de produtividade (III) é verificável na proposta de Rebouças quando se avalia a convergência na produção agrícola e industrial de atividade livre dos produtores com apoio do capital, sem as amarras da escravidão ou do sufocamento dos senhores de terras e do dirigismo estatal. Ao se analisar as novas práticas produtivas das seguintes províncias, afirma-se:

Nas províncias do norte, na Parahyba, principalmente no Ceará, nas Alagôas deram - se também brilhantes exemplos de actividade, tanto mais notáveis quanto foram os pequenos lavradores brasileiros, foram braços livres que se devotaram mais energicamente á produção do algodão. Todos estes factos demonstram á ultima evidencia que, sob a acção de novos estímulos industriaes que, com engenhos e fazendas centraes, com vias de comunicação e com capital abundante, se realizarão infallivelmente prodígios de actividade e de produção na agricultura brasileira! (REBOUÇAS, 1883, p. 214)

Evidentemente, a defesa da democracia rural seria, em tese, praticada quando a liberdade dos agentes econômicos locais – trabalhadores e colonos – fosse efetiva, promovendo aumento de produtividade e prosperidade.

Os objetivos que sugerem o estabelecimento de um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra (IV) e a garantia para o progresso e o bem-estar do trabalhador rural (V), podem ser examinados em Rebouças na passagem sobre a defesa de princípios econômicos que sustentam a proposição da democracia rural. Rebouças acredita que o progresso repousa na transformação da lavoura escravagista que esterilizava a produção agrícola livre e progressista. Isto é, o progresso perpassaria pelo fim da escravidão em conformidade com um discurso abolicionista:

No ponto de vista especial deste escripto; no circulo dos interesses sociaes e economicos, que comprehende a agricultura nacional, o progresso pode ser resumido nesta fórmula: - A transformação da actual lavoura esclavagista, esterilizada e rotineira em industria agricola livre, fertilizadora e progressista. (REBOUÇAS, 1883, p. 42)

O progresso do sistema agrário dependeria do fim da escravidão, de modo que a propriedade da terra seria usufruída por emancipados conforme os princípios de uma política

liberal: a assunção do desenvolvimento econômico nacional dependeria de uma transformação social.

A garantia do desenvolvimento do País (VI), previsto no Decreto nº 55.891/65, complementar ao Estatuto da Terra, Lei nº 4.504/64, constitui-se em um objetivo reiteradamente exposto na tese de Rebouças. O autor compreende que o desenvolvimento do país seria possível com a execução de um projeto de reforma agrária que fosse capaz de realizar uma centralização agrícola e industrial, integrando produtores aos engenhos e fábricas centrais, sendo estas também, agências financiadoras e promotoras de uma prosperidade nacional:

Não vos escape que as fazendas centraes serão outros tantos agentes para a criação, para o desenvolvimento e para a prosperidade da democracia rural no Brazil. A Democracia Rural é o mais forte tronco da Democracia Nacional. A Democracia Rural é a aspiração secular da escola liberal. (REBOUÇAS, 1883, p. 306)

Ao se apreciar o objetivo de garantir a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio (VII) – sobretudo o último porque é o tipo de propriedade que justifica e mantém a concentração fundiária no Brasil – compreende-se uma das principais premissas defendidas por Rebouças: a supressão do modelo do latifúndio segundo uma exploração direta da terra por agricultores-proprietários:

[...] porque os latifundios não só perderam a Italia, e tem causado as principaes miserias financeiras deste Imperio, como estão barbarizando a Irlanda, e despovoando as regiões agricolas da propria Inglaterra. [...] O que significa ser fatal e infallivel a derrota deste Imperio em concurrencia com a Republica do Mexico, se continuar avassallado a landlords e a barões feudaes, que exploram não a terra mas sim a miseros escravos. (REBOUÇAS, 1883, p. 30)

O “império” destacado na citação anterior é o Brasil, compreendido como um país de latifúndios, que faz miserável o seu próprio povo em razão do poder dos senhores da terra – a nobreza imperial brasileira, escravocrata e negligente com o desenvolvimento nacional.

Jucá (2001)²⁵ reitera a reforma agrária de Rebouças, que pleiteava um amplo acesso à terra com eliminação do latifúndio cuja cessão seria para os imigrantes e ex-escravos,

²⁵ JUCÁ, *op. cit.*, p. 95.

evidenciando uma conformidade com o instituto da extinção gradual do minifúndio e do latifúndio expresso no art. 1º, I, do Decreto nº 55.891/65.

Por derradeiro, toma-se para análise os princípios da justiça social, destacados no Estatuto da Terra, Lei nº 4.504/64, no § 1º do art. 1º, e, o inciso I do art. 1º, Decreto nº 55.891/65. Isto posto, concebe-se o significado de justiça social em função do que está estabelecido no art. 170 da Constituição Federal de 1988, que valoriza o trabalho humano e a livre iniciativa, com destaque para os incisos II e III - propriedade privada e função social da propriedade, respectivamente.

Verifica-se, outrossim, de modo reiterado, que Rebouças persegue a justiça social ao propor a Democracia Rural Brasileira.

Percebe-se nitidamente a justiça social na defesa que Rebouças faz da promoção da igualdade de oportunidades de acesso à terra:

A aplicação dos princípios de centralização agrícola á cultura e á preparação do café, a fundação de fazendas centraes de café em todas as regiões do Brazil, aptas para sua producção, trará seguramente beneficios incalculaveis. A fazenda central permittirá que o emancipado, que o immigrante, por mais pobre que seja, cultive uma dezena de cafeeiros em suas terras, que, no dia mesmo da colheita, leve os fructos, sem preparação alguma, á fazenda central, e os venda logo, obtendo immediatamente o producto de seus esforços. (REBOUÇAS, 1883, p. 111)

Destaca-se, também, nas ideias de Rebouças, quando se compreende a justiça social sob o prisma da função social da terra:

A terra cansada para o senhor de escravos será fertil para o emancipado, para o immigrante, para o colono, que a trabalhará com seus proprios braços, e a regará com o suor de seu rosto. O suor de um homem livre, trabalhando para assegurar o bem estar de sua mulher e de seus filhos, tem uma força fertilisante, que é impossivel determinar, mesmo aos mais abalisados professores de chimica agricola! (REBOUÇAS, 1883, p. 118)

Para Rebouças não haveria outra solução a dar ao problema agrário sem a democratização da terra e o fim do seu monopólio pela landocracia²⁶. Esta preocupação de

²⁶ Ver projeto de lei de auxílio à agricultura nacional elaborado por Rebouças (1883, p. 270).

ajuste social foi revelada de modo a completar a abolição da escravidão já em marcha nos anos anteriores a 1888:

Não há crime maior do que o monopólio da terra, é o fator principal da escravidão e da servidão da gleba disfarçadas atualmente em sweating e no salário forçado; é o produto satânico da miséria e de todos os horrores de anarquismo e desespero que ora afligem o Velho e o Novo Mundo. (REBOUÇAS, 1883 apud JUCÁ, 2001, p. 168)

Soares (2017) também reitera a insistente preocupação de Rebouças em favor do fim da escravidão associada à necessária inserção do negro emancipado na vida social brasileira com acesso à terra:

Enquanto reformador social, Rebouças também voltou a sua atenção para a questão da Reforma Agrária, ou seja, para as propostas de eliminação do sistema vigente de propriedade da terra, associado à instituição escravidão. Para ele, a resposta à multiplicidade dos problemas sociais no Brasil repousava, então, na correta organização da agricultura, e nesse contexto estaria a chave para o sucesso da integração dos negros após a emancipação: torná-los proprietários de parcelas de terra. (SOARES, 2017, p. 250)

Outro aspecto importante na tese de Rebouças era a necessidade de se evitar a concentração do trabalho em mãos de poucos, estimulando a ideia sobre o princípio da liberdade individual e da divisão do trabalho, de modo a fundamentar o projeto maior de democracia rural²⁷.

Esta democracia rural está explanada no seu pensamento social da seguinte maneira: haveria o advento de uma agricultura nacional sustentada por esta chamada democracia rural brasileira, onde a lavoura escravista seria transformada em uma indústria agrícola livre, fertilizadora e progressista²⁸. Para alcançar este progresso seria estimulada a livre iniciativa e o espírito de associação. Neste trecho da sua proposta é possível perceber certa convergência com o princípio da nova mentalidade nas relações homem-terra-produção expressas também no já citado art. 1º, I, do Decreto nº 55.891/65.

No referido trecho do Decreto fica evidente a realização de uma Reforma Agrária que se preocupa com as dimensões do conceito de homem, propriedade e sua função social, sendo

²⁷ *Ibid.*, p. 58.

²⁸ JUCÁ, *op. cit.*, p. 93.

este último a expressão mais ampla do uso da terra que possa atender à justiça social, à produtividade e ao desenvolvimento do Brasil em uma perspectiva de sistema.

Esta é a fase mais liberal do pensamento social de Rebouças, que remonta ao período anterior à abolição da escravatura, quando suas ideias ainda expressavam um sentido de esperança quanto ao futuro. Esta fase liberal do seu pensamento apontava para a rejeição do papel do Estado na Agricultura²⁹, chegando inclusive a acusar o governo de favoritismo e regulamentarismo, o que não deixa de ser uma verdade sobretudo porque a luta abolicionista e emancipatória dos escravos encontrava-se no contexto jurídico inóspito da Lei de Terras que vedava a participação popular no campo.

A despeito desta realidade oposta ao seu pensamento social, Rebouças desenvolveu estudo exaustivo sobre os variados produtos agrícolas e o potencial produtivo das províncias do Império. Esta lógica produtiva deveria se comunicar com a economia exportadora, otimizando a produção agrícola. Além disso, defendeu o princípio de valorização agrícola que fosse capaz de tornar a economia brasileira competitiva no cenário internacional.

Este projeto agrícola propunha vincular, especialmente, a agricultura à indústria. Nomeou a associação dos dois setores produtivos de “centralização agrícola e industrial”³⁰.

Esta democracia rural brasileira proclamada pelo reformador social, com viés progressista, dotando a agricultura de uma estrutura programada com novos estudos e diversificação das culturas, pode ser compreendida como um ataque ao modelo monocultor agrário brasileiro. Esta democracia rural³¹ poderia ter sido, em hipótese, uma vantagem para superação dos crônicos problemas e entraves do campo.

Contudo, é de se observar que Rebouças pretendia aumentar a relação do Brasil com a economia-mundo sob domínio da lógica capitalista, que, para ele, naquele momento histórico, não seria necessariamente um problema, diante do quadro geral da economia agrária e da concentração fundiária do país.

Por outro lado, esta proposta de promoção da industrialização associada à modernização da agricultura aproxima-se do disposto no Decreto nº 55.891/1965, em seu art. 1º, II, cuja

²⁹ *Ibid.*, p. 168: esta fase liberal foi superada quando Rebouças, em seu exílio após a queda da Monarquia, começou a defender a expropriação da terra através da intervenção do governo. Aqui surgiu o Rebouças radical.

³⁰ *Ibid.*, p. 95.

³¹ REBOUÇAS, *op. cit.*, p. 30.

Reforma Agrária a ser executada deveria ter como um dos objetivos primordiais a promoção de atividades agropecuárias harmonizadas com o processo de industrialização do país (BRASIL, 1965). Aqui também existe, categoricamente, uma conformidade quase literal entre a democratização da terra em Rebouças e o que pretende o decreto de 1965.

Na análise sobre a evolução do ordenamento jurídico relativo à terra no Brasil, Marques (2015) expõe com entusiasmo o seguinte pensamento:

O fato histórico de maior significado, todavia, foi a Emenda Constitucional nº 10, de 9.11.64, publicada no dia 10.11.64, que conferiu autonomia legislativa ao Direito Agrário. Inseriu-se o Direito Agrário no rol das matérias cuja competência para legislar é exclusiva da União. Essa competência atualmente está prevista no art. 22, inc. I, da Constituição Federal. Pode-se afirmar, sem receios, que a EC nº 10/64 institucionalizou o Direito Agrário no Brasil. Há quem a chame de “certidão de batismo” do Direito Agrário. (MARQUES, 2015, p. 57)

Não há como negar a importância do avanço legal do Direito Agrário Brasileiro. Deve-se reconhecer a luta jurídica e legislativa que se desenvolveu durante o século XX, o que determinou a edição da Lei nº 4.504, de 1964. Marques (2015) ainda adjetivou a Lei do Estatuto da Terra como grandioso monumento legislativo. Sim, é verdade. Todavia, é verdade também, que a doutrina agrária não oferece um espaço considerável para a contribuição de Rebouças na proposição dos primeiros institutos que serviram de base jurídica para a política agrária brasileira.

O exame da contribuição de Rebouças na composição de institutos relevantes para a política agrária brasileira, ao que toca seus objetivos e princípios – a democratização da terra, desconcentração fundiária, promoção da igualdade de oportunidades de acesso à terra, função social da terra – todos acolhidos no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 4.504, de 1964 (Estatuto da Terra) e do Decreto nº 55.891, de 1965, leva-nos à reflexão sobre as lacunas no tempo histórico, quando se constata a perda de oportunidades para avançarmos socialmente e juridicamente porque desconhecemos a história nacional, ou, porque, enquanto operadores do Direito, não sabemos lidar adequadamente com a pesquisa sócio-jurídica ou Direito-História.

Soares (2017) destaca esta ausência de deferência à Rebouças da seguinte maneira:

Na historiografia brasileira, há uma tendência a ignorar a existência, entre o grupo de abolicionistas-reformadores, de um ideário de Reforma Agrária, cujo protagonista

mais explícito foi Rebouças. Levanto, inclusive, a hipótese de que, devido à sua origem negra, ele tenha sido relegado a um plano secundário ou considerado irrelevante como pensador social, não apenas por seus contemporâneos, mas pela própria história. Além disso, sua participação efetiva na campanha abolicionista foi provavelmente obscurecida por causa de seu temperamento retraído e sua opção de ficar nos “bastidores” da política. (SOARES, 2017, p. 250)

Este estranho silêncio sobre a contribuição de Rebouças na história política nacional, no desenvolvimento da infraestrutura econômica, na luta pela liberdade dos escravos, na luta contra a elite agrária (landocracia) e nos esforços por democracia no campo, também é destacado por Jucá (2001, p. 09): “Por motivos obscuros, os historiadores brasileiros tendem a ignorar a existência entre este grupo de abolicionistas-reformadores de um ideário de Reforma Agrária, cujo protagonista mais explícito foi o engenheiro André Rebouças.”

Esta proposta de política agrária de Rebouças questionou as bases que legitimavam a concentração de terras – que é um problema agrário brasileiro de natureza crônica – porque as relações de poder do país foram costuradas desde o início sesmarial na perspectiva de blindar os interesses e os privilégios da landocracia brasileira e reforçar a escravidão e o subjugo do povo. Um ambiente social e político extremamente inóspito para mudanças sociais e jurídicas não facilitaria um trâmite de proposta para uma democracia rural, progressista e, muito menos, compreendê-la na sua complexidade de operação, a qual propunha a diversificação das culturas, a relação da produção agrícola com a industrial contemplando o desenvolvimento de várias regiões do Brasil Imperial.

4. CONCLUSÃO

Esta breve análise da proposta de política agrícola, formulada por André Rebouças, para reformar o setor agrário do Brasil sob o princípio democratizador do acesso à terra, contemplando imigrantes e, especialmente, ex-escravos (emancipados), serviu para destacar uma consistente contribuição teórica na composição conceitual de determinados institutos relevantes para o ordenamento jurídico relativo à política agrária brasileira.

Nesta investigação foram identificadas convergências entre o ordenamento do Direito Agrário relativo à Reforma Agrária e as ideias de André Rebouças expostas na proposta de Democracia Rural Brasileira. Confirma-se a hipótese inicial segundo a qual a doutrina do

Direito Agrário não oferece reconhecimento da colaboração empreendida por Rebouças na proposição dos primeiros princípios e objetivos que compuseram institutos relevantes para a política agrária brasileira.

Existe uma relevância da obra de Rebouças ao propor um desenvolvimento econômico do Brasil mediante audaciosa política reformadora do campo com capacidade, em tese, de solucionar os crônicos problemas sociais causados pela concentração fundiária.

Para alcançar este desejado desenvolvimento nacional, segundo Rebouças, seria necessário implantar uma política agrícola através de uma plataforma complexa, chamada de democracia rural, inserida nos princípios de centralização agrícola e industrial, os quais são detalhados, objetivamente, da seguinte forma: da justiça social da terra; da desconcentração fundiária; da produção agrícola livre e progressista; da convergência entre agricultura e indústria; da liberdade individual e da divisão do trabalho.

Este rol de princípios defendidos por Rebouças encontra-se, curiosamente, no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 4.504, de 1964 (Estatuto da Terra) e do Decreto nº 55.891, de 1965, através dos seus princípios e objetivos: democratização da terra; desconcentração fundiária; promoção da igualdade de oportunidades de acesso à terra; função social da terra; atendimento ao aumento de produtividade; estabelecimento de um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra; garantia para o progresso e o bem-estar do trabalhador rural; e garantia do desenvolvimento do País.

A política agrícola de Rebouças – Democracia Rural Brasileira – almejava, portanto, uma transformação profunda da sociedade, a partir do campo, com potencial de abalar os pilares que sustentavam a concentração de terras reconhecidamente como um problema agrário brasileiro de natureza crônica. Os princípios da reforma agrária elencados por Rebouças, caso a complexa proposta tivesse alcançado êxito no âmbito legislativo e governamental da época, poderiam ter fragilizado a landocracia brasileira com subtração da escravidão e do subjugo do povo, antecipando em décadas, os avanços legais previstos no Estatuto da Terra.

André Rebouças e a história do direito agrário brasileiro são indissociáveis.

5. REFERÊNCIAS

ALENTEJANO, Paulo. **A centralidade da questão fundiária no cenário agrário brasileiro do século XXI**. In: XV Encuentro de Geógrafos de América Latina - Por una América Latina unida y sustentable. La Habana: Facultad de Geografía de la Universidad de La Habana/Sociedad Cubana de Geografía, 2015. v. 1. p. 1-21. Disponível em: <http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal15/Geografiasocioeconomica/Geografiagricola/01.pdf>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 55.891, de 31 de março de 1965**. Regulamenta o Capítulo I do Título I e a Seção III do Capítulo IV do Título II da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964-Estatuto da Terra. Brasília: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d55891.htm. Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. **A Política**. Brasília: INCRA, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/incra/pt-br/assuntos/reforma-agraria/a-politica>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 581, de 04 de setembro de 1850**. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império. Rio de Janeiro: Império do Brasil, 1850a. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Rio de Janeiro: Império do Brasil, 1850b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesos em: 05 set. 2021.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 6. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 12 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978.

JUCÁ, Joselice. **André Rebouças: reforma e utopia no contexto do Segundo Império: quem possui a terra possui o homem.** Rio de Janeiro: Construtora Norberto Odebrecht, 2001.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve introdução ao direito.** 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2018.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!:** a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: Sua excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OPITZ, Silvia C. B. **Curso completo de Direito Agrário.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REBOUÇAS, André. **Agricultura nacional, estudos econômicos:** propaganda abolicionista e democrática. Rio de Janeiro: A. J. lamoureaux e Co., 1883.

ROCHA, Ibraim *et al.* **Manual de Direito Agrário constitucional:** lições de direito agroambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SILVA, L. M. O. **As leis agrárias e o latifúndio improdutivo.** São Paulo Em Perspectiva, v. 11, n. 2, São Paulo, abr.- jun. 1997.

SOARES, Anita Maria Pequeno. “O Negro André”: a questão racial na vida e no pensamento do abolicionista André Rebouças. **PLURAL, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP,** São Paulo, v. 24, n. 1, p. 242-269, 2017.

A (IM)PERTINÊNCIA DA FIGURA DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHO

Gabriela Silva Bispo¹

RESUMO: Este artigo se propõe a analisar, a partir de uma revisão bibliográfica, a pertinência da figura contratual do empregado hipersuficiente e a (in)aplicabilidade deste termo, diante do princípio da proteção ao trabalho. Investigou – se, essencialmente, se a figura do empregado hipersuficiente tem pertinência, ante a característica da subordinação do empregado nas relações trabalhistas e o resguardo ao trabalhador através do princípio da proteção ao trabalho. A hipótese da pesquisa afirma que a Reforma Trabalhista introduziu a figura do empregado hipersuficiente, sem, contudo, considerar que se trata de uma relação empregatícia dotada de subordinação como qualquer outra, que incide de igual forma o princípio da proteção ao trabalho para impedir que arbitrariedades contra os direitos básicos do trabalhador sejam cometidas. O objetivo geral do trabalho é analisar a introdução da figura do empregado hipersuficiente pela Reforma Trabalhista e se há uma pertinência nessa nova figura quando compõe a relação de emprego. Os objetivos específicos partem de uma avaliação da pertinência terminológica e prática do empregado hipersuficiente, observando quais são as supostas diferenças para o empregado (hipossuficiente). Além disso, as razões fundamentais da pesquisa centram-se na novidade temática e na relevância que a autonomia privada passa a assumir nas relações de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: empregado hipersuficiente. reforma trabalhista. princípio da proteção ao trabalho. relação de subordinação. impactos nas relações de trabalho.

ABSTRACT: This article aims to analyze, from a bibliographical review, the pertinence of the contractual figure of the hypersufficient employee and the (in)applicability of this term, given the principle of protection at work. It was investigated, essentially, if the figure of the hypersufficient employee is pertinent, given the characteristic of the employee's subordination in labor relations and the protection of the worker through the principle of protection at work. The research hypothesis states that the Labor Reform introduced the figure of the hypersufficient employee, without, however, considering that it is an employment relationship endowed with subordination like any other, in which the principle of labor protection applies equally to prevent that arbitrariness against the basic rights of the worker be committed. The general objective is to analyze the introduction of the figure of the hypersufficient employee by the Labor Reform and if there is pertinence in this new figure that composes the employment relationship. The specific objective is to evaluate the terminological and practical relevance of the hypersufficient employee to the employment relationship, noting what are the supposed

¹ Graduanda em direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: gabrielabispo@gmail.com

differences for the (hyposufficient) employee. In addition, the fundamental reasons for the research center on the.

KEY-WORDS: hypersufficient employee. labor reform. principle of labor protection. relationship of subordination. impacts on labor relations.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Considerações acerca do Princípio da Proteção ao Trabalho; 3 A importância da Constituição Federal de 1988 para a afirmação do trabalho digno; 4 A Reforma Trabalhista e o incremento da autonomia privada nas relações trabalhistas; 4.1 A ampliação da autonomia da vontade no Direito do Trabalho; 5 A criação da figura do empregado hipersuficiente pela Reforma Trabalhista; 6 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo deste artigo é a análise da criação da figura do empregado hipersuficiente, através das alterações operadas pela Reforma Trabalhista na Consolidação das Leis Trabalhistas e demais leis esparsas.

Nesse sentido, cumpre investigar o impacto causado pela Reforma Trabalhista nas relações de trabalho, a partir do destaque dado à autonomia privada no contrato trabalhista, assim como sobre o superdimensionamento de um empregado ao grau de hipersuficiente.

De antemão, esse artigo se propõe a responder o seguinte problema: a figura do empregado hipersuficiente tem pertinência quando se constata que a relação trabalhista sempre será pautada em subordinação e resguardará o empregado através do princípio da proteção ao trabalho? A partir dos resultados da pesquisa, foi possível considerar que a Reforma Trabalhista buscou introduzir o instituto da autonomia privada nos contratos de trabalho, de modo a destacar o empregado hipersuficiente em detrimento daquele hipossuficiente.

Ocorre que a autonomia privada de um trabalhador é restringida pelo critério da subordinação inerente a qualquer contrato trabalhista. Desse modo, cumpre ao empregado hipersuficiente apenas a decisão de escolher firmar ou não, o contrato que foi construído em observância à vontade do empregador.

Logo, não se trata de ter atributos para discutir as cláusulas contratuais, mas sim, estar investido na qualidade de quem pode discuti-las. Além disso, observou-se que o advento da autonomia privada nas relações trabalhistas desencadeou grande vulnerabilidade do trabalhador conforme será explanado.

Sendo assim, tomou-se como pressuposto que o resguardo concedido pelo princípio da proteção ao trabalho é necessário a qualquer prestador de serviço que esteja estabelecendo uma relação de trabalho. Ademais, cumpre enfatizar que a autonomia que se confere ao empregado hipersuficiente, nada mais é do que a faculdade de dispor e renunciar ainda mais direitos e garantias que foram flexibilizados pela Reforma Trabalhista.

A hipótese levantada, frente ao problema em questão, considera que a figura do empregado hipersuficiente, assim denominada pela doutrina, tratou de superestimar a capacidade de negociação deste com o empregador, sem, contudo, ponderar que se trata de uma relação empregatícia de subordinação similar às demais e, por isso, deve ser protegida pelo princípio da proteção ao trabalho.

Portanto, em que pese à qualificação do empregado hipersuficiente se orientar por critérios distintos, se comparado com o empregado (hipossuficiente), não se pode olvidar que a formatação do trabalho permanece inalterada.

Em síntese, se de um lado há o dono da propriedade, do meio de trabalho e do capital, enquanto que do outro lado há alguém vendendo sua força de trabalho, ainda que essa seja mais bem avaliada no mercado, não restam dúvidas de que prevalece uma relação de subordinação. No que diz respeito ao método, tal pesquisa pautou-se em análise bibliográfica, assim como de consultas à legislação e artigos científicos.

2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHO

Antes de adentrar as minúcias do princípio da proteção ao trabalho, cumpre mencionar que o Direito do Trabalho tem como objetivo primordial, a proteção do trabalhador, frente às ameaças do capital de exploração da força de trabalho.

Portanto, o Direito do Trabalho é responsável por assegurar melhores condições sociais e de trabalho ao empregado, encontrando resguardo no artigo 7º da Constituição Federal de

1988, visto que faz menção específica ao trabalho digno como um direito social e este, por sua vez, ganhou status de direito fundamental.

Nesse ínterim, o empregado que é considerado o hipossuficiente da relação de trabalho, encontra certo amparo no princípio da proteção ao trabalho, tendo em vista que é o indivíduo que vende a sua força de trabalho ao tomador de serviços, o dono do capital. Dito isso, concebeu-se a premissa de que o empregado é o hipossuficiente da relação, enquanto que o empregador é o hipersuficiente da relação de trabalho.

Feitas tais considerações, insta salientar que a relação de trabalho é marcada pelo binômio empregado-empregador, como partes da relação trabalhista, que se verificam em posições contratuais antagônicas e díspares.

De antemão, é indubitável que há uma assimetria do empregado em face do empregador, quando se trata da possibilidade de impor cláusulas contratuais ou discuti-las, de modo que resta ao empregado tão somente aderir ou se escusar por completo do firmamento do contrato.

Esse contexto de subordinação do trabalhador pode configurar inúmeras possibilidades de desequilíbrio contratual e é por essa razão que o Estado intervém e assume a figura de mediador, ao estabelecer mecanismos de proteção ao empregado, de maneira a limitar o exercício da autonomia da vontade, quando esta se torna atentatória aos direitos básicos do trabalhador.

Nesse diapasão, o princípio da proteção, derivado da Constituição Federal de 1988, assume papel primordial na tentativa de possibilitar equiparação contratual entre as partes do contrato de trabalho. Nas palavras de Henrique Correia:

“A lei trabalhista estabelece normas de proteção ao trabalhador, ou seja, garante direito mínimos ao hipossuficiente. Esse princípio protetivo tem por finalidade estabelecer o equilíbrio que falta à relação de emprego, ou seja, o empregador possui situação econômica favorável, enquanto o empregado terá situação a seu favor na legislação trabalhista.” (CORREIA, 2015, p. 43)

Em que pese o autor considerar que a situação de desigualdade se verifica na relação trabalhista entre empregado - quando na condição de hipossuficiente - e seu empregador, é

preciso frisar que o status de empregado, independentemente de sua suficiência, por si só, representa uma posição inferior num contexto de hierarquização. Isso porque, data vênua ao que mencionou Correia, existem diversos fatores que intensificam as desigualdades entre empregado e empregador, do que tão somente a situação econômica sobrelevada do tomador de serviços.

Frise-se que a condição de subalternidade é o suficiente para caracterizar que se trata de uma relação de dependência, em que o tomador de serviços dita as regras, ou seja, põe em atuação a sua prerrogativa de patrão, ao estabelecer as cláusulas do contrato de trabalho.

Nesta senda, vale transcrever o posicionamento do doutrinador Luciano Martinez:

“Subordinar (sub + ordinare) significa ordenar, comandar, dirigir a partir de um ponto superior àquele onde se encontra outro sujeito. A subordinação é, então, evidenciada na medida em que o tomador dos serviços (e não o prestador, como acontece no trabalho autônomo) define o tempo e o modo de execução daquilo que foi contratado. Entende-se como definição de tempo toda interferência do tomador dos serviços no que diz respeito ao instante de início e de término da atividade contratada, inclusive em relação aos momentos de fruição dos intervalos para descanso acaso existentes. Compreende-se, por outro lado, como definição de modo toda intercessão do tomador na maneira de ser operacionalizada a atividade contratada, resultando uma intromissão consentida pelo prestador nos meios por força dos quais serão alcançados os fins (os resultados da atividade contratada).” (MARTINEZ, 2016, p.163)

Diante disso, não merece prosperar a noção de que o empregado passa a ser hipersuficiente, quando este ostenta uma condição salarial sobrelevada, se, via de regra, a estipulação contratual ocorre de maneira unilateral, oriunda da vontade prevalecente do tomador de serviços.

No que concerne ao princípio da proteção ao trabalho, insta mencionar que ele é segmentado doutrinariamente, porque se compõe de outros três subprincípios, quais sejam:

O in dubio pro operario é o princípio pelo qual se escolhe a interpretação que melhor atenda aos interesses do trabalhador, quando se está diante de uma única norma trabalhista. De acordo com Luciano Martinez: “*O princípio da proteção surge, então, para contrabalançar relações materialmente desequilibradas. Esse propósito é alcançado mediante opções e*

atitudes interpretativas do aplicador da fonte jurídica em conformidade com as variáveis a seguir analisadas.” (MARTINEZ, 2020, p. 154)

Ainda sobre o princípio do *in dubio pro operario*, preleciona o professor Luciano Martinez sobre a aplicação deste princípio. Vejamos:

“... o *in dubio pro operario* não foi criado para ser aplicado na interpretação da prova produzida no processo do trabalho. Sustenta-se isso porque a prova deve ser avaliada segundo o *princípio da persuasão racional* e de acordo com a *distribuição do ônus probatório*. Rigorosamente, não há prova dividida; pode haver, sim, prova mal avaliada.” (MARTINEZ, 2020, p. 165)

Já o princípio da norma mais favorável implica em escolher, diante de mais de uma fonte com vigência simultânea, aquela que melhor atenda aos interesses do trabalhador.

Quanto ao princípio da manutenção da condição mais benéfica, sabe-se que se trata de manter a condição anterior, caso seja mais benéfica, diante de fontes autônomas com vigência sucessiva, conforme preleciona Luciano Martinez.

Ademais, convém esclarecer que a prerrogativa do direito adquirido, assegura que em negócios jurídicos que se firmam em contratos individuais de emprego, só será lícita a alteração que propuser melhor condição de trabalho ao empregado.

3. A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA A AFIRMAÇÃO DO TRABALHO DIGNO

A Constituição Federal de 1988 consagra um marco significativo para o Direito do Trabalho, dado que inaugurou uma nova era dos direitos sociais no país, sendo de suma importância para a proteção do trabalho e do trabalhador.

Em seu art. 7º, com um extenso rol de incisos, a Carta Magna dispõe sobre os direitos individuais dos trabalhadores rurais e urbanos, além dos trabalhadores domésticos, inseridos pela EC 72/13, assim como os demais que visam à melhoria de sua condição social.

Sem dúvidas, a Constituição Federal de 1988 registrou um avanço na história do Direito do Trabalho. Conquanto, têm enfrentado nos últimos tempos as ameaças de um colapso, em razão do grande incentivo à flexibilização e desregulamentação de direitos trabalhistas, assim

como a crescente privatização do Estado, implicando diretamente na precarização dos direitos trabalhistas.

Cumprido denotar o que diz a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) em seu art. 23º ao evidenciar que “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”, o que corroborando para a consolidação do princípio da proteção, objeto de análise desse trabalho.

Sendo assim, percebe-se que não se trata de qualquer trabalho, mas de um trabalho que resguarde o trabalhador e proporcione condições mínimas de dignidade e equidade. Conforme preleciona Carlos Henrique Bezerra Leite:

“O direito ao trabalho, além de direito humano, é também direito fundamental, mormente em nosso sistema jurídico, porquanto positivado na Constituição Federal, sendo, portanto, tutelado pelo direito constitucional, ora como princípio (e valor) fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, II, III e IV); ora como direito social (CF, arts. 6º e 7º); ora como valor fundante da ordem econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII).” (LEITE, 2019, p. 48)

Desse modo, fica evidente que a Declaração dos Direitos Humanos, no plano da legislação internacional, assim como o artigo 7º da Constituição Federal de 1988 e o resguardo dos direitos sociais, enquadrados como direitos de aplicação imediata, juntos, consubstancia arcabouço de destaque para a nova era do Direito do Trabalho e proteção do trabalhador.

4. A REFORMA TRABALHISTA E O INCREMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A Reforma Trabalhista, que se iniciou em 22.12.2016, através do PL 6.787/2016, acabou ganhando grande proporção, de modo que implicou em diversas alterações na Consolidação das Leis Trabalhistas e leis esparsas atinentes à temática do Trabalho.

Nesse ínterim, percebeu-se destaque para o art. 611-A, que tratou de estabelecer a supremacia das normas oriundas de negociação coletiva em detrimento das leis próprias do ordenamento jurídico. Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite:

“Na verdade, sob o argumento da necessidade da “modernização” das relações trabalhistas, ela institui três princípios de proteção ao Capital (liberdade, segurança jurídica e simplificação), invertendo os valores, os princípios e as regras de proteção ao trabalhador consagrados em diversas normas constitucionais e internacionais...” (LEITE, 2019, p.44)

Em que pese as inúmeras alterações introduzidas e o vasto campo das discussões que permeiam a Reforma Trabalhista, este trabalho se restringe a refletir sobre a criação da figura do empregado hipersuficiente, analisando se há uma real autonomia da vontade conferida e, conseqüentemente, equiparação contratual entre as partes da relação de trabalho, ao ponto de ser descartável a proteção estatal ao empregado hipersuficiente.

4.1 A AMPLIAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO DO TRABALHO

No que tange a proteção do trabalhador, é mister salientar que o princípio da proteção ao trabalho foi instituído justamente por constatar que há um desequilíbrio entre as partes do contrato de trabalho e, por isso, a autonomia da vontade prescinde de limitações, para que não ocorra a supressão de direitos fundamentais conferidos e assegurados legalmente ao trabalhador.

Não obstante, também é levada a discussão que há para o empregado hipersuficiente maior autonomia da vontade, permitindo que este possa discutir aspectos contratuais, dentro dos parâmetros impostos pela Lei nº 13.247 de 2017.

A referida lei consagrou a Reforma Trabalhista e impôs diversas alterações no trato das relações trabalhistas, implementando uma série de dispositivos que tratam de enraizar a autonomia da vontade nas relações trabalhistas.

Conquanto, não foi levado em consideração que, diferentemente do contrato cível, em que há plena liberdade de contratar e ajustar cláusulas contratuais à livre disposição de ambas as partes, no contrato de trabalho a liberdade de contratar é restringida, tendo em vista que as partes não se encontram em pé de igualdade.

Além disso, uma maior autonomia pode ensejar em maior vulnerabilidade do trabalhador, que embora esteja investido na condição de hipersuficiente e goze de maior participação na pactuação contratual, não se pode olvidar que há uma importação inadequada do princípio da autonomia da vontade, próprio das relações contratuais cíveis, para as relações contratuais trabalhistas, como se houvesse completa pertinência.

De acordo com Martinez, a palavra, autonomia, oferece múltiplas acepções, normalmente vinculadas “à autodeterminação e à capacidade de seu titular traçar normas de conduta sem estranhas imposições restritivas” (MARTINEZ, 2020, p. 82).

Partindo dessa premissa, ao se referir à autonomia da vontade, está-se diante de um instituto que elenca a liberdade de escolha e decisão no momento do firmamento de um acordo contratual, diante da realização de um negócio.

De antemão, cumpre enfatizar que o princípio da autonomia da vontade é oriundo do direito das obrigações, como parte prescindível das estipulações de um contrato cível. De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a autonomia da vontade foi instituída da seguinte maneira:

“A autonomia privada - o dogma da autonomia da vontade segundo os clássicos - era um espaço isolado no qual o burguês poderia exercer a tão desejada liberdade contratual e amealhar patrimônio através da ampla faculdade de estipular contratos e adquirir propriedade, sem que o ordenamento jurídico (leia-se: sociedade) pudesse interferir no exercício da atividade econômica do cidadão. Apoiado nas teorias econômicas de Adam Smith, o indivíduo egoísta considerava que a realização de sua felicidade e de seu bem individual acabaria por propiciar o tão desejado bem comum. A "riqueza das nações" era um projeto que se edificaria quando o Estado minimalista fechasse os olhos perante a esfera privada, eis que o próprio mercado trataria de se autorregular e prover o sucesso coletivo.” (FARIAS e ROSENVALD, 2017)

Portanto, é por óbvio um princípio que decorre de uma relação em que as partes possuem a liberdade de contratar, tomar decisões sobre de que forma, e em que tempo, e com quem irá estabelecer a relação jurídica contratual. Ainda, há liberdade para definir qual será o conteúdo do contrato e em que modalidade este será firmado.

Por todas essas prerrogativas, não há pertinência técnica em compreender o empregado que faz parte de uma relação de trabalho, como possuidor de autonomia privada, tal como é uma relação contratual cível.

Alguns doutrinadores concluem que o que há, em verdade, é uma autonomia da vontade relativa nos contratos de trabalho, sustentando tal posicionamento pelo que diz o artigo 444 da CLT: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção do trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Destarte, há uma incompatibilidade evidente com o princípio da irrenunciabilidade, porque a liberdade individual e a autonomia da vontade caminham na contramão do princípio da proteção do trabalho, pondo em risco os direitos do trabalhador, que podem ser anulados ou restringidos em razão da pressão de subordinação ao contratante.

Ao permitir que o empregado hipersuficiente negocie as cláusulas do seu contrato de trabalho, incluindo a possibilidade de renunciar direitos fundamentais, percebe-se que há um desvirtuamento da intenção precípua do Direito do Trabalho, que é proteger o trabalhador dos arbítrios do empregador.

Ademais, ainda que haja consenso do empregador hipersuficiente em dispor de certos direitos fundamentais, não parece adequado que a própria lei permita que o empregador possa, sob o argumento da autonomia da vontade, renunciar direitos já assentados e essenciais para a melhoria da condição do trabalho.

Frise-se que há inclusive uma afronta direta ao princípio da vedação ao retrocesso social, ao permitir que o empregado hipersuficiente possa dispor de direitos constitucionalmente preservados, a exemplo do salário.

Além disso, também vale pontuar que a Reforma Trabalhista implementou uma diferenciação entre os empregados, colidindo com o princípio da isonomia, ao considerar que seria concebível que o princípio da proteção ao trabalho fosse disposto de maneira distinta entre os empregados hipossuficiente e hipersuficiente.

5. A CRIAÇÃO DA FIGURA DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE PELA REFORMA TRABALHISTA

A Lei nº 13.467 de 2017 instituiu a figura do empregado hipersuficiente como uma nova espécie de empregado, que foge do conceito elementar associado à hipossuficiência, como característica marcante do empregado na relação individual de emprego.

A estipulação do empregado hipersuficiente se encontra no parágrafo único do art. 444 da CLT, sendo aquele “portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

Nos casos em que se verifica a percepção salarial conforme dispõe o artigo supracitado, será permitida a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem, conforme dispõe o artigo 507-A da CLT. Vejamos:

Art. 507-A, CLT. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Ademais, cumpre transcrever que Martinez demonstrou uma simulação com base no ano de 2020, sobre o quantum a que se refere o artigo supracitado. Vejamos:

“Acerca do ano de 2020, apenas para ter-se uma ideia de dimensão, esse valor é R\$ 12.202,12, vale dizer, o resultado de duas vezes o teto previdenciário do RGPS: R\$ 6.101,06 x 2), e o considerou suscetível à arbitragem. Para esse trabalhador o engajamento à arbitragem será possível por sua própria iniciativa ou mediante a sua concordância expressa, sem que se possa alegar que o direito do trabalho é, por si só, indisponível para ele.” (MARTINEZ, 2020, p. 154)

Portanto, a Reforma Trabalhista introduziu essa nova figura de empregado, presumindo que dada as suas peculiaridades, goza de maiores prerrogativas para estipular livremente as premissas da relação contratual de trabalho.

Conquanto, há que se frisar a enorme falha legislativa em presumir tal fato, uma vez que a própria condição de ser um empregado mais dispendioso que o empregado hipossuficiente, pode ensejar em maior dificuldade de manutenção do emprego, além da maior concorrência frente à reduzida oferta de postos de trabalho para empregados hipersuficientes. Nesse diapasão, há quem pondere que pode haver até mais riscos e receios do desemprego entre os empregados superqualificados do que para o empregado hipossuficiente.

Assim, a Reforma Trabalhista criou a figura do empregado hipersuficiente, como aquele que por ser qualificado e detentor de remuneração elevada, poderia dispor sobre as cláusulas do seu contrato de trabalho livremente com o empregador. Assim diz o art. 444 da CLT a respeito do tema:

“As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.” (BRASIL, 1943)

Ainda, complementa o parágrafo único aduzindo quais seriam as hipóteses em que se aceitaria essa livre estipulação. Vejamos:

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (BRASIL, 1943)

Sendo assim, foi permitido ao empregado hipersuficiente dispor, em acordo com o empregador, sobre aspectos contratuais, ainda que em detrimento do que a lei dispuser acerca dos temas arrolados no artigo 611-A da CLT, quais sejam: o pacto quanto à jornada de trabalho; banco de horas anual; intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para

jornadas superiores a seis horas; adesão ao Programa Seguro-Emprego; plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, e identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança.

Ademais, é possível dispor sobre regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; remuneração por produtividade, incluída as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; modalidade de registro de jornada de trabalho; substituição do dia de feriado.

Também permite-se a livre preceituação sobre enquadramento do grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; e participação nos lucros ou resultados da empresa.

Em verdade, o que a Reforma Trabalhista propôs para o empregado hipersuficiente, representa uma afronta ao que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso VI, preceitua em termos de irredutibilidade salarial, equiparando, no que tange a eficácia da estipulação contratual, a pactuação individual entre empregado e empregador com a convenção ou acordo coletivo.

Ora, em termos práticos é incoerente conceber que o empregado possa dispor de liberdade contratual ao ponto de poder discutir como será sua remuneração contratual, quais benefícios poderá perceber, a não ser na hipótese em que o empregado abdique de valores do salário, única hipótese que se evidencia possível na relação de trabalho.

Conquanto, ocorre uma ameaça direta ao princípio da irredutibilidade salarial, ao possibilitar que o empregado hipersuficiente tenha autonomia para dispor contratualmente sobre sua remuneração. É uma concessão, embora, na prática, só opere efeitos lesivos ao trabalhador.

Além desse fator, a relação de trabalho tem uma formatação própria com requisitos indispensáveis a sua constituição, sendo estes a pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação. Portanto, a subordinação é elemento necessário na constituição da relação de trabalho, de modo que não há relação de trabalho se não for caracterizada a subordinação do empregado ao empregador.

Com efeito, essa subordinação pode ser evidenciada em diversos momentos da relação empregatícia, como na situação em que o empregado é submetido às ordens do empregador. Também se verifica na sujeição econômica do empregado em ser remunerado pelo serviço que presta circunstâncias que se verificam também na relação de emprego estabelecida com o empregado considerado hipersuficiente.

Ainda, tem grande relevância a subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, uma vez que decorre de lei e cabe ao empregado se submeter aos comandos do empregador. Além dessas, há quem ainda fale em subordinação técnica e social, embora não encontrem completa pertinência se tratarmos especificamente do empregado hipossuficiente.

Vale mencionar o que preleciona Gustavo Cisneiros, acerca da subordinação jurídica. Vejamos:

“Subordinação jurídica – é a “pedra de toque” da relação de emprego. O contrato de trabalho tem essa peculiaridade, fator que o distingue dos demais: o empregado encontra-se juridicamente subordinado ao empregador. Não é simples subordinação técnica, pois o empregado pode até ser tecnicamente mais qualificado que o empregador; também não é simples subordinação econômica, pois o empregado pode ter maior patrimônio que o empregador. Estamos falando de subordinação jurídica, ou seja, subordinação imposta pelo direito. É o poder investido na pessoa do empregador, pelo direito, para que este dirija, oriente, fiscalize e, se for o caso, puna o seu empregado. O fundamento desse poder diretivo do empregador está no risco do negócio, assumido exclusivamente por ele (A alteridade, portanto, fundamenta o estado de subordinação jurídica do empregado). Ora, se o patrão arca sozinho com os prejuízos, nada mais justo que detenha o poder diretivo da relação jurídica.” (CISNEIROS, 2016)

Partindo da conceituação da relação de emprego e da relevância que assume a característica da subordinação, importa dizer que é um contrassenso propor que um empregado possa ser superdimensionado ao status de hipersuficiente, ao passo que segue adstrito aos ditames da subordinação jurídica dos contratos de emprego, uma vez que os poderes de determinação da relação de emprego seguem sob a vontade do empregador.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, não há como conceber a possibilidade de proteger menos o trabalhador considerado hipersuficiente. Além disso, é mister frisar que o empregado, qualquer que seja ele, não deixa de ser o hipossuficiente da relação trabalhista, uma vez que se submete ao empregador. Portanto, ainda que o trabalhador disponha de salário elevado e diploma de nível superior, nada é modificado no que diz respeito à relação de subordinação em que ele se encontra.

Não há razão para disciplinar diferenciação na proteção que se dá aos trabalhadores, visto que a subordinação jurídica opera de igual maneira. Além disso, é desarrazoado permitir que o princípio da proteção ao trabalho seja relativizado nos contratos de trabalho firmados com empregados considerados hipersuficientes.

Em que pese à necessidade de inovação da CLT para que melhor discipline as novas relações contratuais de trabalho, percebe-se a falha do legislador e a ameaça ao direito social do trabalho, diante do risco que representa permitir a autonomia da vontade do empregado, possibilitando que este possa dispor de direitos irrenunciáveis.

Sendo assim, a hipótese construída no início deste trabalho se confirma, ao constatar que qualquer relação de emprego demonstra a característica da subordinação, não sendo pertinente considerar que haja um empregado hipersuficiente, que seja capaz de discutir em condições de igualdade com o empregador, as cláusulas contratuais.

Em verdade, não há que se falar em liberdade de pactuação, pois o empregado, mesmo que hipersuficiente, apenas poderá aceitar ou rejeitar em bloco as determinações contratuais feitas pelo empregador, cabendo apenas dispor daquilo que se possa abdicar em termos de direitos básicos. Com efeito, o empregado hipersuficiente pode ser um empregado ainda mais

vulnerável, ao se submeter a contratos supressores de direitos, sob a égide da autonomia da vontade.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 dez 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 08 dez 2020.

CISNEIROS, Gustavo. **Direito do Trabalho Sintetizado**. Método, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LEITE, Carlos Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. Editora Saraiva, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7 ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 dez 2020.

PEREIRA, Isabela Fernandes; REZENDE, Leonardo Oliveira. **Uma análise da (in) aplicabilidade deste novo conceito ante a ótica protecionista do Direito do Trabalho**. Disponível em: https://www.grsimoesadvogados.com.br/conteudos/artigos/empregado-hipersuficiente_30-07-2019. Acesso em 04 dez 2020.

SANTOS, Luiz Henrique Baqueiro dos. **Os princípios e os contratos a autonomia da vontade e a força obrigatória**. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2001/corpodiscente/graduacao/

principios.htm#:~:text=Em%20suma%2C%20o%20princ%C3%ADpio%20da,reguladas%20e
m%20lei%2C%20com%20introdu%C3%A7%C3%A3o> . Acesso em 06 dez 2020.

A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA EM (DES)ENCONTRO AOS DIREITOS E EXPECTATIVAS DO CONSUMIDOR

Lorena Melo de Freitas²

RESUMO: Este estudo pretende analisar em que medida a prática da obsolescência programada impacta nos direitos e nas expectativas de durabilidade do produto dos consumidores. Foi dado enfoque na jurisprudência dos Tribunais do Estado de São Paulo no período de 2013 até os dias atuais, tendo como principal referencial teórico a pesquisa empírica de Lia Assumpção, em sua tese “Obsolescência programada, práticas de consumo e design: uma sondagem sobre bens de consumo”. Embora a prática da obsolescência programada aconteça desde o início do século XX, a sua temática apenas realizou uma notoriedade nas últimas décadas, e por afetar a todo um conjunto de consumidores brasileiros, o tema ainda demanda de muitas pesquisas, contando com poucos resultados publicados na área jurídica. O trabalho inicialmente conceitua, por meio de doutrina e da legislação brasileira, a obsolescência programada; posteriormente, analisa o panorama da obsolescência programada em conjunto com a assistência técnica do produto; em consequência, verifica a garantia dos direitos do consumidor quanto a obsolescência programada por meios judiciais, e, por fim, considera práticas de enfrentamento à obsolescência programada por meio de iniciativas sociais ou também por complementação legislativa. Ao decorrer de todos os tópicos, ilustra a relação entre a expectativa de durabilidade do produto pelo consumidor e a estimativa de sua vida útil na realidade fática, concluindo que existe uma diferença entre ambas, a qual deriva muitas vezes da conduta do próprio fornecedor.

PALAVRAS-CHAVE: Obsolescência programada. Vício Oculto. Vida útil. Código de Defesa do Consumidor. Expectativa do Consumidor.

ABSTRACT: This study aims to analyze to what extent the practice of scheduled obsolescence impacts on rights and expectations of product durability for the consumers. It was focused on the law of São Paulo State Court of 2013 until now, assuming as the mainly theoretical reference the empirical research of Lia Assumpção, in her thesis “Scheduled Obsolescence, practices of a consum and design: an explanation about consumer goods”. Although the scheduled obsolescence practice happens since the beginning of century XX, the theme even got a notorious attention in the last decades, and because of the impact for all Brazilian consumers, the theme demands more researches, counting with few results published in juridical area. This paper concepts the scheduled obsolescence by the Brazilian doctrine and law; posteriorly analyses the panorama of scheduled obsolescence together with the technical assistance of the product; Because of this, checks the guaranty of the consumer rights regarding the scheduled obsolescence by juducials ways and in the end, considers the practice of confrontation to scheduled obsolescence by social initiative or legislative contemplation as much. During all

² Graduanda em direito pela Universidade Católica do Salvador. E-mail: lorenamelo8143@gmail.com

topics, the relation between expectative of durability of the product by the consumer and the estimate of its lifespan on factice reality concluding than exists a difference between both that origins many times of the supplier conduct.

KEYWORDS: Schedule Obsolescence. Hidden addiction. Lifespan. Consumer Defense Code. Consumer expectations.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Conceito e doutrina sobre a prática da obsolescência programada 3. A obsolescência programada e a assistência técnica do produto, uma análise acerca da pesquisa de campo 4. A interpretação da obsolescência programada por meios judiciais dos tribunais e sua relação com as leis vigentes 5. A proposta de lei número 2.833/2019 e práticas de enfrentamento à obsolescência programada 6. Conclusão. referências.

1. INTRODUÇÃO

Da vaidade humana ao consumismo. Da inovação tecnológica à obsolescência planejada. Do desejo inalcançável a uma utópica felicidade. Foi assim, em última afirmativa, que Bauman caracterizou a relação entre o consumismo e a relação atual com os bens materiais. Para ele, a intencionalidade do consumo desenfreado, presente na sociedade contemporânea, se desenvolve a partir da sensação de satisfação imediata de desejos sempre crescentes, vendendo-se uma imagem de que ao entregar-se a tais impulsos, compulsões e vícios do consumo, mais motivados e bem atribuídos estariam cada indivíduo no meio relacional, criando uma vertiginosa impressão de felicidade (BAUMAN, 2007)

Para o sociólogo Bauman a rede de consumo trabalhava na atualidade justamente com o sentimentalismo humano, provocando uma falsa idealização da felicidade e controlando as emoções inter e intrapessoais. Fruto de um consumismo acelerado, vulgo hiperconsumismo, tal comportamento social ampliou de tal modo a dar evasão à prática da obsolescência programada

(CORNETTA, 2016, p. 24). Embora a comercialização seja uma prática costumeira, o problema e debate colocados sobressaem aos olhos quando enseja a possibilidade da prática da obsolescência programada, naturalizado muitas vezes esse fenômeno de incentivo ao consumo, o qual impacta nos direitos e nas expectativas dos consumidores.

A pesquisa ocorre no âmbito jurídico, entrelaçando uma análise de acordo com o entendimento jurisprudencial sobre a temática. O objetivo geral do artigo apresentado se traduz em mensurar como a prática da obsolescência programada impacta nos direitos e expectativas do consumidor, dando enfoque nos casos do Tribunal de São Paulo no período de 2013 até os dias atuais. Curiosa pergunta, citada por alguns durante o processo de pesquisa, é o porquê do enfoque no Estado de São Paulo. Isto decorre, por acreditar ter uma melhor relação com o assunto, já que esse mencionado Estado é fruto do berço econômico do país. Também se deve, à facilidade de comparação entre os dados jurídicos com a análise da pesquisa de campo realizada em 2017 por Lia Assumpção a respeito do tema, obtendo como público predominante consumidores do Estado de São Paulo.

Se por um lado o consumismo surgiu por meio da revolução industrial no século XVII (DIANA, 2020), por outro a prática da obsolescência vem acontecendo desde o início do século XX, e ainda assim somente foi reconhecida como prática ilegítima no Brasil há pouco tempo, através de escritos e estudos científicos. Apesar de a prática da obsolescência também vir em confronto aos princípios da Constituição Federal de 1988, a sua visibilidade e a singularidade do tema ainda não se integrou ao Código de Defesa do Consumidor, não havendo um rol taxativo ou o uso do termo “obsolescência programada ” em sua redação, tendo aplicabilidade no Direito como “vício oculto ”, uma vez que esta é uma possibilidade oculta de vício.

O trabalho está dividido em quatro etapas, sendo elas: I. Conceito e doutrina sobre a prática da obsolescência programada; II. A obsolescência programada e a assistência técnica do produto, uma análise acerca da pesquisa de campo; III. A interpretação da obsolescência programada por meios judiciais dos Tribunais e sua relação com as leis vigentes; IV. A proposta de lei número 2.833/2019 e práticas de enfrentamento à obsolescência programada.

O primeiro capítulo será voltado para o entendimento geral e busca da definição da palavra, aferindo seu significado descrito nos dicionários e até mesmo em maior nível de complexidade em doutrinas de artigos e livros escritos, também observando a utilização de

outros termos que são sinônimos e podem substituir o clássico “obsolescência programada”; o segundo trata-se de uma releitura da pesquisa de dados, analisando duas medidas: a relação da renda familiar mensal e a relevância da assistência técnica, e as motivações dos consumidores entrevistados por não ter sido possível consertar os seus últimos aparelhos.

O terceiro capítulo faz a análise de julgados de Tribunais do Estado de São Paulo, bem como sua conexão com artigos da lei prevista no Código de Defesa do Consumidor, além de trazer o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) acerca do tema.

O quarto capítulo inspeciona a proposta de lei número 2.833/2019, dirigida por Jean Paul Prates, ainda em revisão com a relatoria, que propõe o incremento da prática da obsolescência diretamente no Código do Consumidor, além de discorrer sobre os ativismos de enfrentamento, a exemplo do Movimento Sem Obsolescência Programada (SOP) advindo da Espanha.

Por fim, a metodologia usada é a revisão bibliográfica e a análise legislativa e jurisprudencial. A pesquisa de campo sucedida presente no primeiro e segundo capítulo apresenta como base a revisão bibliográfica do texto “Obsolescência programada, práticas de Consumo e Design” redigido pela autora Lia Assumpção em sua tese de mestrado da Universidade de São Paulo (USP), realizada por meio de questionários em rede social, totalizando 444 participantes, em que destes majoritariamente pertencem ao Estado de São Paulo, cerca de 78% do correspondente. Reitera-se que tal pesquisa de campo é disposta por uma pequena amostra de pessoas, e não representa um dado estatístico da sociedade brasileira. Dentre os componentes há uma maioria de mulheres, totalizando 70% dos respondentes, e de indivíduos pertencentes ao alto grau de escolaridade, com 87% dos integrantes sendo pós-graduados e com alto poder aquisitivo; 40 anos representa a idade média dos participantes (ASSUMPCÃO, 2017, p. 94)

2. CONCEITO E DOUTRINA SOBRE A PRÁTICA DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

Segundo Vance Packard, em seu livro “Estratégias do Desperdício” a expressão

“obsolescência programada” perpassou por diversas interpretações do seu significado, a variar de acordo com o contexto vivenciado e entendimento de cada público (PACKARD, 1965). Contudo, originariamente, de acordo com o Dicionário, a palavra “obsolescência” é um adjetivo que denomina algo ultrapassado, fora de uso, sem perspectivas para um desenvolvimento, em situação rudimentar; deriva do latim *obsoletus* (DICIO, 2020). A obsolescência programada também obtém com sinônimos os termos “obsolescência de qualidade”, ou “obsolescência planejada”, de modo que, embora de etimologia distintas, tais palavras em conjunto com os seus respectivos pares definem um mesmo significado para um problema que tanto emerge no mercado de consumo atualmente. “Obsoleto” segundo Dicionário Aurélio : (é) adj. Que caiu em desuso. (2006, p. 587).

Já a palavra “programada” deriva do termo programar, que por assim se traduz, em:

v. t. d 1. fazer o programa de; planejar 2. prever ou selecionar, como parte do programa (6) ou de programação (2 e 4) 3. *inform.* Determinar a forma de funcionamento de (aparelho, computador) fornecendo programa (5). *Int* 4. *inform.* Elaborar (programa [5]) de computador [C. : 1]. (AURÉLIO, 2006, p. 657)

Sendo assim, em consonância, a obsolescência programada é aquele (objeto, material) que se encontra em desuso, ultrapassado, rudimentar e sem uso; através ou por conta do seu planejamento, da sua seleção, do seu estudo prévio quanto à forma de funcionamento.

Noutras palavras, a obsolescência programada se refere a uma prática realizada momentaneamente por empresas que visam a antecipação do encerramento da vida útil de um determinado produto. Tal conduta é decorrente de um planejamento com a objetivação de alcançar um maior lucro, induzindo ao aumento do consumo do mesmo. Como diz Slade, a obsolescência programada trata-se de uma técnica artificial para alterar a composição do produto antecipando o final da sua vida útil, contudo, ressalta que para se classificar como obsolescência programada deve haver o propósito da redução da vida útil, caso o produto se torne obsoleto sem a intencionalidade não se classificaria como tal (SLADE, 2006, p.5).

A obsolescência planejada refere-se ao seu mecanismo engenhoso de poder e capacidade de torná-lo obsoleto, a exemplo : “(...) quando a empresa vende um produto com probabilidade de vida bem mais curta, sabendo que poderia estar oferecendo ao consumidor um produto com vida útil mais longa.” (PADILHA, 2013)

Já com relação ao vício oculto, Rizzatto Nunes afirma que : “são aqueles que só aparecem algum ou muito tempo após o uso e/ou que, por estarem inacessíveis ao consumidor, não podem ser detectados na utilização ordinária” (NUNES, 2019, p. 233). Observa-se aqui semelhança quanto aos significados previstos anteriormente, podendo funcionar como derivados.

A obsolescência programada, na realidade, é uma espécie de vício oculto. O vício oculto, apresenta-se como um vício de um produto, que ocorre de forma mediata, inaparente ao mesmo tempo da compra ,não sendo facilmente identificado pelo consumidor e pode aparecer em algumas vezes após o término da garantia (CUNHA JÚNIOR, 2015). Resumidamente, a obsolescência programada é a circunstância de um vício oculto atribuído por intencionalidade.

De acordo com pesquisa efetuada pelo Centro Europeu de Consumo, a prática da obsolescência é arquitetada na maioria das vezes em aparelhos eletroeletrônicos, ou em aparelhos eletrodomésticos, como computadores, máquinas de lavar e televisores. Sua definição, por sua vez, é uma das mais esclarecedoras:

Obsolescência por vício funcional caracteriza bem a obsolescência programada, ou seja, trata-se de um recurso técnico existente no produto cujo objetivo é promover/antecipar o fim de sua vida útil. Ocorre quando os fabricantes adicionam determinada peça no equipamento com o intuito de provocar uma avaria e ele deixa de funcionar. (Centre Européen de La Consommation *apud* CORNETTA,2016, p. 54)

Rizzatto Nunes (2019), por sua vez, cita exemplos que ressaltam algumas injustiças pontuais que ocorrem com o consumidor ao adquirir um produto com vício, dando sensibilidade à questão mesmo com a tentativa de defesa pelo Código do Consumidor.

Em primeiro momento imagina-se um consumidor que sempre sonhou em adquirir um aparelho de DVD que fora lançado no mercado, para trazer maiores alegrias e reuniões a sua família, contudo não tem dinheiro para comprar à vista. Começa a juntar na poupança, ao longo de oito árduos meses de trabalho, para conseguir comprar tal aparelho. Após tanto esforço, consegue realizar o seu desejo. Compra o aparelho e loca filmes para assistir com a sua família; após tal espera ao ligar o aparelho se depara com uma surpresa: a imagem surge lenta e o aparelho desliga a cada minuto. O que o consumidor deverá fazer com tal situação?

Em um diverso instante imaginemos uma segunda consumidora que compra o mesmo

aparelho de DVD, mas que o seu problema de desligamento e lentidão na imagem, só apareceram 60 dias após a compra .

Em ambas as situações, define o art. 18 do Código de Defesa Consumidor (CDC) que poderão tais consumidores levar o aparelho à loja, diretamente ao fabricante ou à assistência técnica. Contudo, poderá esperar até 30 dias para a solução do problema. Sobre isso Rizzato Nunes fala, ressaltando a 1ª situação hipotética:

(...) Porém, qualquer deles terá até 30 dias para efetuar o conserto do aparelho. Trinta dias! E o consumidor esperou 8 meses. Deu azar. Por certo outros consumidores que adquiriram produto igual no mesmo dia estejam dele desfrutando sem problema. Esse exemplo serve para ilustrar o que pode potencialmente acontecer na compra de qualquer produto. Após a aquisição, havendo vício, poderá o fornecedor usar dos 30 dias para solucionar o problema. É verdade, porém, que o § 3º do mesmo art. 18 atenua essa circunstância, dizendo que o consumidor não precisa aguardar tal prazo. Contudo,(...) essa alternativa somente vale em situações bem específicas (NUNES, 2019, P .243 e 244).

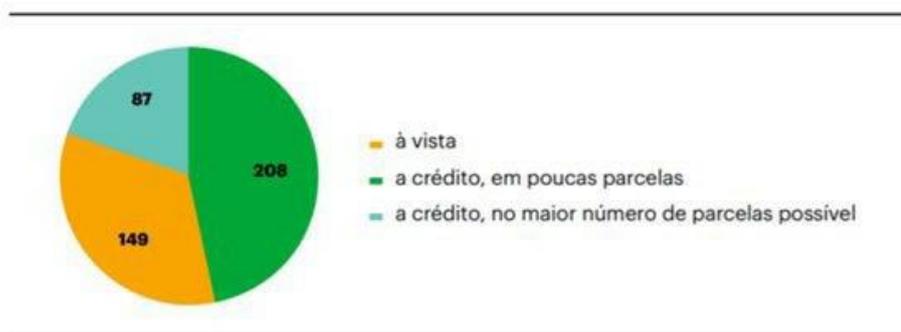
Existem dois exemplos citados pelo autor, o primeiro em que o consumidor percebe o defeito de imagem logo após chegar em casa, no seu primeiro uso, trata-se de um vício aparente que se traduz em um vício que é verificado no momento de utilização do produto, de forma imediata (CUNHA JÚNIOR, 2016).

Nesses casos a devolução do produto, por meio de retorno financeiro ou troca, costuma ser mais eficaz por representar um vício mais rápido e fácil de se comprovar. Já a segunda hipótese ilustra um típico caso de vício oculto, que só pôde ser percebido após 60 dias da sua aquisição. Nesta circunstância o vício oculto poderá ser decorrente de uma obsolescência programada, visto que, o seu vício se apresentou pouco após o prazo de garantia. Mas, que só poderá ser confirmada o seu vício oculto decorrente de uma obsolescência programada diante de uma perícia técnica (SALOMÃO apud RODAS, 2015).

Tais situações exemplificativas mencionadas são comuns na realidade do consumidor brasileiro. A aquisição destes produtos não costuma ser feita de forma prática e rápida, tanto pela factualidade de que tais vícios são mais habituais em eletrodomésticos e eletroeletrônicos (conforme análise posterior), quanto pela realidade econômica e financeira vivida no país. É bem comum que tais produtos sejam comprados não à vista, mas pagas no crédito de maneira parcelada, conforme gráfico a seguir retirado da pesquisa feita por Lia Assumpção (2017, p.

96).

Gráfico 1 – Opções de pagamento



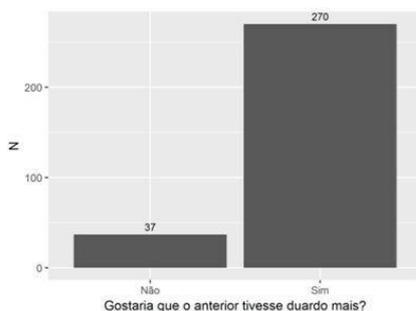
Fonte: elaborado por Eduardo Lazzari, a partir de dados do questionário, 2017.

Fonte: ASSUMPCÃO; LAZZARI, 2017, p.96.

Percebe-se que, entre os entrevistados apenas 149, dos 444 totais, declaram ter a prática de pagar os seus produtos à vista, sendo uma prática menos comum em comparação às opções de crédito.

Outro dado, bastante pertinente e informado pela mesma fonte, fora sobre a análise de satisfação com a durabilidade do produto dos respectivos consumidores participantes, advindo de um questionamento se estes desejariam que o seu produto de compra anterior tivesse durado mais tempo. Dentre os 307 participantes que responderam parte específica da pesquisa, cerca de 270 afirmaram que gostariam e esperariam sim que o seu produto tivesse durado por um lapso maior de tempo, traduzindo-se em aproximadamente 88% do total (ASSUMPCÃO, 2017, p. 20-anexo 2).

Gráfico 2 – Satisfação com a durabilidade do produto.



Fonte: ASSUMPCÃO, 2017, p. 20.

Observa-se, ainda que, numa pergunta prévia, localizou-se que 173 pessoas dentre as entrevistadas, compraram um novo produto para substituição do anterior pelo motivo de que: “o anterior quebrou”.

Gráfico 3 – Motivo da compra de produtos novos



Fonte: elaborado por Eduardo Lazzari, a partir de dados do questionário, 2017.

Fonte: ASSUMPÇÃO; LAZZARI, 2017, p. 114.

Percebe-se então, uma ruptura com a expectativa do consumidor ao esperarem que seus respectivos produtos anteriores de compra perdurassem por mais tempo. Tal realidade fica ainda mais clara ao nos depararmos com o fato de que boa quantidade dos entrevistados compraram um novo produto, não por opção, mas pelo mau funcionamento do produto anterior. Embora em tons mais subjetivos, e de aspecto variável, a expectativa do consumidor é um fenômeno que é resguardado perante o Código de Defesa do Consumidor, sobre tal realidade, Rizzatto Nunes fala:

A Expectativa do consumidor é como complemento ao exame do problema do vício de qualidade do serviço, é preciso concluir a interpretação do contido no § 2º do art. 20. Recordemos sua redação: “São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”. (NUNES, 2019, p. 290)

O autor aqui demonstra que a expectativa do consumidor, embora momentaneamente tratada como algo trivial por algumas empresas, é salvaguardada pelo artigo 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, considerando como impróprio o serviço que não atende razoavelmente essa perspectiva, ao fazer parte como requisito e qualidade de um serviço.

Para William Cornetta (2016, p. 72; 154) a expectativa do consumidor requer demasiada importância, pois é justamente analisando a sua expectativa e o prazo médio de vida útil do seu objeto de compra, que o consumidor irá decidir pela compra entre aquele produto ou por outro que lhe é oferecido no mercado. Mas, por sua vez, os produtos duráveis são os que mais “quebram com a expectativa” do consumidor.

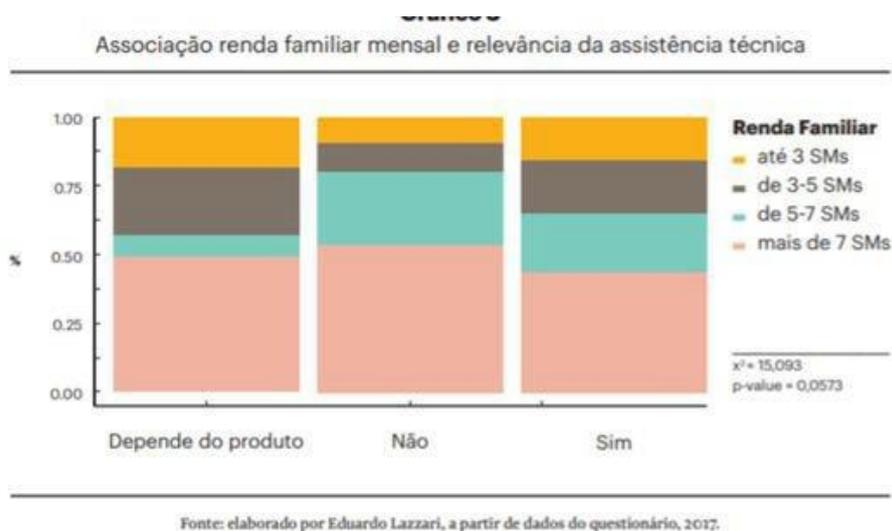
O pensamento dos fornecedores dos produtos duráveis, contrariamente a importância da expectativa do consumidor e do CDC, é de que por existir uma expectativa do consumidor de permanecer com o produto por mais tempo, é que se faz a necessidade de que o prazo de vida útil seja reduzido, para a obtenção constante de um lucro da empresa.

3. A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E A ASSISTÊNCIA TÉCNICA DO PRODUTO, UMA ANÁLISE ACERCA DA PESQUISA DE CAMPO.

Um fator característico da obsolescência programada é a obsolescência artificial do produto. Tem-se como exemplo uma mercadoria que para de funcionar por conta da sua programação na redução de vida útil (obsolescência programada) e quando o comprador se dirige a uma assistência técnica para o conserto, se confronta com dificuldades intencionais para o êxito do reparo, como falta de peças para reparo, preço abusivo e burocracias da empresa responsável. Packard (1965) explica o quanto dificuldades ou impossibilidades de conserto são técnicas dispostas utilizadas na prática da obsolescência, de forma artificial.

Resultados interessantes foram gerados pela pesquisa de campo de Lia Assumpção, a primeira é a análise da existência da relação entre a renda familiar mensal e a relevância da assistência técnica. Para essa pesquisa fora perguntado se era relevante a possibilidade de assistência técnica na hora da compra do produto, podendo ter como resposta objetiva que: “sim”, “não” ou até que “depende do produto”. Fora perguntado também a renda familiar a cada um dos participantes, sendo separadas de acordo com o salário mínimo, observa-se aqui que a sigla “SMs” na lateral direita do gráfico equivale ao termo “salário(s) mínimo(s)” (ASSUMPCÃO, 2017, p.105).

Gráfico 4 – Associação renda familiar mensal e relevância da assistência técnica



Fonte: ASSUMPÇÃO; LAZZARI 2017, p.105

Dentre os 444 participantes, 250 afirmaram dar importância à assistência do produto na hora de escolher a mercadoria, noutras palavras, pouco mais da metade dos componentes buscaram a tentativa de utilizar aquele determinado produto por mais tempo, não desejando de imediato o seu descarte em um primeiro vício. Mas, dado curioso na pesquisa é de que quanto maior a renda familiar menos se dava importância para a demanda de uma assistência técnica. Neste sentido os menos favorecidos financeiramente dão uma maior importância a durabilidade, podendo ser os maiores prejudicados quando se deparam a obsolescência de um produto (ASSUMPÇÃO, 2017, p.105).

Na pesquisa havia também espaço para relatos e justificativas, entre alguns desses comentários demonstrava-se insatisfação com o contexto inserido sobre o funcionamento das assistências técnicas: “já tive problemas com um produto que não tinha assistência técnica na minha cidade, sendo que o Rio de Janeiro é a segunda maior cidade do Brasil”, relata um dos integrantes sobre sua surpresa, comovido diante da inesperada situação. Um outro relato, dentre os que também concordam com a importância da assistência técnica, diz: “É importante, mas já não tenho esperanças em relação a assistências técnicas” (ASSUMPÇÃO, 2017, p. 106).

Em algumas justificativas, o fato de não darem importância a assistência técnica apresenta-se como fruto de insatisfações passadas. Como exemplo temos a narrativa de um participante que não obteve boas experiências pelo fato de algumas dessas empresas faltarem

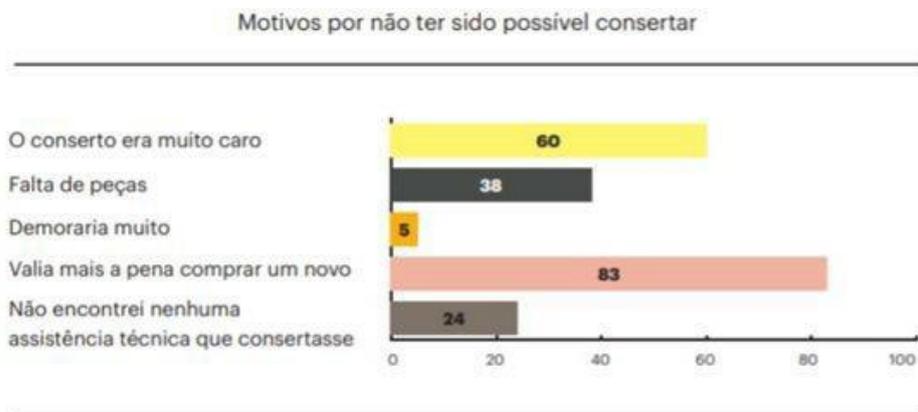
peças para o conserto dos produtos, ou pela má prestação do serviço:

Sinceramente, nunca tive uma boa experiência com assistência técnica. Na minha concepção, todas são péssimas, não tendo peças de produtos que foram comprados a menos de um ano, muitas sem a mínima vontade de consertar o produto. Para mim não interfere uma que seja boa. (ASSUMPCÃO, 2017, p. 106)

Dentre os que comentaram a sua respectiva resposta, apenas um único indivíduo se apresentou como totalmente satisfeito com a assistência técnica, fala: “sempre uso a assistência técnica, que já me poupou de ter que comprar novos equipamentos” (ASSUMPCÃO, 2017, p. 106).

Logo em seguida, havia um questionário que analisou as razões de cada um por não ter sido possível consertar o seu último produto advindo de um vício, a pergunta questionada era: “caso tenha quebrado e tentou consertar, mas ainda teve que comprar um novo, o que não deu certo?”, além das cinco alternativas indicadas havia um espaço, assim como também a opção “não se aplica”, para que o respondente explicasse alguma determinada situação fora das escolhas apresentadas (ASSUMPCÃO, 2017, p. 107).

Gráfico 5 – Motivos por não ter sido possível consertar.



Fonte: elaborado por Eduardo Lazzari, a partir de dados do questionário, 2017.

Fonte: ASSUMPCÃO; LAZZARI, 2017, p.107.

Em consonância com o relato da dificuldade de encontrar um assistência técnica até mesmo na metrópole do Rio de Janeiro, da pesquisa anterior, aqui também aprecia-se uma quantidade razoável de pessoas que não consertaram seus produtos por não encontrarem

nenhuma assistência técnica para o caso. Todavia, a maioria dos entrevistados informam não ter consertado o equipamento anterior pela razão do reparo ser muito caro, ou porque valia mais a pena comprar um novo, atributos que são consequências de uma obsolescência artificial (ASSUMPCÃO, 2017, p. 108).

Ainda em seguida, foram entrevistadas algumas assistências técnicas para o seu posicionamento da temática, mostrando-se a GM a mais preocupada e organizada no serviço prestado, no qual o responsável entrevistado apresentou as dificuldades de tais empresas manterem um bom padrão de atendimento: “ tem a maior briga com concessionárias para ter um atendimento bom, para ter serviço barato, então é super padronizado”, diz. A FALMEC, outra empresa entrevistada, embora seja uma assistência técnica terceirizada, mantém um treinamento dentro da fábrica objetivando fazer tudo de maneira correta. Por fim, na empresa de tecnologia Samsung a assistência técnica é tratada mais como uma imposição obrigatória designada por lei do que um critério de relevância para a empresa (ASSUMPCÃO, 2017, p.108).

Destarte, percebe-se uma preocupação de algumas empresas, tais como a FALMEC e a GM, na qualidade de serviço almejada para os seus clientes o que poderia representar um ponto qualitativo dessas empresas quanto ao enfrentamento da prática da obsolescência artificial.

Por outro lado, relatos de insatisfação no conserto do produtos foram costumeiramente narrados durante a pesquisa, fator que se contrapõe à realidade de procura por uma assistência técnica na aquisição do produto, pelos 250 indivíduos participantes.

4. A INTERPRETAÇÃO DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA POR MEIOS JUDICIAIS DOS TRIBUNAIS E A SUA RELAÇÃO COM AS LEIS VIGENTES

Para uma compreensão da prática acerca do direito do consumidor, no que tange a obsolescência programada, é importante analisar o ordenamento jurídico atual. Seguindo, portanto, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), órgão superior de julgamento do direito do consumidor, bem como julgados dos tribunais do Estado de São Paulo, além da análise da aplicabilidade das leis de consumo.

Em matéria jurídica a respeito do vício oculto, o Supremo Tribunal de Justiça se pronunciou a respeito do tema desde o ano de 2012, através do recurso especial 984.106-SC:

[...] Independentemente do prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam elas de consumo, sejam elas regidas pelo direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo. Os deveres anexos, como o de informação, revelam-se como uma das faces de atuação ou 'operatividade' do princípio da boa-fé objetiva, sendo quebrados com o perecimento ou a danificação de bem durável de forma prematura e causada por vício de fabricação. (BRASIL, 2012)

Em seu voto, o ministro Luis Felipe Salomão e demais relatores não traduziram apenas a relação que o vício oculto versa sobre estimativa de vida útil, mas também sobre a boa-fé objetiva cuja relação está sobre a verdadeira intencionalidade daquele que fornece o produto, traduzindo-se como princípio não só a meios consumeristas, mas também constitucionais.

Em outro trecho de seu voto a respeito da garantia do produto, Luis Felipe Salomão explica que não é porque o produto tenha expirado o seu prazo de garantia que de imediato os fornecedores entrarão em isenção de responsabilidade. Isto porque a engenharia programada do vício oculto, por algumas vezes, está justamente prevista para acontecer após da data da garantia:

[...] Cumpre ressaltar que, mesmo na hipótese de existência de prazo legal de garantia, causaria estranheza afirmar que o fornecedor estaria sempre isento de responsabilidade em relação aos vícios que se tornaram evidentes depois desse interregno. Basta dizer, por exemplo, que, embora o construtor responde pela solidez e segurança da obra pelo prazo legal de cinco anos nos termos do art. 618 do CC, não seria admissível que o empreendimento pudesse desabar no sexto ano e por nada respondesse o construtor. Com mais razão, o mesmo raciocínio pode ser utilizado para a hipótese de garantia contratual. Deve ser considerada, para a aferição da responsabilidade do fornecedor, a natureza do vício que inquinava o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia. Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, são um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto, existente desde sempre, mas que somente vem a se manifestar depois de expirada a garantia. (BRASIL, 2012).

Ressalva-se aqui, ainda, a diferenciação da garantia contratual para a garantia legal. A garantia legal é aquela já prevista em lei, sendo 30 dias para produtos duráveis e 90 dias para produtos não duráveis, essa garantia acontece de forma impositiva e inicia-se a partir da data de entrega do produto e ocorre pela simples tradição. Já a garantia contratual decorre do termo de garantia que concerne num contrato escrito entregue ao consumidor no momento da compra e irá acrescer o prazo de garantia além do que já está vinculado à garantia legal. Ambas as garantias possuem efeitos jurídicos de responsabilidade em relação ao fornecedor ainda na fase pré-contratual, englobando que a publicidade e a oferta já configuram ações de vínculo ao consumidor (PROCON, 2012).

Embora o STJ já tenha se pronunciado acerca do tema, e em consequência os Pronunciamentos dos tribunais de piso costumam tê-la como base, situações diversas por mais que se assemelham, mantém uma causalidade e minuciosidade que não há nos Supremos Tribunais, mas sim em outras instâncias, como a de 2º grau. Por isto, faz-se necessário a oportunidade de releituras de julgados dos Tribunais do Estado de São Paulo.

Na hipótese da argumentação quanto ao prazo legal de garantia, destaca-se na ementa acima que “causaria estranheza afirmar que o fornecedor estaria sempre isento de responsabilidade em relação aos vícios que se tornaram evidentes depois desse interregno”. É nesse entendimento que no processo 1003849-22.2017.8.26.0016, o Tribunal de Justiça de São Paulo contrapôs o pedido de impugnação do fornecedor, na circunstância em que o responsável pela empresa de sofás Konfort Houses Sofás LTDA esteve sob a alegação do vício oculto.

Juizados. Consumidor. Vício oculto. Sofá. Desbastamento prematuro do tecido de revestimento. Não há que se falar em decadência do prazo de garantia legal ou contratual: está-se diante de evidente vício oculto do produto, não constatável de plano pelo consumidor, surgindo, contudo, no decorrer de seu uso, ainda dentro de seu tempo de legitimamente estimada vida útil. Análise concreta da vida útil do bem como critério de razoabilidade. Defeito constatado com menos de 8 meses após a compra. Dever de reparação não observado. Opção do consumidor à restituição de valores. Recurso não provido. (BRASIL, 2017)

Na situação narrada, percebe-se que a empresa do Konfort Houses Sofás LTDA, que recorreu contra-argumentando o pagamento da indenização ao seu comprador, não teve êxito, pois a turma recursal reiterou a sua obrigatoriedade em ressarcir o valor da compra feita pelo consumidor, uma vez que, o estofado do sofá durou um período abaixo do estimado pela

durabilidade deste material, qual seja de oito meses de utilização.

Quanto à durabilidade do produto e sua disposição no Código do Consumidor, Leonardo Bessa e Walter Moura (2014, p. 135-137) escrevem que em caso de vício aparente o prazo de garantia do produto será de 30 e 90 dias, para produtos não duráveis e para produtos duráveis, respectivamente nessa ordem; quando há esse vício aparente é suficiente que o consumidor reclame ao fornecedor ou ao Ministério Público para obstar a decadência desse direito. No entanto, quanto ao vício oculto, esse só se apresentará de modo mediato após certo tempo, devendo o limite do tempo de garantia estar em aberto; de modo que apenas a partir da descoberta do vício é que passará a contar o prazo de 30 ou 90 dias.

Tal norma é assegurada pelo artigo 26, §3º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que prevê uma regulamentação diferente para os problemas apresentados de um vício oculto, iniciando-se o prazo decadencial no momento em que ficar evidenciado o defeito, havendo a contagem de até 30 dias para a reclamação da existência de vício, a partir da data de seu aparecimento para bens não duráveis; e 90 dias para bens duráveis. Importa mencionar a possível participação de um exame técnico para facilitar a comprovação de uma obsolescência programada.

É com o objetivo de controlar e amenizar determinadas arbitrariedades que a Política Nacional das Relações de Consumo tem diretrizes em seu artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, no que tange circunstância do vício oculto, sobressalta a alínea “d” deste respectivo artigo:

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:

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (BRASIL, 1995)

Em consonância de ideias, o processo que foi realizado pelo Tribunal de Justiça pela Comarca de Araçatuba, obteve semelhante interpretação, realizada no interior do Estado de São Paulo, nº 0010226-17.2013.8.26.0032, o qual tem como demandada a empresa Electrolux S/A.

Neste, a demandante relata a impossibilidade de utilização do forno após comprar o produto do fogão com essa marca. Embora o juízo de 1ª instância tenha provido o pedido de danos materiais decorrente do vício oculto do material, esse indeferiu o pedido de indenização por danos morais diante da situação. O pedido de dano moral se deu pela alegação da demora de cerca de 3 anos para que a empresa se dirigisse para a resolução do problema.

No tocante a esse ponto merece referência a questão do prazo. Conforme o artigo 18, §1º, do CDC, o tempo que o fornecedor tem para sanar o vício após a reclamação do produto é de até 30 dias, devendo ficar atento a esse prazo. De modo que, após decorrido esse prazo, se ainda não fora sanado o vício, o consumidor poderá exigir e escolher dentre três opções legais: I. substituição do produto, II. restituição imediata da quantia paga, III. abatimento proporcional do preço, ficando a seu critério qual melhor lhe atenderá (PAULA, 2017). Na ocasião apresentada havia se totalizado três anos para o posicionamento do fornecedor, passado consideravelmente do prazo estabelecido pela lei.

Sobre isso o relator afirma que é importante a utilização de ressarcimento por danos morais como meio de evitar ou desacelerar a continuidade dos vícios ocultos desses aparelhos, bem como gerar responsabilidade sobre a empresa. Conforme a redação:

É essencial considerar, ainda, a necessidade pontual da aplicabilidade da reparação moral com caráter punitivo e profilático para o refreamento de imposturas contratuais lesivas e reiteradas, como comumente ocorre, por exemplo, nas relações de prestação de serviços de telefonia móvel e fixa, com prejuízo da coletividade. Diante de um caso em que o devedor deixou de atender a função social do contrato e se comportou de forma contrária à boa-fé objetiva e ao próprio sistema legal, causando transtornos anímicos ao credor, deve haver condenação por danos morais, mormente com enfoque no caráter punitivo e compensatório da medida. (BRASIL, 2013).

A respeito dos danos morais, embora o prazo prescricional de reparação civil seja de três anos, é relevante compreender que no âmbito do direito do consumidor esse prazo se estende para cinco anos. Por sua vez, além do caráter punitivo, a indenização por dano moral nasce por um caráter reparatório a dor subjetiva ou constrangimento sofrido pela vítima ao se deparar com uma determinada situação inapropriada ou indevida (SOUZA, 2013).

5. A PROPOSTA DE LEI NÚMERO 2.833/2019 E PRÁTICAS DE ENFRENTAMENTO A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA.

Há uma disparidade entre a prática da obsolescência planejada e a expectativa do consumidor. Os resultados nos gráficos sobre a satisfação do produto, a razão da compra de um novo aparelho, traduzem tal hipótese em afirmação: sim, há uma relação evidente entre a prática da obsolescência programada e a quebra da expectativa do consumidor.

Os processos judiciais encontrados decorrentes do vício oculto expressam uma realidade que qualifica essa prática como sendo insatisfatória ao público, digna de análise. É com intuito de regular que o senador Jean Paul Prates, aprimorando a argumentação e ideia previamente sugerida por Luís Felipe Salomão (Ministro do Superior Tribunal de Justiça), tomou a iniciativa para a criação do projeto de lei número 2.833/2019, que almeja elencar a obsolescência programada, e a respectiva reparação dos seus efeitos, no Código de Defesa do Consumidor (SENADO, 2019).

É considerável lembrar que o Código de Defesa do Consumidor não transcreve expressamente a “obsolescência programada”, não estando no rol taxativo de práticas abusivas do Código (CORNETTA, 2016, p.152). Enquadra-se a obsolescência programada como vício oculto, a partir do art. 26 § 3º CDC, podendo ser um vício mediato, sendo a obsolescência programada uma subclassificação do vício oculto. Com o intuito de recortar o contexto do vício oculto para a obsolescência programada o então ministro do Supremo Tribunal de Justiça em 2015, Luis Felipe Salomão, dirigiu sua principal ideia ao autor relator da proposta de lei Jean Paul Prates, a qual consistia em delimitar que a responsabilidade dos fornecedores de bens duráveis siga aferição do prazo de vida útil do produto e não o da garantia contratual (SENADO, 2019).

Sobre a prática da obsolescência planejada, o referido ministro fala e exemplifica a sua prática recorrente:

[...] São exemplos desse fenômeno: a reduzida vida útil de componentes eletrônicos (como baterias de telefones celulares), com o posterior e estratégico inflacionamento do preço do mencionado componente, para que seja mais vantajoso a recompra do conjunto; a incompatibilidade entre componentes antigos e novos, de modo a obrigar o consumidor a atualizar por completo o produto (por exemplo, softwares); o produtor que lança uma linha nova de produtos, fazendo cessar açodadamente a fabricação de insumos ou peças necessárias à antiga. (BRASIL, 2012)

As propostas de Jean Paul Prates, iniciadas em 2019, para a normatividade no Código do Consumidor sobre a prática da obsolescência programada são: I. a inserção no Código da obrigatoriedade do fornecedor de bens duráveis na análise e equiparação dos seus produtos com o critério estimado de vida útil, não vinculado mais somente ao critério da garantia contratual; II. a taxatividade na norma, como a “obsolescência programada” sendo classificada como uma “prática abusiva”; III. a previsão na norma em orientar que os fornecedores informem nos produtos a sua estimativa de vida útil ou o número de utilizações previstas; IV. Por razões ambientais, a imposição da responsabilidade dos fornecedores de produtos que são maléficis ao meio ambiente, em coletarem equipamentos obsoletos, como meio de penalidade e reequilíbrio ambiental; V. a inclusão de multas administrativas a empresas que, após análise de provas e confirmação, verdadeiramente utilizem a prática da obsolescência programada em suas mercadorias (RODAS, 2015).

Percebe-se, até então, uma preocupação em classificar a “obsolescência programada” no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e rotular suas penalidades para aqueles que usufruem da prática da obsolescência de forma desenfreada. Para William Cornetta (2016, p.152), a fragilidade da argumentação, nos tribunais, se deve a falta de informação sobre a estimativa de vida útil do produto, questão a qual faz juz os itens “I” e “III” da proposta de lei apresentada; sobre os demais itens, “II”, “IV”, e, “V”, podemos fazer analogia com a fala do autor que alega que a prática da obsolescência planejada não é nem sequer tratada indiretamente pelo diploma consumerista, não havendo também em consequência critério preventivo ou reparatório para combater ou ao menos evitar a continuidade de demasiado fenômeno na realidade. Daí se faz então a necessidade de acrescentar a temática no CDC.

Ainda em continuidade das propostas, os demais itens a seguir se referem a ideias acerca de ações governamentais e medidas burocráticas para o enfrentamento da obsolescência programada, assim dispõem: VI. normatização e fiscalização quanto à vida útil estimada dos produtos em determinadas repartições industriais, tais como o de eletroeletrônicos e de peças automotivas seguindo o dever de garantia na duração desse prazo estipulado, podendo ser regulamentada pela Secretaria de Direito Econômico, pelo Ministério da Justiça ou pelo Inmetro; VII. a realização de uma certificação de garantia para empresas que devidamente se comprometeram a realizar seus trabalhos com primazia e isenção da prática da obsolescência planejada em sua produção, programa que essa certificação “anti-

obsolescência” poderá ser emitida pelos iguais órgãos sugeridos no item anterior, com ampliação de sugestividade também, para os órgãos ambientais; VIII. o favorecimento de contratação das empresas com certificação “anti-obsolescência” nas atividades de licitação (RODAS, 2015).

Por fim, além do caráter reparatório, suas ideias são acrescidas de um critério preventivo, de conscientização acerca da temática, adicionando que: IX. Deve-se incentivar a criação de disciplinas escolares que eduquem a respeito do consumo consciente e sustentável; X. notificar previamente sobre possíveis atualizações dos sistemas, ou readequação das peças que poderá comprometer uma futura troca de uma estrutura do aparelho. Nesse último item podemos citar o exemplo da atualização de softwares que pode deixar os aparelhos de celulares antigos mais lentos, por não capacitarem estruturas técnicas para tais novas atualizações. (RODAS, 2015).

Cornetta (2016, p.16) retrata a urgência da conscientização na sociedade sobre o consumo sustentável, uma vez que práticas consumistas, como a obsolescência planejada, comprometem a sobrevivência das presentes e das futuras gerações. Neste sentido Assumpção (2017, p.24) afirma que uma reeducação dos consumidores, em conjunto com uma legislação que coloque responsabilidades às respectivas indústrias de consumo, poderão ajudar em uma mudança significativa de cenário. Nessa premissa, o item “IX” da proposta de lei parece perguntar-se: em que espaço/tempo melhor haveria para iniciar a conscientização do consumo consciente do que na escola, no desenvolver da infância e da juventude?

O último item tópico da proposta de lei, se entrar em vigor, complementaria o Direito de Informação do consumidor, princípio que é previsto no artigo 6º, inciso III, do CDC, o qual regulamenta a informação adequada acerca dos diferentes produtos e serviços; qualificando como sendo direitos básicos do consumidor: quantidade, características, composição, qualidade, tributos, preço e riscos do manuseio do produto.

A proposta de lei foi redigida e apresentada durante o processo de modernização do Código de Defesa do Consumidor, foi então uma maneira de aproveitar a revisão das leis que já haviam sido estabelecidas, para servir-se da possibilidade de normatizar a prática da obsolescência programada. Observa-se que, esse projeto de lei atualmente encontra-se para revisão da sua redação pela relatoria da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Defesa do Consumidor (CTFC), desde o datar de 04/07/2019. Contudo, foi

desde o ano de 2012, que na casa brasileira do senado, criou-se uma comissão temporária para analisar os projetos de lei nº 281, 282 e 283 de 2012 que sugerem alterações no Código de Defesa do Consumidor (SENADO, 2019).

Resumidamente, o projeto de lei nº 281/2012 regulamenta sobre o comércio eletrônico, estando a sua última apreciação no plenário da casa revisora, contudo não constava no sistema de consulta legislativa o seu último andamento. Por consequente, a lei nº 282/2012 buscava aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas, e fora arquivado por razões de não ter sido votada ao tempo de legislatura do senador que propôs a lei. Por fim, a lei nº 283/2012 a única dentre as listas que já fora aprovada e entrou em vigor, almeja atender a regularização sobre a proteção do consumidor ao superendividamento, ganho igualmente importante das leis consumeristas (SENADO, 2019).

Sobre a falta de protagonismo de um assunto contemporâneo no mercado de consumo brasileiro, o relator originário Jean Paul Prates posicionou-se, fazendo jus à prática da obsolescência programada e a reforma de leis do CDC, afirmou:

Nada obstante a expectativa criada em torno da introdução do tema naquela oportunidade legislativa, as emendas 33, 34, 35 e 36 ao PLS nº 281, de 2012, apresentadas após o julgado, não trataram da obsolescência programada. Acreditamos que esta Casa Parlamentar não pode mais se omitir quanto à temática, que já ganhou o debate da União Europeia (PRATES, 2019).

De fato, pode-se perceber que os países pertencentes à União Europeia apresentam um combate mais ativo no que tange a prática da obsolescência planejada. Além do parecer do Comitê Econômico e social Europeu retratando o consumo consciente e a prática da obsolescência planejada, em texto designado “por um consumo mais sustentável: ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida” redigido a população local, têm-se leis implementadas em alguns países sobre a temática, tais como a lei número 429 da França, a resolução belga número 5-1251/1 (CORNETTA, 2016, p.45, 158-159), além do projeto de lei português designado neste ano, 2020, que visa criar parâmetros preventivos à obsolescência programada diante da fabricação dos produtos (EUROPARL, 2020).

Também difundido na Europa, mais especificamente na Espanha, dando visibilidade ao combate da obsolescência, foi criado o Movimento Sem Obsolescência programada (SOP) tendo como objetivos principais: informar quanto a prática da obsolescência programada e seu reflexo na sociedade de consumo, tentar incentivar as empresas a colocarem produtos com

longa duração objetivando também a ampla concorrência, e, tentar unir os movimentos sociais a fim de mudar a estrutura de modelo econômico atual (MACEDO, 2019).

Desse modo, é com tais exemplos que o Código de Defesa do Consumidor poderá se espelhar e seguir adiante aprimorando as ideias no enfrentamento da obsolescência planejada. Devendo almejar com os princípios da informação e da boa-fé objetiva, atendendo, em consequência, as expectativas do consumidor do seu público brasileiro.

6. CONCLUSÃO

Os estudos doutrinários para a definição da obsolescência programada foram essenciais para o enlace com os dois pontos principais: a expectativa, e o direito, ambos os termos referentes ao consumidor. Definições como a do Centro Europeu de Consumo (página 6) que tratam da necessidade de haver intencionalidade para que seja classificada como obsolescência programada, foram pontos chaves para elencar com princípios do direito do consumidor, tal qual o princípio da boa-fé objetiva.

A obsolescência programada, conhecida também como obsolescência planejada, se define como uma técnica de redução da vida útil daquela determinada mercadoria, aplicada de maneira intencional. Percebe-se que no Código de Defesa do Consumidor esta é vinculada à definição de vício oculto, presente nos seus artigos 26, § 3º, e 18, respectivamente; ressalta-se aqui, que a obsolescência planejada é retratada, portanto, de maneira genérica sem especificidade na norma. Ainda assim, na realidade fática, enfrenta-se resistências para qualidade de serviço prestado ao consumidor, a exemplo, das dificuldades de reparo nas mercadorias compradas pelos consumidores, pela assistência técnica responsável, mesmo que na entrevista realizada 250 respondentes (gráfico 4) tenham afirmado que a assistência técnica é uma demanda importante no processo de escolha do produto, conforme os dados fornecidos pela pesquisa empírica de Lia Assumpção.

Conclui-se ainda que, embora o pronunciamento do Supremo Tribunal de Justiça em relação à temática, declarando que há uma inadequação da boa-fé objetiva mediante as relações de consumo no que visa a prática da obsolescência programada, reconhecendo-a e contornando parâmetros de acordo com a norma, ainda não se contempla um consolidado alinhamento na interpretação nos julgamentos dos Tribunais do Estado de São Paulo em todas as esferas, observando-se julgamentos que recorrem a segunda instância compreendendo uma apreciação

diferenciada, como no caso do processo citado da Electrolux S/A. Co-criando disparidades, em alguns julgamentos, no âmbito da justiça nos Tribunais. Fazendo analogia aos demais países da Europa mencionados, tais como a Bélgica, a França, e a Espanha que já se encontram com uma indicação direta acerca da temática abordada, a legislação brasileira se encontra com poucos complementos normativos que possam defender o consumidor, dando margem a sua vulnerabilidade quando se depara com esta prática.

Verifica-se ainda que iniciativas sociais como o Movimento Sem Obsolescência Programada (SOP), e propostas de lei como a de número 2833/2019, ou outras que porventura vierem a existir, poderão contornar as desavenças da obsolescência programada em relação às expectativas dos consumidores, propondo uma nova funcionalidade para as práticas de consumo.

Assim como toda colaboração científica, este artigo tem intuito de informar, dar acessibilidade do conhecimento ao público interessado. Valendo-se da compreensão de que o saber não finda o seu ciclo, mas possibilita um campo amplo para a realização de novas pesquisas acerca da obsolescência planejada. A compreensão dos efeitos jurídicos no tempo, após a possível reforma da proposta de lei número 2833/2019, ou até mesmo um estudo de campo com um público mais variado, poderá ser de grande valia em trabalhos futuros que pretendam explorar o tema.

REFERÊNCIAS

ASSUMPCÃO, Lia. **Obsolescência programada, práticas de consumo e design: uma sondagem sobre bens de consumo**. 2017. Dissertação (Mestrado em Design e Arquitetura) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. doi:10.11606/D.16.2018.tde-11012018-123754. Acesso em: 12 de Dez. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 9788537808603. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788537808603/>. Acesso em: 28 de agosto de 2020.

BESSA, Leonardo; MOURA, Walter. **Manual do Direito do Consumidor**. 4ª edição. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor: SENACON, 2014. Disponível em : < <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf> > Acesso em: 08 de Novembro de 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso Especial. Resp 1003849-22.2017**. Relator : Daniel Ovalle da Silva Souza. Acórdão em: 28/07/2017. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=752787&cdForo=9000>>. Acesso em: 24 de junho de 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.123.004-DF, DJe 9/12/2011. REsp 984.106-SC**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/10/2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/cdc-protoger-consumidor-obsolescencia.pdf>> Acesso em: 16 de novembro 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso Especial. Resp 0010226-17.2013.8.26.0032**. Relator : Marcondes D'Angelo . Acórdão em 07/12/2016. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 18 de maio de 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 2833/2019**, adiciona inciso ao art. 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para vedar a obsolescência programada.14/052/2019. Disponível em:<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7951777&ts=1594034523565&disposition=inline> > .Acesso em 8 de novembro de 2020

CORNETTA, William. **A obsolescência como artifício usado pelo fornecedor para induzir o consumidor a realizar compras repetitivas de produtos e a fragilidade do CDC para combater esta prática**. 2016. 187 páginas.- (pesquisa de Doutorado em Direito) . Universidade católica de São Paulo - PUC. São Paulo, 2016.

DIANA, Daniela. **O que é consumismo?** Toda matéria, 2020 Disponível em:<<https://www.todamateria.com.br/o-que-e-consumismo/#:~:text=O%20consumismo%20%C3%A9%20caracter%20%C3%ADstico%20da%20da%20expans%C3%A3o%20da%20globaliza%C3%A7%C3%A3o.&text=Essa%20postura%20consumista%20surgiu%20a,consequentemente%2C%20do%20consumo%20de%20produtos>>. Acesso em: 24 de junho de 2020.

EUROPEU, Parlamento. **Medidas de combate à obsolescência programada**. 2020 Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-000158_PT.html> Acesso em: 18 novembro de 2020.

FERREIRA, Aurélio. **Míni Aurélio: o Dicionário da língua portuguesa**. 6^a ed.rev. e atualizada. Curitiba: Positivo, 2006.

OBSOLESCÊNCIA. In: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7 graus, 2020. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/obsolencia/> > Acesso em: 18 de Maio de 2020.

JUNIOR, João Luiz Cunha. **Vício oculto, você sabe o que é**. Jusbrasil, 2014 Disponível em <<https://joaoluizcunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/183881141/vicio-oculto-voce-sabe-o-que-e->> Acesso em: 26 de julho de 2020.

MACEDO, Roberto . **O que é Obsolescência Programada ?** Jusbrasil, 2019 Disponível em: < <https://robertofdemacedo.jusbrasil.com.br/artigos/747990233/o-que-e-obsolencia-programada> > Acesso em: 28 de Outubro de 2020.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo; Editora Saraiva, 2019.9788553607532. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607532/>. Acesso em: 26 maio de 2020.

PACKARD, Vance. **Estratégia do Desperdício**. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A (IBRASA), 1965.

PADILHA, Valquíria. **Obsolescência Planejada: armadilha silenciosa na sociedade de consumo**. Diplomatieque, 2013. Disponível em:<<https://diplomatieque.org.br/obsolencia-planejada-armadilha-silenciosa-na-sociedade-de-consumo/>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020

PAULA, Flávio Caetano. **Natureza do prazo do parágrafo 1º, artigo 18, do CDC é decadencial**. Conjur,2017 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/garantiasconsumo-natureza-prazo-paragrafo-artigo-18-cdcdecadencial2#:~:text=O%20fornecedor%2C%20ao%20colocar%20no,v%C3%ADcio%20em%20at%C3%A9%2030%20dias>>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

PROCON. **Garantia legal e garantia contratual**, PROCON RJ, 2012 Disponível em: < <http://www.procon.rj.gov.br/index.php/publicacao/detalhar/399> > Acesso em: 24 de Novembro de 2020.

RODAS, Sérgio. **CDC deve proteger consumidor da obsolescência programada**, diz ministro. Consultor jurídico (CONJUR), 2015. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/cdc-combater-obsolencia-programada-ministro-saloma0#:~:text=Poucos%20precedentes&text=A%20raz%C3%A3o%20disso%20%C3%A9%20a,muita%20literatura%20sobre%20o%20assunto%E2%80%9D>> . Acesso em: 28 de

Outubro de 2020

SLADE, Giles. **Made to break: technology and obsolescence in America**. Disponível em: <<https://cursosupla.files.wordpress.com/2015/12/slade-g-made-to-break-technology-and-obsolescence-in-america-2007.pdf>>. Acesso em: 26 de julho 2020.

SOUZA, Lizandra. **Indenização por dano moral e material tem prazo para ser pleiteada na Justiça**. Disponível em: <<https://lizandrasouza.jusbrasil.com.br/noticias/114153746/indenizacao-por-dano-moral-e-material-tem-prazo-para-ser-pleiteada-na-justica#:~:text=Sobre%20o%20prazo%20prescricional%2C%20o,C%3B3digo%20de%20Defesa%20do%20Consumidor>>. Acesso em: 02 de maio 2020.

A PRIVAÇÃO DA VIDA:

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE À PANDEMIA DE COVID-

19.

Ana Carolina Neves Cavalcanti¹

RESUMO: A questão do Sistema Carcerário brasileiro há tempos tem sido debatida, tanto em relação às péssimas condições estruturais, quanto ao que tange a violação de direitos humanos e fundamentais. No contexto pandêmico, tal situação se repete, contudo, com outro problema envolvido: o novo coronavírus (COVID-19). Para tanto, é preciso de mudanças nas raízes históricas e sociais, para em seguida, buscar reformas estruturais que levam ao descaso com o sistema prisional e com a população carcerária, principalmente, durante essa emergência mundial que o vírus tem causado. Então, é possível dizer que o Governo Brasileiro tem adotado medidas para impedir o avanço do vírus dentro dos presídios e garantir o princípio à vida da população carcerária, assim como seus direitos? Este presente artigo busca esclarecer e debater de forma crítica tais conflitos. Com o uso do método de pesquisa dedutivo, método de procedimento histórico, técnica de pesquisa monográfica, chegou-se à conclusão de que o Brasil não respeitou os direitos de seus cidadãos encarcerados, já que a partir do viés de uma Necropolítica, desprezou medidas de prevenção de transmissão do vírus, como também não realizou testagem em massa, garantindo alta quantidade de infectados subnotificados, acarretando na violação de tais direitos antes mencionados.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penitenciário brasileiro. Pandemia Covid-19. Necropolítica. Sistema Único de Saúde SUS. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The issue of the Brazilian Penitentiary System has long been debated, both in relation to the precarious structural conditions, as regards the violation of human and fundamental rights. In the pandemic context, however, this situation is repeated with another problem involved: the new coronavirus (COVID-19). For that, changes in historical and social roots are needed, and then to seek structural reforms that lead to dismay of the prison system and the prison population, mainly during this worldwide that the virus has caused. So, it's possible to say that the Brazilian Government has adopted measures to prevent the advance of the virus inside prisons and guarantee the principle to the life of the prison population, as well as their rights? This article seeks to clarify and critically debate such conflicts. With the use of the deductive research method, historical procedure method and monographic research technique, it was concluded that Brazil did not respect the rights of its incarcerated citizens, since from the bias of a Necropolitics, it disregarded measures to prevent the transmission of the virus, as well as did not perform mass testing, ensuring a high number of underreported infected, resulting in the violation of such rights mentioned above.

KEYWORDS: Brazilian Penitentiary System. Covid-19 pandemic. Necropolitics. Health Unic System. Fundamental rights.

¹ Graduanda em direito pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: acavalcanti@id.uff.br

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito fundamental à saúde: Covid-19 e o cárcere; 3. A Necropolítica no Sistema Penitenciário; 4. Conclusão; 5. Referência.

1. INTRODUÇÃO

O Sistema Penitenciário brasileiro há tempos é palco de muitos debates. Seja por uma linha de pensamento no qual o Estado tenta garantir mais segurança para a população por meio de suas ações punitivistas, seja pelo viés das péssimas condições subumanas nas quais os encarcerados e os cárceres se encontram, marcados muitas vezes pela desigualdade de raça e classe social. Apesar de crenças populares marcadas por preconceitos alegarem que os detentos devem ser isentos de direitos, está previsto na Constituição Federal que, assim como os demais brasileiros, a população carcerária deve ser tratada de forma digna, gozando de seus direitos fundamentais. Contudo, essa não é uma realidade, principalmente em meio à pandemia de Covid-19 que se iniciou em 2020 e está assolando o mundo com um vírus de alta transmissibilidade.

Então, questiona-se: o governo brasileiro agiu para evitar a propagação do novo coronavírus dentro do Sistema Penitenciário? Quais foram as medidas do Estado para garantir os direitos humanos e fundamentais da população carcerária durante a pandemia?

O objetivo deste trabalho é debater sobre a violação dos Direitos Humanos e Fundamentais, principalmente o direito à saúde e à vida, no contexto pandêmico da população carcerária brasileira. Além disso, debater de forma crítica acerca dos conflitos históricos e sociais que estão envolvidos no descaso governamental no Sistema Único de Saúde (SUS) e dentro dos presídios. Ainda, buscar entender quais foram as ações realizadas pelo governo que buscaram reduzir a infecção dos detentos pelo vírus da Covid-19.

Para tanto, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, derivando de princípios gerais dos Direitos Humanos para os artifícios do ordenamento brasileiro, como é o caso dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como partindo do contexto geral da pandemia do novo coronavírus para a situação específica em questão dos cárceres brasileiros. Quanto ao método de procedimento, foi utilizado o histórico e como técnica de pesquisa, a bibliográfica. O método de procedimento foi adotado com o objetivo de contextualizar os motivos históricos que levaram à questão atual dos cárceres e toda ação governamental de

descaso. Em relação à técnica de pesquisa bibliográfica, buscaram-se artigos e livros que tratassem sobre o assunto para embasar os argumentos aqui defendidos.

No primeiro capítulo será apresentado um breve debate acerca dos Direitos Humanos e Fundamentais, abrangendo a criação do SUS e sua importância dentro do Sistema Penitenciário, uma breve explanação sobre a pandemia de Covid-19 e a situação dos cárceres brasileiros. No segundo capítulo, será debatido sobre a postura punitivista do Estado, o encarceramento em massa, a superlotação dos presídios, as medidas do governo em relação à pandemia e, por fim, a Necropolítica correlacionada com o fenômeno da morte social.

Sendo assim, passa-se agora ao primeiro item, que tratará sobre o direito à saúde e a situação carcerária do Brasil durante a pandemia do COVID 19.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: COVID 19 E O CÁRCERE

Em 1948, países membros da Organização das Nações Unidas (ONU) reuniram-se com a finalidade de criar a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Essa Declaração tem como finalidade assegurar a dignidade da pessoa humana e resguardar direitos inatos a todo ser. Diante da fragilidade humana na metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, as nações constituintes da ONU precisavam criar leis universais para assegurar que a barbárie não infringisse os princípios e valores que toda pessoa é dotada. Assim, os Direitos Humanos foram constituídos e buscam zelar por direitos inalienáveis a todo ser: o direito à vida, à liberdade e à dignidade (PEQUENO, 2016, p. 26-30).

O artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em concordância aos artigos 1º e 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), resguarda a vida e a dignidade como Direitos Fundamentais de qualquer pessoa.

Os direitos fundamentais são direitos inalienáveis criados no pacto social entre o Estado e seus cidadãos, sendo estes direitos semelhantes aos direitos humanos. Contudo, são próprios de cada país, os quais devem ser garantidos por suas respectivas constituições. Dessa forma, esses direitos devem valorizar a dignidade humana e fornecer condições necessárias para que todos tenham uma vida íntegra e digna. Para isso, devem ser levados em consideração alguns fatores, como as características histórico-culturais de sua nação, a efetividade, pois cabe ao Poder Público efetivá-lo e inviolabilidade, já que não pode ser violado, devendo o Estado zelar por esse direito da sua população (SILVA, 2006, p. 3).

Sendo assim, cabe ao Estado garantir e defender todas as condições necessárias para a garantia desses direitos. Dentre essas condições para garantia da vida, está a saúde, uma condição necessária para a perpetuação do princípio à vida.

Conforme proclama o Artigo 196 da Constituição Federal sobre o direito à saúde da população, “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).

Dessa forma, o Estado brasileiro deve prover, de forma independente e sem distinção de qualquer pessoa, saúde pública de qualidade, como demanda o Estado Democrático de Direito.

Proposto pela Constituição Federal de 1988 e consolidado pela Lei Orgânica da Saúde em 1990 - Leis n.º 8.080 e n.º 8.142 (BRASIL, 1990), o Sistema Único de Saúde (SUS) é um sistema de saúde pública do governo brasileiro, uma conquista da sociedade civil e que busca oferecer a universalização da saúde e cumprir o dever do estado da saúde como direito de todos.

Ao longo de sua implementação, buscou-se diversos objetivos que pretendiam descentralizar a questão da saúde, a partir do repasse de verba para os estados, e dos estados para os municípios a fim de que o Sistema Único de Saúde chegasse a todos os locais do país, garantindo-se assim maior cidadania aos habitantes do Brasil e universalidade quanto aos seus direitos.

Assim, o SUS engloba uma vasta intersetorialidade, unindo-se com a esfera social a partir de parceria com a Assistência Social e diagnosticando quais são as maiores necessidades médicas e ambulatoriais da população, como o programa dos Postos de Saúde da Família (PSF). Na Educação, oferece campanhas de conscientização em escolas, como entrega de cartilhas educativas e realiza campanhas de vacinação em estudantes. Em relação à infraestrutura, o SUS repassa verbas para a construção de hospitais e centros de atendimento, como policlínicas, além de atuar na questão sanitária, evitando a proliferação de vetores epidemiológicos e doenças (BRASIL, 2002).

Apesar do SUS ser um sistema público que atende parcela significativa da sociedade, encontra diversos problemas quanto à sua oferta e estrutura. Logo após sua implementação, houve grande entusiasmo governamental para suprir as necessidades da população e garantir seus direitos. Contudo, ao longo dos anos, houve o sucateamento do Sistema com distribuição desigual quanto às regiões que mais necessitavam e cortes de verbas referentes à área da saúde,

gerando diversos empecilhos para o cumprimento dos direitos sociais e fundamentais da população.

Uma estrutura hospitalar antiquada e comprometida marcada por anos sem reformas necessárias, abandono de obras que busquem trazer melhorias, péssimas condições de trabalho e baixos salários, má gestão e alta demanda de procura por médicos e tratamentos hospitalares são apenas alguns obstáculos que criam um cenário crítico e colapsado para a sociedade brasileira (BARRETO; MEDEIROS; SILVA, 1999).

Assim sendo, é possível notar a diversa abrangência do SUS, mesmo que com diversos empecilhos e dificuldades para sua permanência e efetividade. Porém, há um local no qual o Sistema Único de Saúde atua, mas é do conhecimento de poucas pessoas: o Sistema Carcerário brasileiro.

Os presídios são locais que ficam à margem da sociedade e, conseqüentemente, a participação do SUS também é precária nos cárceres. A quantidade de doenças e infecções que são transmitidas dentro dos presídios são bastante elevadas, dentre os principais motivos para tal cenário estão a falta de condições de higiene, locais que abrigam grande quantidade de pessoas reunidas e a debilitação da saúde causada pelo encarceramento.

Em 2003, a Portaria Interministerial nº 1.777 (BRASIL, 2003) estabeleceu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), que visava garantir que detentos tivessem direito ao SUS e todos os demais programas abrangidos pelo sistema, além de garantir que seus direitos fundamentais, como os dos demais cidadãos à saúde e à dignidade, fossem promovidos (BRASIL, 2005).

O PNSSP também buscava reformas estruturais objetivando melhores condições sanitárias e de higiene, a exemplo de maior ventilação dentro dos cárceres, instalação de esgoto e água potável, controle de pragas e vetores, entre outros. Ademais, o principal objetivo do PNSSP era instalar ao menos um centro de cuidados mínimos dentro de cada penitenciária do Brasil, a fim de reduzir não apenas doenças e infecções recorrentes como a AIDS e IST's, mas também outras doenças com alta transmissão e novos casos, como a tuberculose, transtornos mentais e hepatites, por exemplo (BRASIL, 2005, p.9-55).

Não obstante, o PNSSP não foi totalmente eficiente ao tentar instalar em cada instituição penitenciária um dispositivo médico que pudesse oferecer saúde e os direitos fundamentais da população carcerária, em grande parte devido ao descaso público com essa parcela da população e devido à política reducionista. Assim, segundo dados apresentados em 2019, 30% (trinta por

cento) de todos os estabelecimentos penais não tinham sequer um espaço mínimo ou complementar dos módulos de saúde propostos pelo PNSSP. Ou seja, isso significa que 369 (trezentas e sessenta e nove) penitenciárias brasileiras não possuem enfermarias para qualquer coisa que possa acontecer ou até mesmo acompanhamento médico para alguma doença ou emergência (BRASIL, 2019).

No final de 2019 foi descoberto na República Popular da China um vírus com alta transmissibilidade, que entre seus principais sintomas estavam quadros de doenças respiratórias. O COVID-19 (SARS-CoV-2) é um vírus altamente transmissível e com sintomas semelhantes a uma gripe, como febre e tosse, além de apresentar especificidades como a perda do paladar e do olfato. Ainda, o vírus é capaz de se manifestar de modo grave em pessoas com comorbidades preexistentes e, em alguns casos, levar à morte (MEYER, VELAVAN, 2020).

Em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou pandemia, devido à fácil transmissão do vírus por vias aéreas. O mundo estava correndo grande risco, com milhares de casos notificados diariamente e alta taxa de pacientes necessitando de cuidados hospitalares, o que era outro grande problema, pois muitos países não tinham estrutura suficiente para suprir tal demanda inesperada e pelo fato de ser um vírus novo. Além do mais, não havia estudos que comprovassem sua manifestação em diferentes organismos e locais geográficos do mundo. E, principalmente, não existiam vacinas para o seu combate (OMS, 2020).

O Brasil, um dos países mais afetados pela pandemia, enfrentou desafios desde os primeiros casos notificados. As políticas adotadas pelo Governo Federal não foram suficientes para amenizar o impacto da pandemia, e as recomendações da Organização Mundial da Saúde não foram acatadas por milhares de brasileiros que não cumpriram o isolamento social da maneira correta e o uso de máscaras e álcool em gel como forma de prevenção (OMS, 2020).

Ademais, a pandemia serviu para reforçar as desigualdades sociais que assolam o país por séculos, como o aumento da pobreza, da fome e do desemprego. Ainda, além das questões sociais serem um problema crônico, outro conflito reforçou tal questão: a instabilidade política. Eleito em 2018, o presidente Jair Messias Bolsonaro, considerado por muitos de extrema direita, criou conflitos de ordem institucional e governamental. Na pandemia, seu governo demonstrou uma política negacionista e pouco eficaz ao enfrentamento da pandemia, ocasionando um grande número de brasileiros mortos e/ou infectados pelo vírus (COSTA; RIZZOTTO; LOBATO; 2020).

Um dos principais locais que foram atingidos pelo alto contágio do vírus, foram os presídios brasileiros. Há tempos o sistema carcerário brasileiro sofre com problemas de insalubridade, superlotação, falta de água, alimentação de má qualidade, alta proliferação de doenças e infecções, entre outras questões desumanas. Além do mais, muitas facções criminosas atuam dentro dos presídios, garantindo a circulação de drogas e meios eletrônicos, possibilitando assim, que os presos tenham contato com o mundo exterior. Rebeliões e motins também são muito comuns dentro das prisões; além de ser uma resposta ao Sistema que degrada e oferece condições subumanas para os carcerários, esses conflitos são extremamente danosos e podem resultar na morte de alguns detentos (BRASIL, 2015).

Relacionando com o contexto atual, a questão das penitenciárias brasileiras demonstra-se um local de risco para a vida dos detentos durante a pandemia de COVID-19. Levando em consideração a ausência do PNSSP em muitos cárceres, além da situação estrutural e populacional que dificulta o entendimento com exatidão de quais são os maiores grupos de risco com comorbidades, e com a ausência dos módulos de saúde, como é possível verificar doenças preexistentes em todos os presos considerando ainda a alta taxa de transmissibilidade de doenças?

Diante do exposto, é notório que a condição do sistema carcerário brasileiro é degradante e fere os princípios constitucionais, principalmente no contexto pandêmico. Assim, como o Brasil está lidando e conduzindo as medidas de prevenção e combate ao coronavírus no cárcere? Como isso fere o direito fundamental à saúde e à vida da população carcerária?

No próximo capítulo questões como o encarceramento em massa, a superlotação, a falta de testagem e a subnotificação de infecções pelo novo Coronavírus serão debatidos no viés da Necropolítica estatal que causa a violação dos Direitos Humanos e a transgressão da Constituição Federal no sistema penitenciário.

3. A NECROPOLÍTICA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Como já abordado, a situação do Sistema Carcerário brasileiro é um problema crônico e que envolve diversas esferas, como a social, a humanitária, a sanitária, a da saúde, entre outras. Durante a pandemia, essa situação tem se agravado e colocado em risco a vida e a saúde de milhares de pessoas que fazem parte da população carcerária, tanto pela situação estrutural,

como pela falta de suporte necessário capaz de garantir a integridade durante uma crise sanitária.

O encarceramento em massa, fenômeno que vem ganhando força a partir da segunda metade do século XX, tem se demonstrado um grande problema social e estrutural em todo o mundo com o avanço das pautas neoliberais. O encarceramento em massa ocorre quando há o crescimento em grande escala das penas de reclusão de liberdade, principalmente, destinada a certos grupos sociais.

As ações mais autoritárias do Estado e políticas punitivistas de repressão, a exemplo da política chamada “Tolerância Zero” e o enrijecimento de leis penais, são alguns dos motivos que levam à questão do encarceramento em massa, tanto por serem leis que na maioria dos casos optam pela reclusão de liberdade, no lugar de penas alternativas, como pelo fato de que há o achismo sobre que uma postura mais rígida e intolerante do Estado levaria à ordem social e, conseqüentemente, mais segurança para os cidadãos (MINHOTO, 2020, p.2-8).

Ainda, a maior criminalização de certos comportamentos sociais, associados à marginalização de grupos sociais menos favorecidos, acaba virando alvos dessa política repressiva, que cada vez mais age para repreender essas pessoas e criminalizá-las (MINHOTO, 2020, p. 2-8).

De acordo com David Garland (2008, p. 59-60), as prisões se reinventaram nos últimos anos. Um lugar que seria anteriormente apenas para o cumprimento de penas de privação de liberdade dos presos, nos dias atuais cumpre o papel de uma instituição corretiva e punitiva. A partir do encarceramento de grupos sociais marginalizados, busca-se puni-los e corrigi-los, para assim gerar segurança social. Contudo, tal prática demonstra-se ineficaz, visto que não há nenhuma política e/ou medida que busque a ressocialização desse detento com a finalidade de garantir que ele ao cumprir sua pena volte à sociedade sem cometer outro crime ou delito.

Dessa forma, a partir da massificação do encarceramento criou-se outro problema: a superlotação dos cárceres. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em 2020, existiam apenas 455 (quatrocentas e cinquenta e cinco) mil vagas para abrigar uma população carcerária de 668 (seiscentas e sessenta e oito) mil, ou seja, um déficit de 213 (duzentos e treze) mil vagas (BRASIL, 2020). Essas pessoas que ficam sem vaga acabam sendo inseridas em celas que já estavam no seu limite populacional, gerando a superlotação.

A superlotação nos presídios acarreta outras questões, como a falta de água, aumento das insalubridades, maior risco da disseminação de doenças, falta de itens para a higiene pessoal, entre outros fatores que geram condutas degradantes para a vida dos presos.

Em 2015, durante um julgamento, o Supremo Tribunal Federal (STF) já debatia sobre a violação dos Direitos Humanos e dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, nos quais a dignidade da pessoa humana era violada todo momento com a superlotação das celas, gerando tratamento desumano e degradação do ser, indo contra os direitos sociais e fundamentais dos encarcerados (BRASIL, 2015, p.8-9).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos durante o mesmo julgamento alegou que os presídios brasileiros oferecem “situações de risco à proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país” (BRASIL, 2015, p. 10).

A superlotação, a falta de recursos básicos para a higiene pessoal e assistência médica tornam-se barreiras para o cumprimento das recomendações da OMS e de órgãos competentes como forma de prevenção da transmissão da COVID-19. Assim sendo, as condições dos presídios brasileiros, que já são conflituosas em tempos normais, em contexto pandêmico, tornam-se ainda piores.

Outrossim, deve-se atentar para a falta de testes em larga escala tanto na população em geral, como na carcerária. A testagem em massa é fundamental para o reconhecimento das pessoas infectadas e para afastá-las o mais rápido possível do contato social para que se evite a transmissão do vírus. A falta de testes dentro do sistema carcerário é um risco tanto para quem está em situação de privação de liberdade, que tem contato direto aos agentes penitenciários que convivem com pessoas no mundo exterior infectadas, como vice-versa para quem trabalha dentro dos presídios e tem que conviver diariamente com possíveis infectados pelos vírus (FAPESP, 2020).

Segundo pesquisa realizada em maio de 2021, mais de 80% (oitenta por cento) dos presídios de 14 (quatorze) estados da federação foram atingidos pelo surto da pandemia (PÚBLICA, 2021). Esse fato representa que houve falha do Estado tanto em prevenir o contágio dentro do sistema carcerário como também demonstra a subnotificação de casos do novo coronavírus dentro dos presídios, uma questão que tem sido pouco debatida pela sociedade, mas que infelizmente é uma realidade atual.

A subnotificação ocorre quando os casos não são notificados e ficam fora das estatísticas oficiais do governo, ou seja, sugere uma falsa ideia de controle da pandemia dentro dos presídios, quando na verdade as taxas de infectados podem estar muito maiores. Esse fato também dificulta a ação de políticas e medidas que visem o combate à pandemia nas penitenciárias, já que quando não há o registro de casos, não é tomada nenhuma medida para frear a curva de novas infecções pela doença.

De acordo com outra pesquisa realizada, a letalidade do vírus pode ser até 5 (cinco) vezes maior dentro do sistema carcerário (PAULUZE, 2020). Isso se dá, em grande parte, devido aos fatores antes citados (condições insalubres, falta de produtos de higiene e água, saúde reduzida devido ao encarceramento, superlotação, falta de acompanhamento médico pelos detentos) que, somados, geram tal condição. O próprio encarceramento acaba debilitando a saúde e a imunidade dos indivíduos, criando maior propensão a desenvolver ou adquirir algum tipo de infecção mais grave (CARVALHO; SANTOS; SANTOS, 2020, p. 4).

A própria estrutura marcada por celas em péssimas condições, falta de água e produtos de higiene para manter o mínimo de dignidade dos detentos, alimentação que não garante uma nutrição adequada para suprir as necessidades dos presos também colabora para esta situação. E, ponto de grande relevância, necessário de ser ressaltado, é a baixa cobertura do Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário (PNSSP), que anteriormente foi destacado e que demonstra a falta de médicos e condições mínimas de auxílio de saúde dentro dos cárceres brasileiros, além do não cumprimento dos objetivos básicos que anteriormente durante a criação do PNSSP foram requisitados, como ventilação, sistema de esgoto e água potável, condições de higiene para os presos, como lavatórios e produtos de higiene.

Assim, inferindo o cenário caótico relatado, é possível notar pouquíssimas providências por parte do Estado brasileiro para garantir os direitos fundamentais dos encarcerados durante a crise sanitária da pandemia de COVID-19. Esse fato constitui uma Necropolítica (MBEMBE, 2018), política na qual o estado, a partir de tratamentos discriminatórios e subumanos, decide quais vidas devem permanecer vivas e quais devem morrer. ou seja, o estado institucionaliza a partir da sua soberania, condições de escolha para o ceifamento de vidas de determinados grupos sociais, no caso em questão, da população carcerária, que em sua maioria, é preta e pobre. A Necropolítica é relacionada ao biopoder debatido por Michel Foucault (FOUCAULT, 1976, p. 290):

Doenças mais ou menos difíceis de extirpar, e que não são encaradas com as epidemias, a título de causas de morte mais frequente, mas como fatores permanentes – e é assim que as tratam – de subtração das forças, diminuição do tempo de trabalho, baixa de energias, custos econômicos, tanto por causa da produção não realizada quanto dos tratamentos que podem custar. Em suma, a doença como fenômeno de população: não mais como a morte que se abate brutalmente sobre a vida – é a epidemia – mas como a morte permanente, que se introduz sorrateiramente na vida, a corrói perpetuamente, a diminui e a enfraquece.

Dessa forma, para Foucault, o biopoder é um mecanismo do Estado de regular a vida da população e obter o controle da sociedade. O biopoder foi utilizado no viés da Necropolítica em diversos momentos históricos, na Revolução Francesa com o uso das guilhotinas nos oponentes ao governo; no Nazismo com os judeus e povos considerados “inferiores”; nas ditaduras aos opositores do regime; em estados de exceção, no qual há a suspensão dos direitos da população por desavenças institucionais (MBEMBE, 2016, p. 7-8).

Analogamente à pauta em questão, os encarcerados, meio a pandemia, em condições insalubres de subsistência e desamparo governamental, encontram-se enfrentando o “vírus” da Necropolítica, a falta de atitude governamental quanto à população penitenciária retoma a momentos inconstitucionais e que desprezam a situação sanitária da pandemia pela qual o mundo está enfrentando.

Tal conjuntura relaciona-se também à morte social (mistanásia), denominação criada por Márcio Fabri dos Anjos (1989), que representa um fenômeno miserável de ausência do Estado e da sociedade em relação a certos indivíduos, por meio de questões sociais, políticas e econômicas.

A falta de programas sociais, políticas públicas que garantam o mínimo dos direitos fundamentais e humanos para a população, a exclusão social dos indivíduos, entre outros, são todos motivos que geram a morte social. Lentamente grupos sociais são excluídos pelo Estado ao ponto de serem considerados “mortos” para os demais. São mortes que poderiam ser evitadas caso existisse um Estado mais presente e que criasse políticas públicas e projetos visando melhora na condição de vida de certas populações (SOARES, FREIRE, 2020).

A indiferença e omissão do Estado em relação à população carcerária no contexto pandêmico reforçam apenas suas atitudes ao longo dos anos, que geram a morte social de centenas de detentos encarcerados (PEDROSO; LANGOSKI, 2021, p. 3-8). A morte social acontece quando o Estado falha. Nesse caso, o Estado brasileiro falhou.

Portanto, a questão que envolve a atual pandemia do COVID-19 e o Sistema Carcerário brasileiro envolve diversas questões que vão além das medidas de segurança da propagação do vírus, mas uma questão histórica e estrutural, com descaso por parte do Estado e falta de políticas públicas de amparo e proteção dos direitos da população encarcerada.

4. CONCLUSÃO

A criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e a consolidação dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988 buscaram oferecer a dignidade da pessoa humana e os direitos imprescindíveis a todo ser humano. Esses Direitos garantem que cada cidadão tenha a capacidade de viver dignamente e gozar de seus direitos inalienáveis, como a liberdade, a dignidade e a vida. Dentre esses direitos fundamentais, está o direito à saúde, que segundo a Constituição Cidadã é um direito de todos e dever do Estado.

Com a finalidade de proporcionar o cumprimento do direito de toda a população à saúde, o Governo Federal implementou o Sistema Único de Saúde (SUS), de abrangência nacional e universal, ou seja, contemplando todos os cidadãos brasileiros sem distinção. O SUS é um importante sistema de saúde que age de maneira intersetorial, isto é, age conjuntamente com os demais setores governamentais como o setor social, sanitário, com a educação, entre outros. Infelizmente, o SUS sofre com o sucateamento de sua estrutura e cortes de verbas constantes no seu plano orçamentário, porém, mesmo com os diversos obstáculos, ele consegue atender as mais diversas populações, como é o caso da população penitenciária brasileira.

O Sistema Penitenciário é marcado por diversos conflitos que duram décadas, sendo que o descaso governamental nos cárceres é uma realidade que influencia na vida de milhares de pessoas que lá vivem. As ações mais punitivistas e repressoras por parte do Estado, que surgiram com o avanço do Neoliberalismo, foram determinantes para a situação na qual os presídios encontram-se na atualidade.

O encarceramento em massa, fenômeno gerado a partir da maior criminalização de certos grupos sociais e pelo enrijecimento das leis penais, acarretou a superlotação dos presídios. A degradação do ambiente físico e estrutural dos cárceres são consequências diretas do abandono governamental e da superpopulação que não é compatível com o espaço. Gera-se, assim, a falta de água, falta de condições básicas de higiene e alta transmissão de doenças, sem

contar os conflitos de ordem social, como a presença de facções rivais e circulação de drogas dentro dos presídios.

Em 2005, com a criação do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) houve um avanço em partes em relação aos direitos da população carcerária, com a adoção de módulos de saúde. Porém, a falta de investimentos para o avanço do PNSSP acabou deixando muitas penitenciárias sem o módulo mínimo, ou seja, sem qualquer atendimento de saúde e/ou enfermarias. Assim, o objetivo inicial de garantir o direito à saúde dos detentos e criar estratégias para o acompanhamento médico e preventivo não foi tão eficaz na prática.

Com o surgimento da pandemia de COVID-19 no início de 2020, emergiu também a crise institucional do governo do presidente Jair Bolsonaro. A política negacionista adotada pelo Estado brasileiro e seus governantes, a falta de políticas públicas e medidas necessárias para tentar frear o contágio do vírus foram fundamentais para milhares de mortes e pessoas contaminadas pelo vírus. O SUS, que já vinha enfrentando diversos problemas estruturais e orçamentários, por muito pouco não colapsou. Da mesma forma, a situação nos cárceres não foi diferente.

Neste sentido, é possível aferir a resposta para o problema de pesquisa levantado. O governo não buscou garantir os princípios fundamentais da população carcerária durante a pandemia do novo coronavírus, a saúde e a vida. O estado desumano das celas e a superlotação não permitiram a realização do isolamento social, como proposto pela Organização Mundial da Saúde (OMS), para evitar a transmissão do vírus; os problemas estruturais como a falta de ventilação e de água dentro das penitenciárias também não permitiram a higienização adequada dos encarcerados.

A carência de testagem em grande escala para a detecção de possíveis infectados e seu isolamento adequado acarretou maior facilidade da propagação do vírus dentro dos cárceres e, conseqüentemente, a subnotificação de casos.

Portanto, pode-se inferir que houve violação dos Direitos Humanos e Fundamentais da população penitenciária. Mais que isso, houve uma Necropolítica, no qual o Governo proporcionou as condições necessárias e decidiu quem tem o direito à vida e quem não tem. Nesse caso, os encarcerados, por diversos fatores, ficaram desamparados institucionalmente pelo seu próprio Estado. Consolidou-se a morte não apenas pelo vírus, mas também a morte social dessa população.

5. REFERÊNCIAS

BARRETO, Ivete Santos.; MEDEIROS, Marcelo. SILVA, Olívia Vieira da. Tendências da política de saúde no Brasil e os desafios para a solidificação do Sistema Único de Saúde. Revista Eletrônica de Enfermagem, Goiânia, v.1, n.1, out-dez. 1999.

Disponível: <http://www.revistas.ufg.br/index.php/fen/index>, acesso em 08 de set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao, acesso em 30 de ago. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional DEPEN. **Dados sobre assistência à saúde. Depen**, 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgpc/assistencia-a-saude>, acesso em 01 de set. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional DEPEN. **Presos em unidades prisionais no Brasil**. Depen, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlLTllOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>, acesso em 30 de ago. 2021

CARVALHO, Sérgio Garófalo de. SANTOS, Andreia Beatriz Silva dos. SANTOS, Ivete Maria. A pandemia no cárcere: intervenções no superisolamento. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro-RJ. 25(9):3493-3502, 2020.

BRASIL. **Lei Nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm, acesso em 05 de set. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm, acesso em 05 de set. 2021.

BRASIL. O Sistema Público de saúde brasileiro. **Seminário Internacional Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas**. São Paulo, 2002.

BRASIL. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**. Editora MS, 2º edição, Brasília-DF, 2005.

BRASIL. Portaria Interministerial nº 1.777, de 9 de setembro de 2003. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/pri1777_09_09_2003.html, acesso em 02 de set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2015.

COSTA, Ana Maria. RIZZOTTO, Maria Lucia Frizon. LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. Na pandemia da Covid-19, o Brasil enxerga o SUS. **Revista Saúde em Debate**, Rio De Janeiro, v. 44, n. 125, p. 289-296, 2020.

FAPESP. A importância de testar em larga escala. **Revista FAPESP**, São Paulo, 9 de abril de 2020. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/a-importancia-de-testar-em-larga-escala/>, acesso em 9 de set.2021.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1976)**. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Revan., 2008.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Revista Arte & Ensaios do PPGAV/EBA/UFRJ**, Rio de Janeiro, n. 32, 2016.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder soberania estado de exceção política de morte**. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MINHOTO, Laurindo Dias. Encarceramento em massa, *racketeering* de estado e racionalidade neoliberal. **Lua Nova**, São Paulo, 109, p. 161-191, 2020

Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 30 ago. 2021.

Organização Mundial da Saúde (OMS). Coronavirus disease (COVID-19) pandemic. World Health Organization, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 30 ago. 2021.

PAULUZE, T. Letalidade do coronavírus entre presos brasileiros é o quántuplo da registrada na população geral. **Folha de São Paulo**, 4 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/letalidade-do-coronavirus-entre-presos-brasileiros-e-o-quintuplo-da-registrada-na-populacao-geral.shtml>, acesso em 30 ago. 2021.

PEDROSO, Anayara Fantinel. LANGOSKI, Deisemara Turatti. A (neco)política criminal e a (IN)aplicação do princípio da fraternidade no sistema carcerário brasileiro no contexto da Pandemia da COVID-19. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n.6, p. 64515-57529, 2021.

PEQUENO, Marconi José Pimentel. O fundamento dos Direitos Humanos. *In*: FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; NADER, Alexandre Antonio Gili(org.). **Educando em direitos humanos: Fundamentos histórico-filosóficos e político-**

jurídicos. v. 1. João Pessoa: UFPB, 2016. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2017/04/EducandoEmDireitosHumanosV1.pdf#page=14>, acesso em 25 ago. 2021.

PÚBLICA. Covid-19 atingiu mais de 80% das prisões de 14 estados. **Revista Pública**, 10 de maio de 2021. Disponível em: <https://apublica.org/2021/05/covid-19-atingiu-mais-de-80-das-prisoas-em-14-estados/>, acesso em 07 de set. 2021.

SILVA, Flavia Martins André da. Direitos Fundamentais. **DireitoNet**. São Paulo, 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>, acesso em 05 de set. 2021.

SOARES, Elisianne Campos de Melo; FREIRE, Leonardo Oliveira. Prisão, Morte Social e Direitos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 20, p. 153-164, 2020. Disponível em <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/427>, acesso em 09 set. 2021.

VELAVAN, Thirumalaisamy P. MEYER, Christian G. The COVID-19 epidemic. **Tropical Medicine and International Health**, v. 25, n.3, p. 278–280, 2020.

A PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL:

LIMITES TEMPORAIS AO ARMAZENAMENTO DE PERFIS GENÉTICOS

Jairo Victor Candeira Braga¹

João Vitor Rodrigues Monteiro²

RESUMO: Esta pesquisa se propõe a estudar as condições de legitimidade para o tratamento de dados pessoais sensíveis na investigação criminal, notadamente as informações relativas à genética humana. Pretende-se demonstrar, a partir da análise dos direitos fundamentais à privacidade, presunção de inocência e proteção de dados, que o armazenamento de dados genéticos em banco de dados estatal está juridicamente vinculado à demonstração, pela autoridade policial ou pelo órgão acusatório, de que existe conteúdo incriminador idôneo e suficiente à continuidade da persecução penal. Nesse contexto, o presente trabalho examina qual deve ser o prazo de manutenção dos perfis genéticos de investigados e acusados diante da superveniência de marcos processuais que não foram previstos na lei brasileira, sobretudo o não oferecimento da denúncia ou a sua rejeição, a extinção da punibilidade e a decisão de impronúncia no rito do júri. Mediante pesquisa bibliográfica e documental, com revisão de livros e artigos científicos selecionados a partir de busca nas plataformas Scielo e Google Acadêmico, observou-se que o silêncio da legislação acarreta insegurança jurídica aos titulares dos dados genéticos. Os resultados da pesquisa permitem concluir que, não havendo justa causa para o prosseguimento da persecução penal, os perfis genéticos devem ser imediatamente excluídos do banco de dados, por ausência de legitimidade para o tratamento das informações de natureza sensível.

PALAVRAS-CHAVE: Perfil genético. Banco de dados de perfis genéticos. Prazo de armazenamento. Presunção de inocência. Direito à privacidade.

ABSTRACT: This research aims to study the legitimacy conditions for the processing of personal data relevant to criminal investigation, especially information related to human genetics. It intends to demonstrate, from the analysis of the fundamental rights to privacy, presumption of innocence and data protection, that the storage of genetic data in a state database legally linked to the demonstration, by the police authority or by the prosecuting body, that there is incriminating content suitable and sufficient for the continuity of criminal prosecution. In this context, the present work examines what should be the period for maintaining the genetic profiles of the investigated and accused in view of the supervenience of procedural milestones that were not complied with in Brazilian law, especially the non-offering of the complaint or its rejection, the extinction of the punishability and the decision of indictment in the rite of the

¹ Bacharel em direito pela Universidade Federal do Piauí, especialista em direito penal e processual penal. E-mail: jairo.victor@hotmail.com

² Bacharel em direito pela Universidade Federal do Piauí, especialista em direito penal e processual penal. E-mail: jvitormons@gmail.com

jury. Through bibliographic and documentary research, with a review of books and scientific articles selected from a search on the Scielo and Google Academic platforms, it was observed that the silence of the legislation causes legal uncertainty for the holders of genetic data. The results of the mandatory research, since there is no just cause for the continuation of the criminal prosecution, the genetic profiles must be excluded from the database, due to lack of legitimacy for the treatment of sensitive information.

KEYWORDS: Genetic profile. Genetic profiles database. Storage period. Presumption of innocence. Right to privacy.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Tecnologias de biovigilância: o tratamento de informações genéticas para fins de identificação criminal; 3. A obtenção de perfis genéticos para fins criminais no ordenamento jurídico brasileiro; 4. A manutenção dos perfis genéticos diante de marcos processuais penais não especificados na Lei de Identificação Criminal; 5. Conclusão; 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

O uso do DNA não representa exatamente um fato isolado na realidade jurídica brasileira. São muitas as hipóteses, no ordenamento pátrio, em que se vislumbra a possibilidade de utilização do material genético como elemento essencial para subsidiar a cognição do magistrado, a exemplo das diversas pesquisas realizadas no campo do biodireito e das ações de família que visam à comprovação de consanguinidade ou parentalidade entre os sujeitos envolvidos.

No âmbito forense, a análise de segmentos de DNA também não é uma tecnologia desconhecida. Pelo contrário, a sua administração na seara criminal brasileira remonta ao início da década de 1990, tendo sido, à época, especialmente aplicado na elucidação de práticas criminosas. Pode-se citar, como exemplo, o Caso Evandro, crime bastante famoso no Brasil, ocorrido em meados de 1992, em que o material genético foi utilizado para confirmar se o corpo encontrado pertencia, de fato, à vítima Evandro Ramos Caetano e se havia alguma

correspondência entre os vestígios nele colhidos e as amostras biológicas dos acusados (MIZANZUK, 2021)³.

Foi somente com a promulgação da Lei nº 12.654/2012, contudo, que o uso do material genético para fins identificatórios ganhou normatização. Segundo o regramento, a coleta de amostra biológica para obtenção do perfil genético pode ser utilizada como forma de identificação criminal de investigados, desde que essencial às investigações policiais ou de indivíduos condenados por delitos específicos. A princípio, a Lei nº 12.654/2012 incluiu o art. 7º-A na Lei nº 12.037/2009 (Lei de Identificação Criminal), determinando que o prazo de manutenção das referidas informações no banco de perfis genéticos corresponderia ao prazo estabelecido abstratamente, em lei, para a prescrição do delito.

No entanto, ao ter sua redação original alterada pela Lei nº 13.964/2019, o referido art. 7º-A passou a dispor que a remoção do perfil genético deve ocorrer nas hipóteses: a) de absolvição do acusado; ou b) de condenação do réu, mediante requerimento deste, após 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. Observe-se que a alteração legislativa ignora outros marcos processuais que possam vir a repercutir na conservação das informações genéticas, mas que não se encontram abrangidos pelos conceitos formais de absolvição ou condenação. Tal fato não apenas evidencia uma lacuna na lei e provoca insegurança jurídica, como também viola princípios fundamentais do processo e direitos ínsitos ao ser humano.

Assim, questiona-se até que fase da persecução penal é legítima a manutenção do perfil genético do investigado ou acusado pelo Poder Público. Em suma, qual deve ser o critério de legitimidade para autorizar a custódia desses dados pessoais sensíveis em um banco de perfis genéticos para fins criminais? Por conseguinte, busca-se ressaltar, enquanto hipótese de pesquisa, que a conservação do perfil genético no sistema deve ser autorizada somente quando houver conteúdo incriminador suficiente para a continuidade da persecução penal, o que não ocorre, por exemplo, no caso da rejeição da denúncia, da decisão que extingue a punibilidade

³ O Caso Evandro (ou Caso das Bruxas de Guaratuba) diz respeito ao desaparecimento e suposto assassinato do menino Evandro Ramos Caetano, à época com 06 anos de idade, ocorridos no ano de 1992, em Guaratuba-PR. A investigação policial, hoje bastante questionada, levou à prisão e ao julgamento de sete acusados, dentre eles a esposa e filha do então prefeito da cidade. Em dado momento do processo, recorreu-se ao exame de DNA, pois o corpo encontrado, dito do garoto, estava completamente deformado, não se fazendo possível o reconhecimento direto de sua identidade por familiares. Além disso, o teste com o material biológico também foi requerido para avaliar se havia alguma correspondência entre os vestígios colhidos pela polícia e as amostras biológicas dos réus, a fim de lhes provar a inocência ou a culpabilidade (MIZANZUK, 2021).

do agente e da sentença de impronúncia, situações não previstas pelas Leis nº 12.654/2012 e nº 13.964/2019.

Dessa maneira, o presente estudo tem por objetivo geral examinar a situação dos prazos de manutenção de perfis genéticos em bancos de dados diante de marcos processuais penais não previstos pelas Leis nº 12.654/2012 e nº 13.964/2019. Para tanto, e de forma mais específica, pretende-se analisar a disciplina normativo-legal acerca da obtenção e do armazenamento dos perfis genéticos para fins de investigação e de persecução penal, bem como explorar os efeitos jurídicos decorrentes da lacuna apontada no regramento.

Para alcançar os objetivos propostos, a metodologia adotada pauta-se na análise de entendimentos normativos e doutrinários a respeito do tema, seguindo o método dedutivo, mediante levantamento bibliográfico e documental, incluindo revistas científicas, livros didáticos, trabalhos acadêmicos e artigos científicos, todos aptos a fornecer conhecimentos acerca do objeto da investigação.

Além disso, esta pesquisa se mostra relevante em razão da inexistência de previsão legislativa expressa sobre o período de manutenção de perfis genéticos nos bancos de dados em face de outras hipóteses de encerramento processual não contempladas pelas Leis nº 12.654/2012 e nº 13.964/2019, o que provoca insegurança jurídica e compromete o devido processo legal. O estudo foi motivado pelo interesse advindo da série O Caso Evandro, documentário original transmitido pela plataforma de *streaming* Globoplay, que retrata abordagens de uso do DNA para a elucidação do crime que chocou o Brasil em 1992. A ampla repercussão alcançada pelo documentário demonstra que as práticas e os imaginários relacionados ao DNA humano permanecem relevantes para a sociedade.

No intuito de alcançar as suas finalidades, o artigo está estruturado em três tópicos. O primeiro deles examina os riscos relativos ao tratamento de dados pessoais de natureza genética, nos quais estão incluídos os perfis genéticos e as amostras biológicas. O segundo se debruça sobre o regramento que disciplina, no ordenamento jurídico brasileiro, a obtenção dos perfis genéticos para fins criminais, conforme as Leis nº 12.654/2012 e nº 13.964/2019.

Por fim, encerrando a pesquisa, o terceiro item analisa detidamente os efeitos decorrentes da ausência de prazos para remoção dos perfis genéticos em relação a marcos processuais não considerados pela legislação vigente, levantando como principal solução a necessidade de haver conteúdo incriminador suficiente e apto a justificar a manutenção da informação genética no banco de dados.

2. TECNOLOGIAS DE BIOVIGILÂNCIA: O TRATAMENTO DE INFORMAÇÕES GENÉTICAS PARA FINS DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Desde o seu surgimento, a tecnologia que permite sequenciar o genoma humano tem sido considerada um poderoso aparato de legitimação científica à execução das leis criminais. Com efeito, a credibilidade atribuída ao DNA como método de identificação resulta, substancialmente, de seu elevado potencial para distinguir um indivíduo dos outros, mediante análise de determinadas estruturas biológicas que se supõe serem únicas em cada pessoa (MACHADO; SILVA; AMORIM, 2010). Essas estruturas ou zonas genômicas estão alocadas na dupla hélice do DNA e são constituídas por grupos alternados de açúcar (desoxirribose) e ácido fosfórico, bem como por pares sucessivos de bases nitrogenadas, cujas ligações químicas mantêm as duas fitas de nucleotídeos unidas.

Conforme leciona Neusa Bittar (2018, p. 108), “apenas pequena parte do genoma total humano codifica proteínas, enquanto a maior parte consiste em sequências repetidas de nucleotídeos não codificantes”. Através da técnica de PCR (reação em cadeia da polimerase), é possível analisar regiões do DNA com repetições consecutivas de pares de bases, denominadas microssatélites ou STR (*short tandem repeats*), que propiciam a variabilidade do genótipo entre indivíduos. Assim, ao perfilhar a sequência de bases nitrogenadas presentes no DNA humano, a codificação das zonas genômicas produz um perfil genético único sobre a pessoa que forneceu a fonte biológica para mapeamento.

Isso permite que vestígios biológicos obtidos em locais de crime sejam sequenciados e comparados com perfis genéticos de suspeitos ou condenados, em um procedimento criminal, a fim de identificar os prováveis autores do delito. A partir de 1986, quando o criminoso Colin Pitchfork foi identificado por análise de material genético e, conseqüentemente, condenado pelo estupro e homicídio da jovem Dawn Ashworth, caso ocorrido no condado de Leicestershire, na Inglaterra, a comparação de DNA “foi gradativamente incorporada à investigação criminal até tornar-se uma ferramenta de rotina” (COSTA, 2018, p. 296).

Em razão disso, nas três últimas décadas, diversos países criaram e expandiram bancos de perfis genéticos para fins forenses, em um esforço para reduzir ou controlar a criminalidade. Sobre o tema, Daniel Maciel e Helena Machado (2014, p. 151) afirmam que “a incorporação da genética e modalidades de vigilância e monitorização dos cidadãos cria formas de biovigilância, facilitadas pelo apoio público na luta contra o crime e o terrorismo”. O

incremento dos bancos de perfis genéticos para fins forenses está permeado por um discurso político que desqualifica direitos fundamentais e defende a expansão do poder persecutório, com o escopo de reforçar a segurança pública. Fundamenta-se, portanto, na percepção de que as garantias inerentes ao sistema acusatório limitam excessivamente a atuação dos órgãos investigativos e do Poder Judiciário.

Na concepção de Helena Machado (2011, p. 155), “a legitimação democrática torna-se um aspecto ideológico essencial para o sucesso dos projetos de bases de dados genéticos”, inseridos em um contexto de vigilância e controle social baseado no conhecimento científico, na sobrevalorização da tecnologia genética e nos imaginários coletivos referentes ao medo do crime. Sob a justificativa de prevenir e reprimir práticas delitivas, soerguem-se racionalidades inquisitórias na comunidade científica, na opinião pública e nas proposições legislativas. Logo, é relevante investigar os impactos que a eventual ingerência dessas racionalidades poderia causar à privacidade, à presunção de inocência e à proteção de dados pessoais no processo penal brasileiro.

Define-se, inicialmente, que os dados genéticos abrangem as informações referentes à identidade genômica de um indivíduo. Consoante leciona Stefano Rodotà (2008, p. 106), “as informações genéticas assumem um valor constitutivo da esfera privada bem mais forte do que qualquer outra categoria de informações pessoais”. Segundo o autor, isso se deve ao fato de que elas estão relacionadas à própria estrutura da pessoa, não são modificáveis pela vontade do titular e não podem ser removidas pelo esquecimento. Apresentam, portanto, um caráter estrutural e permanente e estão situadas no núcleo essencial da privacidade (RODOTÀ, 2008).

Nesse sentido, é importante pontuar que as características físicas dos seres humanos resultam da interação entre a expressão dos genes, a influência ambiental e as decisões voluntárias acerca da própria aparência (COSTA, 2018, p. 305). Embora as intervenções externas possam alterar de forma significativa a aparência das pessoas, a informação vital inscrita no genótipo é imutável e pode ser acessada por meio de qualquer amostra biológica do organismo, a exemplo do sangue, de fragmentos de pele, tecido e órgãos. Conforme referem Schiocchet, Cunha e Lazzaretti (2015, p. 8), “a amostra biológica contém toda a carga genética do indivíduo, e com ela é possível identificar todo o tipo de informação fenotípica, como cor da pele, dos olhos, etnia, propensão a doenças”. Seu potencial para uso discriminatório é exponencialmente superior ao do perfil genético, devido ao fato de conter o DNA codificante e

não-codificante, suscitando riscos referentes à eugenia, à estigmatização e a pesquisas sobre predisposição genética à criminalidade.

Em contrapartida, os perfis genéticos são códigos obtidos a partir do sequenciamento de áreas não-codificantes do DNA humano, ou seja, de partes do genótipo que não codificam proteínas e são incapazes de determinar qualquer expressão fenotípica. Observa-se que o perfil genético não corresponde exatamente ao material biológico coletado, mas tão somente a um “código numérico capaz de identificar indivíduos a partir da comparação entre amostras genéticas” (CUNHA; LAZZARETTI; SCHIOCCHET, 2015, p. 2). Assim, ele é o resultado da análise feita sobre uma molécula de DNA constante em uma amostra biológica, obtida diretamente da cena do crime ou extraída do suspeito ou condenado.

Nas palavras de Stênio Santos Sousa (2018, p. 135), portanto, o perfil genético não tem outra finalidade a não ser “identificar criminosos ou suspeitos de delitos de uma forma mais eficaz”. Para ele, identificação significa reconhecer uma determinada pessoa, por meio das informações dispostas sobre ela, o que não se confunde exatamente com outras figuras jurídicas, como a individualização, consistente em reunir o máximo de dados a respeito de alguém para torná-lo único diante da sociedade, incluindo aí características físicas, familiares e sociais.

Essa distinção feita por Santos Sousa é importante para perceber que ele não entende a identificação criminal como mecanismo de discriminação entre os sujeitos, ao contrário de especialistas como Taysa Schiocchet (2013), que reforça a ideia de individualização enquanto efeito do perfil genético. Machado, Silva e Amorim (2010) vão além: defendem que, por meio da identificação criminal genética, o governo institui um sistema de vigilância dos corpos e de classificação das pessoas, que despreza as circunstâncias sociais para definir os sujeitos a serem fiscalizados pelas autoridades, incentivando, assim, a estigmatização e a segregação de determinados grupos.

A fim de minimizar tal concepção, o art. 5º-A, § 1º, da Lei nº 12.037/2009, incluído pela Lei nº 12.654/2012, estabelece que o perfil genético não poderá revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, em respeito às normas sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. Por isso, a análise do DNA para a obtenção do perfil genético é realizada somente em sua parcela não codificante, também chamada de “*junkie DNA*”, por ser ela incapaz de produzir proteínas, e, portanto, ter pouca participação no organismo (CUNHA; LAZZARETTI; SCHIOCCHET, 2015, p. 3). Assim, o perfil genético não chega a abranger todas as informações genéticas do indivíduo,

correspondendo apenas a uma sequência de números e letras – código alfanumérico – que permite distinguir a pessoa a que se refere.

Entretanto, a questão não está isenta de polêmica, uma vez que há estudos científicos apontando que a parte não codificante do DNA, da qual é extraído o perfil genético, pode vir a expor dados genéticos relevantes acerca do sujeito, o que, por si só, já afrontaria a disposição do art. 5º-A, § 1º, da Lei nº 12.037/2009 (SCHIOCCHET, 2013). Logo, é realisticamente possível que, com os avanços do conhecimento científico, determinado perfil genético revele informações além das admitidas pela legislação, ocasionando, nesse contexto, uma insegurança jurídica ainda sem solução. Não se pode esquecer, contudo, que

de qualquer modo, existe sempre a coleta da amostra de DNA que contém toda a informação genética humana – seja ela codificante ou não codificante, pequena ou não, de mera individualização genotípica ou acerca das características de saúde e comportamento – que pode ser utilizada inadequadamente, inclusive como meio de estigmatização ou discriminação. (SCHIOCCHET, 2013, p. 522)

Em face dessas considerações, entende-se que as informações contidas no DNA não são propriedade do indivíduo, mas parte integrante de sua personalidade. A criação de perfis pessoais com base em material genético expõe a privacidade do titular dos dados e disponibiliza uma informação de natureza nitidamente sensível ao conhecimento do Poder Público. No âmbito criminal, o perfilamento genético contribui para estabelecer identidades suspeitas, instáveis e consideradas de risco, que podem “ser mais facilmente aprisionadas nas malhas da identidade biológica: o DNA é algo que não muda substancialmente ao longo da vida e isso gera a segurança da classificação, da previsão e da esperada domesticação” (MACHADO; SILVA; AMORIM, 2010, p. 543).

São justamente as tecnologias de classificação que permitem estruturar uma sociedade pautada pela vigilância. Para Stefano Rodotà (2008), a vigilância somente se torna possível em uma sociedade de controle e classificação, em que está implícita a capacidade de produzir perfis sobre os cidadãos através da coleta massiva de dados pessoais. Os perfis projetam identidades artificiais sobre os seus titulares, uma vez que representam apenas aspectos fracionários da personalidade humana. O problema reside no fato de que, muitas vezes, eles são a única representação disponível sobre o indivíduo e, precisamente por isso, condicionam a forma como o Estado, o mercado e as outras pessoas percebem o titular dos dados.

Conforme observado, o campo da investigação e da persecução criminal é mais vulnerável ao desenvolvimento de discursos que visam restringir direitos fundamentais, e, neste caso, não apenas aqueles referentes ao devido processo legal, mas também a privacidade e a proteção de dados. Sendo assim, percebe-se que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/2018), embora exclua expressamente de seu âmbito normativo as operações de tratamento de dados referentes às atividades de investigação e repressão de infrações penais, atribuindo a sua normatização a uma lei específica (art. 4º, III, “d”), preconiza que essas operações devem observância aos princípios e aos direitos do titular nela previstos (art. 4º, § 1º).

Em função disso, os perfis genéticos e as amostras biológicas, considerados dados sensíveis pela Lei nº 13.709/2018 (art. 5º, II), devem ser tratados de forma a respeitar a privacidade, a autodeterminação informativa e a dignidade de seus titulares, conforme estabelecido no art. 2º do regramento mencionado.

3. A OBTENÇÃO DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na ordem jurídica nacional, o manejo do DNA inicialmente se limitava apenas às questões suscitadas e debatidas ao longo do inquérito policial ou do processo penal em desenvolvimento, com seus sujeitos processuais – especialmente os acusados – devidamente identificados e os vestígios do delito já obtidos pelas autoridades competentes, tanto da cena do crime quanto do suspeito ou da vítima (SANTANA, 2018).

Foi somente com a promulgação da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, recentemente alterada pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que a utilização do material genético em âmbito penal adquiriu papel mais abrangente. Ao alterar a Lei nº 12.037/2009 (Lei de Identificação Criminal) e a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), o referido regramento tornou o DNA igualmente mecanismo de identificação criminal, destinando tal procedimento aos investigados não civilmente identificados, quando essencial para a investigação, segundo despacho da autoridade judicial competente (art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/2009), e aos condenados por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por

crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável (art. 9º-A, *caput*, da Lei nº 7.210/1984), cada um com suas devidas particularidades.

Furtado e Suxberger (2018) apontam muito bem as distinções entre a identificação genético-criminal aplicada aos investigados e aquela destinada aos condenados. Enquanto, para estes, o procedimento identificatório se encontra condicionado à prolação de uma sentença penal condenatória, para aqueles a condenação é dispensável, uma vez que pode ocorrer, inclusive, em momento pré-processual da demanda. Ademais, no caso dos condenados, a identificação ostenta caráter compulsório, ao contrário do que acontece no primeiro grupo, em que o procedimento possui natureza subsidiária, ou seja, incide quando os outros meios de reconhecimento – datiloscopia ou fotografia – não forem suficientes ou não se mostrarem aptos às circunstâncias.

De todo modo, não se pode negar que a legislação em comento significou um avanço no tratamento e no desempenho dos dados biológicos quando aplicados à seara jurídica, representando mais uma via para a identificação criminal, antes restrita expressamente apenas à datiloscopia e à fotografia, conforme a redação original do art. 5º da Lei nº 12.037/2009⁴. Essa ideia é igualmente reforçada por Stênio Santos Sousa (2018), ao professar que a Lei nº 12.654/2012 conferiu ao ordenamento pátrio um procedimento científico inovador e passível de melhores resultados para o esclarecimento de investigações e processos pendentes de solução.

Inclusive, é interessante pontuar que a promulgação da Lei nº 12.654/2012 esteve inerentemente vinculada à necessidade de elucidação de crimes em aberto e à urgência na redução da criminalidade no Brasil (BECKER et al., 2020). Foram essas as justificativas encontradas para a edição do regramento, pautadas ainda na crença de que a prova pericial genética oferece uma margem muito reduzida de erro (IBCCRIM, 2020). A Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 93/2011, que deu origem à referida normativa, evidencia tais razões de forma cristalina:

Evidências biológicas (manchas de sangue, sêmen, cabelos etc.) são frequentemente encontradas em cenas de crimes, principalmente aqueles cometidos com violência. O DNA pode ser extraído dessas evidências e estudado por técnicas moleculares no laboratório, permitindo a identificação do indivíduo de quem tais evidências se originaram. Obviamente que o DNA não pode por si só provar a culpabilidade

⁴ Art. 5º, Lei nº 12.037. A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime. Atualmente os resultados da determinação de identificação genética pelo DNA já são rotineiramente aceitos em processos judiciais em todo o mundo (BRASIL, 2011).

A citação acima demonstra, outrossim, o anseio por fazer valer a identificação criminal por via genética em detrimento de qualquer outro mecanismo: justamente no apego de que o procedimento, por ser realizado através do DNA, produziria resultados irrefutáveis, necessariamente verídicos, quase impassíveis de desconstituição, dado o seu grau de certeza inquestionável. Afinal, a identificação se daria com a utilização do material biológico do próprio sujeito, que traduz as suas características somáticas, físicas e até comportamentais.

Tal visão ainda é bastante difundida, principalmente no espectro jurídico. Apesar de manifesta a inexistência de hierarquia entre as provas, a perícia reina em determinados tipos processuais. Como exemplo, podem ser citadas as ações de investigação de paternidade, em que o exame de DNA se torna elemento imprescindível para demonstrar a presença ou não de relação de consanguinidade entre as partes envolvidas. A mesma compreensão é transferida para o âmbito processual penal, em que a análise de eventual material genético adquire determinada preponderância sobre os demais meios probatórios, principalmente no que toca aos delitos não transeuntes.

Representando mais uma de suas inovações, a promulgação da Lei nº 12.654/2012 também residiu na urgência em implementar um sistema que armazenasse as informações genéticas coletadas das cenas dos crimes e diretamente dos investigados/condenados (BRASIL, 2011)⁵. Isso se observa da leitura do art. 5º-A, *caput*, da Lei de Identificação Criminal, que institui o armazenamento dos dados relacionados à coleta do perfil genético em bancos específicos, a ser gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. O mesmo é demonstrado pelo art. 7º-B do regramento e pelo § 1º do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, que possuem redação equivalente entre si.⁶

⁵ Antes da promulgação da Lei nº 12.654/2012, e até mesmo da elaboração do Projeto de Lei nº 93/2011, que deu origem à referida lei, o Brasil já tinha importado dos Estados Unidos o sistema CODIS (*Combined DNA Index System*), utilizado pelo FBI, e media esforços para implantá-lo de forma efetiva no País, sem ressalvas (BECKER, 2020).

⁶ Art. 7º-B, Lei nº 12.037/2009. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012); Art. 9º-A, § 1º, Lei nº 7.210/1984. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Desse modo, de forma a dar concretude aos dispositivos supracitados, incluídos pela Lei nº 12.654/2012, publicou-se o Decreto-Lei nº 7.950, de 12 de março de 2013, que implantou no Brasil o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG)⁷. O referido decreto atribuiu ao BNPG o primordial objetivo de armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes (art. 1º, § 1º, Decreto-Lei nº 7.950/2013) e à RIBPG, o de permitir o compartilhamento e a comparação dos referidos perfis entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 1º, § 2º, Decreto-Lei nº 7.950/2013). Nesse contexto, em consonância com o art. 5º-A, § 3º, da Lei nº 12.037/2009⁸, que aplica a técnica de cruzamento de dados,

Uma base de dados genéticos com finalidades forenses agrega um conjunto de perfis genéticos que são determinados a partir de amostras biológicas colhidas de um conjunto de indivíduos ou encontradas em cenas de crime. Em contexto de investigação criminal, os perfis genéticos obtidos por essas vias poderão ser comparados com os perfis já incluídos em base de dados genéticos forense, com vista a apurar se ocorre ou não uma correspondência positiva (MACHADO; MONIZ, 2014, p. 13).

A Lei nº 12.654/2012, antes das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, não trouxe nenhuma previsão quanto ao descarte das amostras biológicas utilizadas para a obtenção do perfil genético, o que implicava em uma grave insegurança jurídica, pois o material biológico coletado, ao contrário dos perfis genéticos, têm potencial para revelar todas as informações genéticas do indivíduo. Foi apenas com a publicação da Lei Anticrime, por meio do acréscimo do § 6º ao art. 9º-A da Lei nº 7.210/1984, que se operou parcialmente a superação de tal lacuna, já que o dispositivo, apesar de determinar o descarte das amostras após a identificação do perfil genético, não enuncia o procedimento adequado para tanto⁹.

A matéria ainda se agrava quando se percebe que as informações extraídas do DNA não constituem simples dados pessoais, mas dados pessoais sensíveis, de acordo com a classificação

⁷ Em notícia divulgada no próprio site no dia 16 de abril de 2021, o Governo Federal informou que, atualmente, o Banco Nacional de Perfis Genéticos conta com mais de 100 mil perfis genéticos cadastrados. Deles, aproximadamente 75 mil são de condenados e 16 mil, provenientes de vestígios encontrados nos locais de crime. Na mesma reportagem, noticia que a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos já abrange 20 laboratórios estaduais, um no Distrito Federal e um na Polícia Federal. (PORTAL DO GOVERNO, 2021).

⁸ Art. 5º-A, § 3º, da Lei nº 12.037/2009. As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

⁹ Art. 9º-A, § 6º, Lei nº 7.210/1984. Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

atribuída pelo art. 5º, II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados). Isso porque são referências “que podem expor a intimidade dos indivíduos” (SANTANA, 2012, p. 34) e afetam a saúde das pessoas. Logo, é imprescindível o cuidado no tratamento dos dados genéticos, algo que a Lei nº 12.654/2012, desde a sua publicação, tenta imprimir no próprio procedimento de identificação criminal e no funcionamento do banco de armazenamento dos perfis genéticos.

Alguns reflexos disso compreendem o caráter sigiloso dos bancos de dados com vista a proteger o direito à intimidade do sujeito (art. 7º-B da Lei nº 12.037/2009), o descarte das amostras biológicas após a obtenção do perfil genético (art. 9º-A, § 6º, Lei nº 7.210/1984, incluído pela Lei nº 13.964/2019), o acesso do apenado às suas informações constantes no sistema, a fim de assegurar o contraditório (art. 9º-A, § 3º, da Lei nº 7.210/1984, também acrescido pela Lei nº 13.964/2019) e a exclusão dos perfis genéticos para evitar a exposição do indivíduo *ad infinitum*, nas hipóteses de absolvição do acusado e de cumprimento da pena pelo condenado (art. 7º-A, I e II, da Lei nº 12.037/2009, modificado pela Lei nº 13.964/2019).

Todavia, apesar do esforço, é perceptível que falta maturidade jurídica à regulação da matéria, tanto por não se aprofundar na técnica e nos riscos incidentes ao tratamento de informações genéticas no processo penal, quanto pela submissão do tema a constantes intervenções legislativas, quais sejam a Lei nº 12.654/2012, a Lei nº 13.964/2019, e, até mesmo, a Lei nº 13.709/2018, que, embora enuncie a inaplicabilidade de sua disciplina normativa ao manuseio dos dados genéticos para fins de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º, III), classifica-o expressamente como dado pessoal sensível (art. 5º, II) e submete o seu titular aos princípios gerais de proteção de dados e aos direitos por ela previstos (art. 4º, § 1º).

Como se visualiza, a legislação correlata vigente não consegue suprir todos os questionamentos atinentes aos aspectos técnicos da administração das informações genéticas. O seu conteúdo, no que tange à referida matéria, ainda é demasiadamente vago e incipiente, contribuindo para o surgimento de críticas à legislação reguladora do tema, além de lacunas que comprometem o procedimento de identificação criminal e suas finalidades (SCHIOCCHET, 2013).

Como exemplos dessas deficiências, no que tange à administração dos dados genéticos, podem-se citar a ausência de dispositivo que explicita o procedimento de armazenamento e descarte das amostras biológicas e a falta de regulação sobre a responsabilização dos agentes que desvirtuem as finalidades do banco de perfis genéticos. Em continuidade, verifica-se que

não há um dispositivo que especifique o procedimento administrativo a ser adotado caso se descubra que o fragmento de DNA utilizado na identificação humana corresponde às regiões codificantes e revela, portanto, outras informações além das legalmente previstas (SANTANA, 2018).

No mesmo sentido, cite-se aquela que se considera a maior insuficiência da legislação correlata vigente: a indefinição de prazo razoável para manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados, especialmente diante de marcos processuais não considerados pelo art. 7º-A, I e II, da Lei nº 12.037/2009 (inserido pela Lei nº 12.654/2012 e, posteriormente, modificado pela Lei nº 13.964/2019). O referido dispositivo apenas se limita às hipóteses de absolvição do acusado, em que o perfil genético deverá ser removido tão logo ela acontecer, e de condenação, com a exclusão do perfil genético condicionada ao requerimento do condenado após 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.

A racionalidade binária entre condenação e absolvição insculpida no art. 7º-A, I e II, da Lei nº 12.037/2009 desconsidera outros desfechos processuais possíveis. Percebe-se que o art. 7º da mesma lei dispõe que, no caso de não oferecimento da denúncia ou de sua rejeição, é facultado ao indiciado, após o arquivamento definitivo do inquérito, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo.

Sobre os perfis genéticos, entretanto, não incide uma disposição semelhante. A rigor, não existe fundamento legal para pleitear a exclusão do perfil genético: (i) do indiciado pela autoridade policial, porém não denunciado pelo Ministério Público devido à insuficiência dos indícios para deflagrar a persecução; (ii) do denunciado, em caso de haver rejeição da denúncia por falta de validade, legitimidade ou justa causa; (iii) do indiciado ou acusado que teve declarada a extinção de sua punibilidade; e (iv) do impronunciado, no rito do tribunal do júri, diante da falta de prova da materialidade ou indícios suficientes de autoria.

Sendo assim, o silêncio da norma sobre as hipóteses mencionadas inaugura a possibilidade de que informações genéticas de investigados ou acusados permaneçam por tempo indefinido nos bancos de perfis genéticos. Essa problemática, além de poder ocasionar a estigmatização das pessoas geneticamente identificadas, a consequente discriminação e o risco de erro judiciário por uma eventual falibilidade no sistema, também provoca a violação de relevantes princípios para o processo penal brasileiro, como a presunção de inocência e a vedação à autoincriminação.

4. A MANUTENÇÃO DOS PERFIS GENÉTICOS DIANTE DE MARCOS PROCESSUAIS PENAIS NÃO ESPECIFICADOS NA LEI DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Sabe-se que, para cada etapa do processo penal, existe um nível de cognição probatória que deve ser satisfeito para garantir a legitimidade do processo-crime, culminando na decisão de mérito. Para garantir essa integridade, na fase inicial processual, como bem preleciona Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 412), a denúncia só poderá ser recebida se o órgão acusador coligir um acervo probatório suficiente quanto à materialidade e à autoria do delito, “suficiência essa que atenda à legitimidade que toda imputação formal deve ter para iniciar uma persecução penal em fase judicial”.

Uma imputação que não atenda às condições da ação penal e aos pressupostos processuais exigidos em lei, ou que não reúna um acervo probatório capaz de demonstrar indiciariamente a materialidade e a autoria delitivas, por consequência, não dispõe de condições processuais para ser apreciada pelo Poder Judiciário. Nesse juízo de cognição preliminar, o julgador avalia se existe justa causa para a deflagração da ação penal. À vista disso, Luigi Ferrajoli (2002, p. 488) afirma que “sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação”.

Tal ideário, com efeito, também reflete no procedimento de manutenção do perfil genético de investigado ou acusado em um banco de dados para fins forenses, autorizado somente quando houver conteúdo incriminador suficiente para assegurar a continuidade da persecução penal. Qualquer interpretação fora desses limites se torna potencialmente lesiva para a integridade do próprio processo, assim como para o imputado que tenha fornecido as suas informações genéticas no curso das investigações policiais.

Segundo exposto nos tópicos anteriores, a indefinição de prazo no que tange à manutenção dos perfis genéticos em banco de dados provoca uma série de inconsistências no ordenamento jurídico pátrio, em especial a violação de princípios processuais penais inerentes ao devido processo legal e à autenticidade da própria identificação genético-criminal do imputado.

Na tentativa de evitar a ocorrência dessa problemática na ordem jurídica pátria, em vista da experiência internacional¹⁰, a Lei nº 13.964/2019 estabeleceu dois prazos distintos para a remoção dos perfis genéticos dos bancos de dados, de modo a evitar a exposição indefinida de seu titular à vigilância estatal. Ocorre que a referida previsão não evita a problemática já explanada, por duas principais razões: a) o dispositivo supracitado se refere apenas a duas situações processuais, a condenação e a absolvição, ignorando outras possibilidades que podem vir a ocorrer no processo e, por consequência, repercutir na conservação dos perfis de DNA; e b) o prazo para descarte das informações genéticas, especificamente na situação dos apenados, é demasiadamente extenso, o que, de qualquer modo, abala a presunção de inocência, bem como a vedação a não autoincriminação.

Sobre o prazo atualmente previsto para a exclusão das informações genéticas dos condenados, qual seja 20 (vinte) anos a contar do término do cumprimento da pena, Garrido, Santoro e Tavares (2016, p. 216-217) afirmam que se assemelha “a uma espécie de pena privativa de direitos de caráter perpétuo que não respeita o princípio da individualização da pena”. Isso porque o período estipulado pela lei, em razão de sua extensão, é suficiente para violar garantias estabelecidas pela própria ordem constitucional brasileira, a exemplo da privacidade e da intimidade.

No mesmo sentido, posiciona-se o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (2020, s/p), que, embora taxando de inovador o estabelecimento do prazo de 20 (vinte) anos para a exclusão do perfil, entende que o período “acaba por esvaziar a suposta proteção do direito à privacidade do egresso mesmo décadas após o término da pena”, afinal, durante todo esse intervalo de tempo, o titular das informações genéticas, mesmo liberado do sistema penitenciário, terá a sua dignidade e a sua inocência postas à prova, em risco de ser vítima de qualquer falibilidade técnica do banco de perfis genéticos.

¹⁰ A retenção por tempo indeterminado de perfis de DNA em seus respectivos bancos já tinha sido objeto de polêmica e debates judiciais no cenário internacional antes da publicação da Lei nº 12.654/2012 no Brasil. No julgamento do caso *S. and Marper v. the United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que o Reino Unido violou o art. 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos por proceder de tal modo em relação não somente aos perfis genéticos coletados, mas também às amostras celulares e às impressões digitais das pessoas. No julgamento, a Corte entendeu que a referida conduta violava a vida privada dos sujeitos e, portanto, não se compatibilizava com uma sociedade democrática. Diante desse precedente, tornou-se preocupação dos parlamentares brasileiros, ao editarem a Lei nº 12.654/2012, estabelecer um prazo razoável para a manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados, de modo que não incorressem no mesmo equívoco do Reino Unido (FURTADO; SUXBERGER, 2018).

A ausência de prazos para a exclusão do perfil genético em relação a outros desfechos processuais não considerados pelo art. 7º-A da Lei nº 12.037/2009 revela potencial para provocar os mesmos efeitos acima citados: violação de direitos, inobservância de princípios processuais penais, exposição de informações pessoais sensíveis do titular e, o mais proeminente de todos, insegurança jurídica. Ao não considerar as demais decisões que podem repercutir no estado de inocência do imputado, como a extinção da punibilidade, a rejeição da denúncia e a impronúncia, o legislador fragiliza a situação do investigado/acusado, proporcionando interpretações que o vulneram ainda mais. Nesse sentido, é importante elaborar propostas de resolução para tais casos.

Iniciando pela extinção da punibilidade, os incisos do art. 107 do Código Penal elencam, de modo geral, as suas hipóteses de cabimento: morte do agente; anistia, graça ou indulto; *abolitio criminis*; prescrição, decadência ou preempção; renúncia do direito de queixa ou perdão aceito, nos crimes de ação privada; retratação do réu; e perdão judicial. No entanto, estas não são as únicas. O art. 28, § 13, do Código Processual Penal, por exemplo, declara extinta a punibilidade no caso de cumprimento integral pelo beneficiário do acordo de não persecução penal.

O Código de Processo Penal, por meio do seu art. 397, IV, considera a extinção da punibilidade exemplo de absolvição sumária, momento equivalente ao julgamento antecipado da lide no processo penal, em que o magistrado, antes de iniciada a instrução probatória, em análise dos autos e das provas anexadas, e de acordo com as hipóteses legais, entende não haver substrato para o prosseguimento processual, haja vista existir causa que, de prontidão, já impede a condenação do acusado¹¹.

Na concepção de Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 1356), a configuração da extinção de punibilidade enquanto caso de absolvição sumária representa uma atecnia do legislador, pois a sentença que declara extinta a punibilidade não é, a bem da verdade, absolutória, uma vez que “o magistrado declara simplesmente que o Estado não tem mais a possibilidade de aplicar sanção penal ao acusado, ou seja, não analisa se ele é inocente ou culpado”. Apesar disso, o ordenamento brasileiro a considera como tal, e, ao menos a princípio, assim deve ser tratada.

¹¹ Conforme o art. 397 do Código de Processo Penal, além da extinção da punibilidade, são hipóteses de absolvição sumária a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato, a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade, e a evidente não constituição do fato em crime.

Nesse contexto, por ser hipótese de absolvição sumária, apesar de não estritamente absolver o réu, Aury Lopes Jr. (2020) defende que, sobrevivendo sentença extintiva da punibilidade, deve o perfil genético do acusado ser removido tão logo do banco de dados, nos termos do art. 7º-A, I, da Lei nº 12.037/2009, já que a previsão de absolvição contida naquele dispositivo se refere tanto à sumária quanto à definitiva, não guardando distinção prática em relação a seus efeitos no que toca à presença do referido perfil no sistema de dados forense.

A respeito da rejeição da denúncia, o art. 395 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) traz as suas hipóteses: a) quando for manifestamente inepta, ou seja, não constar os elementos previstos pelo art. 41 do CPP, essenciais para a sua composição (exposição do fato criminoso, qualificação do acusado, classificação do crime e, quando necessário, rol de testemunhas); b) quando faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; e c) quando carecer justa causa (suporte probatório) para a sua propositura, que compreende indícios mínimos de autoria e provas da materialidade do delito.

Renato Brasileiro de Lima (2019) afirma que a rejeição da denúncia, na maioria de suas hipóteses de cabimento (como a inépcia da inicial e a falta de justa causa), promove coisa julgada formal, ou seja, não impede o ingresso de nova ação penal caso seja sanado o vício maculador da anterior, responsável pela sua extinção. Nesse contexto, poder-se-ia pensar que a rejeição da denúncia, por si só, não autorizaria de prontidão a exclusão do perfil genético do banco de dados.

Entretanto, conforme leciona Aury Lopes Jr. (2020), as circunstâncias determinadas pelo art. 395 do CPP, caso incapacitem o ingresso de outra denúncia, para fins de identificação genético-criminal, implicariam o mesmo efeito atribuído pela absolvição do acusado. Nesse sentido, por exemplo, a manutenção do perfil genético no banco de dados se justificaria somente na hipótese de novas provas a basear a ação penal antes rejeitada. No entanto, assim não ocorrendo, caberia a remoção do referido material, uma vez que não seria possível propor nova denúncia, caso não se procedesse à correção do vício que outrora ocasionou a sua rejeição.

Aury Lopes Jr. (2020) ainda defende a aplicação analógica do art. 7º da Lei nº 12.037/2009, que impõe a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo em caso de não oferecimento ou rejeição da denúncia. Segundo o doutrinador, tal entendimento poderia ser adotado para os demais tipos identificatórios, inclusive o genético, já que, independentemente da modalidade escolhida, o objetivo a ser atingido com a identificação seria

o mesmo, qual seja, possibilitar o reconhecimento do sujeito a partir das informações ali disponíveis.

Resta, por fim, examinar os aportes teóricos sobre a decisão de impronúncia, afeta ao procedimento do júri e ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Sua contraparte, a decisão de pronúncia, marca o reconhecimento, pelo julgador, de que existe prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal. Segundo Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 415), caso o julgador tenha dúvida sobre a presença desses pressupostos, não deve pronunciar o acusado, visto que durante a fase de instrução preliminar “a acusação tem o ônus de incrementar e robustecer o material probatório constante da denúncia a fim de que a legitimidade da imputação possa passar por mais esse filtro cognitivo”. Nesse caso, deve impronunciar o acusado, com fundamento no art. 414 do Código de Processo Penal.

A decisão de impronúncia é um pronunciamento judicial incomum no ordenamento jurídico. Não encerra o processo, tampouco autoriza o prosseguimento da persecução penal para apreciação do caso em plenário do júri, ao reconhecer que não há prova da materialidade do fato ou indícios suficientes de autoria. Em face dela, as investigações sobre o caso podem ser reabertas na hipótese de haver prova nova, perspectiva processual que se assemelha ao método inquisitório clássico. Como assinala Salah H. Khaled Jr. (2016, p. 107), na epistemologia inquisitória “sequer havia constatação de inocência na sentença que eximia o réu, mas um mero reconhecimento de insuficiência de provas para sua condenação”.

Situado em uma posição jurídica indeterminada, o impronunciado não é absolvido ou condenado pelo julgador. Disso decorre a dificuldade em estabelecer se existe, ou não, compatibilidade desse pronunciamento judicial com o sistema acusatório. Contudo, tendo em vista que a impronúncia resulta de uma insuficiência probatória, há que se reconhecer que, na hipótese de sua ocorrência, o perfil genético do acusado deve ser excluído do banco de dados, pois não se vislumbra fundamento idôneo para manter um dado sensível sob a custódia do Estado caso inexista finalidade para o seu armazenamento. Sobre o tema, percebe-se que

Uma vez que todas as amostras coletadas em novas cenas de crimes serão comparadas com todos os perfis presentes no banco cadastral para verificação de possível coincidência, a cada nova análise realizada, os indivíduos que têm seu material genético catalogado são automaticamente investigados. Ou seja, mesmo sem qualquer indício ou prova, estes indivíduos serão colocados sob suspeita da prática de todo e

qualquer dos delitos em que se tenham conseguido coletar amostra de DNA (TAVARES, GARRIDO, SANTORO, 2016, p. 222).

Dessa forma, verifica-se que essa sistemática acaba por transferir ao investigado ou acusado um ônus probatório que não lhe fora legalmente atribuído. Pelo contrário, o art. 156 do Código de Processo Penal afirma expressamente que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, de forma que a prova da imputação compete ao órgão acusatório. Se o Estado mantém sob custódia um dado genético sem haver conteúdo incriminador suficiente para sustentar a persecução, quaisquer operações de tratamento realizadas com esse dado pessoal serão consideradas ilegítimas e sujeitarão o Poder Público às penalidades previstas na Lei Geral de Proteção de Dados.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo examinou a disciplina legal referente aos prazos de manutenção de perfis genéticos de investigados e acusados em bancos de dados para fins de persecução penal. Inicialmente, buscou-se ressaltar os riscos decorrentes do tratamento de dados genéticos nos procedimentos criminais, refletindo sobre os discursos sociais e políticos que justificam o uso dessa tecnologia. A seguir, tratou-se especificamente das disposições legais que regulamentam a matéria, assinalando que o legislador falhou ao prever e disciplinar os prazos de permanência do perfil genético somente em caso de absolvição e condenação do acusado.

A partir dessa perspectiva, identificou-se que existem outras hipóteses processuais que podem ensejar a exclusão imediata do perfil genético do banco de dados e, por consequência, evitar um ciclo duradouro de estigmatização e biovigilância. Tendo em vista que o armazenamento dos perfis genéticos deve ser sempre provisório, havendo impossibilidade de dar continuidade à persecução criminal contra o imputado, este tem “o direito de ver retirado do banco de dados seu perfil genético e eventual amostra biológica, imediatamente, pois o motivo que determinou sua coleta (aquela persecução criminal específica) não subsiste” (SUXBERGER; FURTADO, 2018, p. 833).

Assim, conclui-se que o critério a legitimar a coleta e a permanência do perfil genético no banco de dados corresponde à existência de viabilidade jurídica para a persecução, concretamente evidenciada pela presença dos pressupostos processuais e de um acervo probatório idôneo e suficiente para cada fase do processo. Embora não sejam formalmente

equivalentes à absolvição do acusado, compreende-se que, nas hipóteses de não oferecimento da denúncia ou de sua rejeição, bem como de extinção da punibilidade e de impronúncia do imputado, não se mostra razoável o armazenamento do perfil genético pelo prazo de vinte anos. Do contrário, o Estado seria autorizado, por prazo demasiadamente longo, a custodiar dados pessoais sensíveis de pessoas que não foram condenadas – ou sequer denunciadas – e são, portanto, presumidamente inocentes.

Nessas hipóteses, como visto, o próprio Estado reconhece, através do julgador, que não há possibilidade de prosseguir com o processo-crime em face do imputado. Esse reconhecimento demarca o fim da legitimidade do Estado para tratar os dados sensíveis do titular e impõe a sua imediata exclusão do banco de perfis genéticos, ressaltando-se que o mero armazenamento do dado pessoal constitui uma modalidade de tratamento, conforme o disposto no art. 5º, X, da LGPD. Ao encerrar esta pesquisa, afirma-se que os debates sobre privacidade e proteção de dados podem contribuir ativamente para a construção de propostas e racionalidades não inquisitórias no processo penal brasileiro, desde que não se dissociem dos outros direitos fundamentais que limitam a atividade persecutória do Estado.

6. REFERÊNCIAS

BECKER, Cláudia M. S. et al. Projeto de coleta de amostra de condenados – incremento do auxílio a investigações e a justiça. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, v. 11, n. 3, p.69-89, set/dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/719>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BITTAR, Neusa. **Medicina legal e noções de criminalística**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. **Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.** Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em 08 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 08 jun. 2021.

BRASIL. Portal do Governo. Governo Federal. **Banco Nacional de Perfis Genéticos atinge a marca de 100 mil perfis cadastrados.** 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2021/04/banco-nacional-de-perfis-geneticos-atinge-a-marca-de-100-mil-perfis-cadastrados>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. **Senado Federal.** Projeto de Lei nº 93, de 2011. Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra a pessoa ou considerado hediondo. Brasília, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99463>. Acesso em: 10 jun. 2021.

COSTA, Flavia. **Visível/Invisível: Sobre o rastreamento de material genético como estratégia artístico-política.** In: BRUNO, Fernanda *et al.* (Org.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem.* São Paulo: Boitempo, 2018, p. 293-310.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (São Paulo). **Os impactos do pacote anticrime no Banco Nacional de Perfis Genéticos.** 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/296>. Acesso em: 10 jun. 2021.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único.** 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Helena; MONIZ, Helena. **Bases de dados genéticos forenses: Tecnologias de controlo e ordem social.** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MACHADO, Helena. Construtores da bio(in)segurança na base de dados de perfis de ADN. **Etnográfica**, v. 15, 2011, p. 153-166. Disponível em: <https://journals.openedition.org/etnografica/859#quotation>. Acesso em: 20 de jun. de 2021.

MACHADO, Helena; SILVA, Susana; AMORIM, António. Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal. **Análise Social**, v. 45, n. 196, 2010, p. 537-553. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41012816?seq=1>. Acesso em: 15 de jun. de 2021.

MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e Governabilidade nas sociedade da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (Org.). Bases de dados genéticos forenses: Tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MIZANZUK, Ivan. **O Caso Evandro**: Sete acusados, duas polícias, o corpo e uma trama diabólica. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2021.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTANA, Célia Maria Marques de; ABDALLA-FILHO, Elias. Banco nacional de perfis genéticos criminal: uma discussão bioética. **Revista Brasileira de Bioética**, v. 8, n. 1-4, p. 30-45, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de perseguição criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 18, n. 3, p. 518-529, set/dez. 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5137>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SCHIOCCHET, Taysa; CUNHA, Anita Spies da; LAZZARETTI, Bianca Kaini. Bancos de Perfis Genéticos para fins de perseguição criminal: implicações jurídicas à privacidade, intimidade e estigmatização genéticas. **Trabalhos Completos Apresentados nos Seminários Temáticos da V Reunião de Antropologia da Ciência e Tecnologia**, v. 2, n. 2, p. 1-19, 2015. Disponível em: <https://ocs.ige.unicamp.br/ojs/react/article/view/1355>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SOUSA, Stênio Santos. Coleta de perfil genético e investigação criminal: identificação criminal ou meio de prova, á luz do princípio da constitucionalidade? **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2, n. 3, p. 113-149, jan/jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/554>. Acesso em: 12 jun. 2021.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FURTADO, Valtan Timbó Martins Mendes. **Investigação criminal genética**: bancos de perfis genéticos, fornecimento compulsório de

amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 809-842, maio/ago. 2018.

TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: uma análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 4, n. 45, p. 207 - 226, fev. 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1795/1181>. Acesso em: 19 jun. 2021.

DADOS PESSOAIS E PANDEMIA:

UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DA LITERATURA

Alvaro Gustavo Marques Moraes¹

Isa Beatriz da Cruz Neves²

RESUMO: A crise sanitária causada pelo novo coronavírus e, conseqüentemente, as tentativas e esforços para conter o avanço do patógeno desencadearam diversas transformações em um curto espaço de tempo. Dentre essas operações, a evolução de tecnologias da informação como recurso para monitoramento e controle do vírus, foram implementados como estratégia de Estados e instituições de saúde para gerir a crise. No entanto, as medidas relacionadas à utilização de dados para a mitigação da doença se mostraram adversas devido às incursões em direitos à privacidade da população. Nesse sentido, o presente texto busca discutir e analisar como a literatura acadêmica tem abordado as questões no que tange ao tratamento de dados pessoais para monitoramento e controle da Covid-19 valendo-se de uma revisão sistemática da literatura. Para o objetivo do texto, foi estabelecido um problema de pesquisa, a busca por artigos nas bases indexadas *Scielo*, Periódicos CAPES e *Base- Search* usando os descritores: Covid-19; dados pessoais; privacidade; proteção de dados. Após a aplicação dos critérios de inclusão e exclusão foram feitas leituras sistemáticas para analisar, organizar e interpretar os textos. Das produções selecionadas, a revisão bibliográfica narrativa se destaca como metodologia adotada nos textos. Observou-se também que as revistas tinham como área temática o campo do Direito. Entende-se que a utilização dos dados para controle e monitoramento se faz efetiva desde que tenham a legislação bem definida e em vigência, ao passo que para adesão efetiva das medidas que utilizam dados seja necessário a participação popular.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19; Dados pessoais; Revisão sistemática; Proteção de dados

ABSTRACT: The health crisis caused by the new coronavirus and, consequently, the attempts and efforts to contain the spread of the pathogen triggered several transformations in a short time. Among these operations, the evolution of information technologies as a resource for monitoring and controlling the virus, were implemented as a strategy for states and health institutions to manage the crisis. However, measures related to the use of data for the mitigation of the disease proved to be adverse due to incursions into the population's privacy rights. In this sense, the present text seeks to discuss and analyze how the academic literature has addressed issues regarding the processing of personal data for monitoring and control of Covid-19, using a systematic review of the literature. For the purpose of the text, a research problem was established, the search for articles in the indexed databases Scielo, Periodicals CAPES and

¹ Graduando no Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: moraisalvarogustavo@gmail.com

² Doutora em educação e contemporaneidade pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: isabeatrizneves@gmail.com

Base-Search using the descriptors: Covid-19; personal data; privacy; data protection. After applying the inclusion and exclusion criteria, systematic readings were carried out to analyze, organize and interpret the texts. From the selected productions, the bibliographic review was pointed out as the main methodology and it was observed that the magazines have Law as their area of knowledge. It is understood that the use of data for control and monitoring is effective as long as the legislation is well defined and in force, while for effective adherence to measures that use data, popular participation is necessary.

KEYWORDS: Covid-19; Personal data; Systematic review; Data protection

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. Metodologias desenvolvidas pelas produções analisadas e as áreas do conhecimento envolvidas; 4. Aplicabilidade e efetividade do uso dos dados como estratégia de monitoramento e controle da doença; 5. As disposições gerais e excessos da utilização dos dados; 6. as desigualdades e exclusão digital como impasse para utilização desse recurso; 7. a participação popular como agente de implementação desse recurso de forma democrática; 8. Considerações Finais; 9. Referências

1. INTRODUÇÃO

A revisão sistemática como recurso metodológico busca “acompanhar o curso científico de um período específico”, levantando lacunas e encaminhamentos a partir da análise seguido de critérios bem estabelecidos (GOMES; CAMINHA, 2013, p.397). A organização dos estudos com o objetivo de elucidar o tema é imprescindível para a proposição de novos direcionamentos e desenvolvimento de estratégias que contemplem a complexidade do problema. Esse procedimento metodológico voga com o intuito de contribuir para o entendimento dos diversos aspectos que tangenciam a relação entre a utilização de dados pessoais e a procura de soluções para crise sanitária causada pelo patógeno SARS-COV-2.

A crise sanitária causada pelo novo coronavírus e, conseqüentemente, as tentativas e esforços para conter o avanço da doença, desencadearam diversas transformações em um curto espaço de tempo. Dentre essas operações, a evolução de Tecnologias Digitais da Informação e Comunicação (TDIC) como recurso para monitoramento e controle do patógeno foram

implementadas como estratégia de Estados, Instituições de saúde e empresas privadas para gerir a crise. Essa gestão, através do manuseio de dados pessoais, tem suscitado um grande debate em torno de sua aplicabilidade e os efeitos no que tange tanto a mitigação do contágio como a interferência nos direitos fundamentais como a privacidade e liberdades individuais.

A busca pela continuação e manutenção da vida frente a um patógeno com alta taxa de transmissibilidade e letalidade (WERNECK; CARVALHO, 2020) e num contexto sanitário brasileiro, marcada historicamente por desigualdades sociais, configura-se um desafio. Ao tratar da saúde como elemento que salvaguarda o direito à vida, essa necessidade confirma-se ainda mais entendendo-se que, etimologicamente o termo saúde em grego refere-se à integridade, assim “saúde como integridade não permite a fragmentação em saúde física, mental e social e, portanto, parte-se de uma visão holística que supõe entendê-la na interface de grande diversidade de disciplinas” (VILELA; MENDES, 2003, p.529).

Nesse sentido, parte-se do entendimento de que a vida como totalidade deve ser resguardada tanto no aspecto físico, através dos esforços da epidemiologia e da saúde coletiva, como no social na defesa da individualidade e autonomia dos indivíduos em sociedade, ambas garantidas como direitos invioláveis e fundamentais para a continuidade da democracia. Este estudo, portanto, busca entender como a literatura acadêmica tem abordado a problemática sobre o tratamento de dados pessoais pelo Estado e autoridades sanitárias para rastreamento, monitoramento e contenção da Covid-19 e suas implicações no que tange ao direito à privacidade e à liberdade, salientando que ambos podem coexistir em harmonia.

A seguir o artigo será subdividido nos seguintes tópicos, a saber: i) metodologias desenvolvidas pelas produções analisadas e as áreas do conhecimento envolvidas; ii) aplicabilidade e efetividade do uso dos dados como estratégia de monitoramento e controle da doença; iii) as disposições gerais e excessos da utilização dos dados; iv) as desigualdades e a exclusão digital como impasse para utilização desse recurso e; v) a participação popular como agente de implementação desse recurso de forma democrática.

2. METODOLOGIA

Para o objetivo do texto, foram estabelecidos os seguintes passos no processo de revisão:

1. Formulação do problema de pesquisa; 2. Levantamento dos descritores; 3. Busca e seleção

em bases de dados indexadas; 4. Avaliação e análise dos estudos; 5. Apresentação e interpretação dos textos (CRESWELL, 2007).

Após a definição do problema de pesquisa e dos descritores, iniciou-se a busca dos textos nas bases de dados: Scielo, Periódico CAPES e Base-Search, com auxílio dos operadores booleanos *and e aspas*, a escolha de tais bases de dados se dá pela disposição de artigos em língua portuguesa e o acesso gratuito às produções. A partir dos descritores Covid-19, dados pessoais, privacidade e proteção de dados foram possíveis as seguintes combinações: dados pessoais *and* Covid-19; privacidade *and* Covid-19; “proteção de dados” *and* Covid-19.

Foram utilizados como critério de inclusão as produções disponíveis online, em língua portuguesa, publicados no ano de 2020, que contassem com título e resumo, além de serem revisados por pares. Após uma análise dos títulos e verificação dos critérios acima, foram excluídas as produções que não apontavam estrutura básica de um artigo (resumo, introdução, metodologia, resultados e discussões e conclusões), que não discorriam sobre o uso de dados no âmbito da tecnologia da informação e no contexto da pandemia Covid-19.

Os artigos incluídos na pesquisa foram lidos e sistematizados seguindo três fases de leitura, na primeira buscou-se entender a ideia geral do texto; a segunda constitui-se de uma marcação do problema de pesquisa de cada produção, metodologia utilizada para construção do estudo, os principais resultados, discussões e encaminhamentos; e por último, uma terceira leitura para construção de um resumo seguindo as marcações.

Inicialmente foram encontradas 83 produções, dentre as quais estavam relatórios, boletins, artigos, notas técnicas e editoriais dos quais após a aplicação dos critérios de inclusão, sobretudo, ser um artigo dentro das normas da ABNT NBR 6022:2018³ restaram 16 produções. Iniciada a leitura dos textos, de forma dirigida, observando a sua estrutura, metodologia e como discorriam sobre a temática de dados pessoais e a Covid-19 foram utilizados no final 12 produções dispostas no quadro a seguir em ordem cronológica referente ao mês, sendo somente duas produções não identificadas o mês.

QUADRO 1. Produções selecionadas para revisão.

TÍTULO DO TEXTO	NOME DA REVISTA	MÊS/ANO DA PUBLICAÇÃO
-----------------	-----------------	-----------------------

³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6022 Informação e Documentação: Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica - apresentação. Rio de Janeiro. 2018.

Proteção de dados em tempos de COVID-19: Breves reflexões.	CADERNO VIRTUAL	Abril - 2020
Danos colaterais em tempos de pandemia: preocupações quanto ao uso dos dados pessoais no combate a COVID-19.	REDES - Revista Eletrônica de Direito e Sociedade	Maio - 2020
Governança tecnopolítica: biopoder e democracia em tempos de pandemia	NAU SOCIAL	Maio - 2020
Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global	CIÊNCIA & SAÚDE COLETIVA	Maio - 2020
A privacidade em tempos de pandemia e a escada de monitoramento e rastreamento.	Revista Estudos Avançados (IEA) da Universidade de São Paulo (USP)	Agosto - 2020
A utilização de tecnologias da informação em saúde para o enfrentamento da pandemia do Covid-19 no Brasil.	Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário	Setembro - 2020
Reflexões sobre o uso do big data em modelos preditivos de vigilância epidemiológica no Brasil.	Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário.	Setembro - 2020
Repensar a Cidade Inteligente ou voltar ao “Antigo Normal”? Uma reflexão sobre o caso de Lisboa no contexto da Covid-19.	FINISTERRA	Setembro - 2020
Uso de Dados Pessoais como meio de controle da Covid-19: Desafios do Direito à Privacidade	Revista Multidisciplinar Humanidades & Tecnologia - Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM	Setembro - 2020
O uso dos Dados Pessoais nas Políticas Públicas de Combate à Covid-19.	Revista Jurídica - UNICURITIBA	Outubro - 2020
Proteção de Dados Pessoais: uma análise dos efeitos da pandemia da Covid-19 na proteção dos dados.	CADERNO VIRTUAL	2020
Vigilância movida a dados como mecanismo de combate à Covid-19 e seus limites éticos envolvidos na proteção de dados pessoais.	CADERNO VIRTUAL	2020

Fonte: Autoria própria (2021).

3. METODOLOGIAS DESENVOLVIDAS PELAS PRODUÇÕES ANALISADAS E AS ÁREAS DO CONHECIMENTO ENVOLVIDAS

A partir da leitura e análise das produções selecionadas foi possível fazer o levantamento das metodologias utilizadas nos estudos elegidos, a saber: revisão narrativa (1), revisões

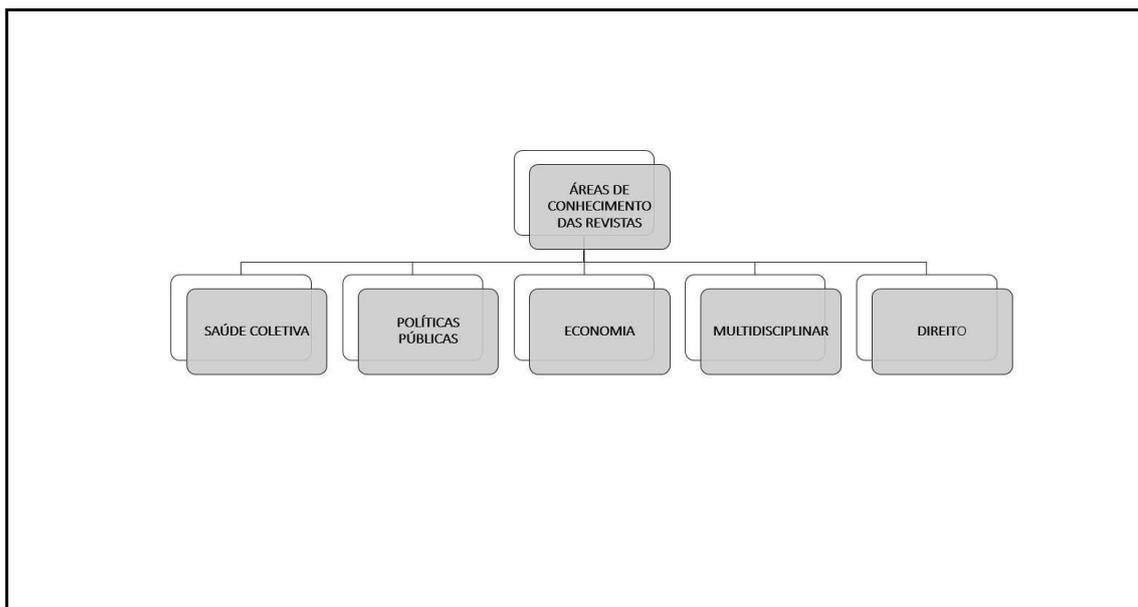
integrativas (3), revisões bibliográficas (6), revisão narrativa/integrativa (1) e método dialético (1). Destaca-se o uso da revisão bibliográfica, também definida como um levantamento bibliográfico ou mapeamento sobre um tema no qual não se usa critérios específicos para busca e seleção dos textos. Nesse sentido, seu intuito é contextualizar e problematizar o tema a partir de análises e apontamentos dos quadros teóricos (VOSGERAU; ROMANOWSKI, 2014).

Outra metodologia entre as produções analisadas é a revisão narrativa, essa não parte de uma questão de pesquisa definida, além de ter um viés mais subjetivo na seleção e análise dos escritos. A revisão narrativa busca reconstruir e levantar pensamentos e conceitos que se deseja conhecer. (GOMES; CAMINHA, 2013). Por último, destaca-se a utilização da revisão integrativa. Segundo Mendes et al. (2008), essa revisão é responsável por uma análise da literatura a partir da discussão de métodos e resultados que contribuam para reflexões de estudos posteriores.

Das áreas de conhecimento referentes aos estudos e as revistas de publicação científica, o Direito, localizado dentro das ciências sociais aplicadas, é a vertente em que mais se encontram textos sobre dados pessoais e a Covid-19, principalmente, por estarem relacionados com a garantia dos direitos fundamentais, sobretudo direito à vida, à privacidade e à liberdade. Esses assuntos serão tratados mais à frente. A área em questão não se limita à abordagem do tema somente pela doutrina ou do ordenamento jurídico, mas compreenderá a importância da integração com os conhecimentos, em especial a epidemiologia e a ciência da informação.

Revistas multidisciplinares e interdisciplinares também aparecem como canais que abordam a temática sustentando a importância de uma visão holística e que compreenda a complexidade do problema. Como aponta a Figura 2, as revistas que abordam a saúde coletiva, a economia e as políticas públicas também são repositórios dos escritos que tratam do tema. Os estudos não se restringem a abordar o problema a partir de determinada área do conhecimento, mas buscam integrar outras expertises para dar conta da demanda do objeto em questão.

Figura 1. Esquema com as áreas de conhecimento das revistas científicas.



Fonte: Autoria Própria (2021)

4. APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DO USO DOS DADOS COMO ESTRATÉGIA DE MONITORAMENTO E CONTROLE DA DOENÇA

A utilização de dados pessoais para monitoramento e controle de doenças, em especial a Covid-19, já é uma realidade antes mesmo do início da pandemia, como aponta Coelho et al. (2020); Freitas et al. (2020). Os estudos destacam a experiência dos países existentes no continente asiático, sobretudo China, Coreia do Sul, Cingapura e Índia, por já terem vivenciado epidemias como a Mers e Sars anos atrás. Outrossim, em meio a esta pandemia global, os países supracitados, abordam a introdução de tecnologias de rastreamento utilizando o ciberespaço, com o intuito de produzir parâmetros de análise frente a Covid-19, com base, em suas arquiteturas e legislações no que tange ao uso de monitoramentos e com a finalidade de explicitar esses direitos baseados em mapeamentos de dados pessoais.

A utilização de informações e dados pessoais como estratégia de combate ao vírus está relacionada também com os avanços tecnológicos e em alguma medida com a facilidade na aquisição de dispositivos móveis, sobretudo, celulares. Segundo a *Global System for Mobile Communications Association* (GSMA, 2019)⁴ cerca de 5,1 bilhões de pessoas no mundo dispõem de algum aparelho celular e 3,4 bilhões de usuários da internet 4G em 2018. Palhares

⁴Agência Brasil 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-09/mais-de-5-bilhoes-de-pessoas-usam-aparelho-celular-revela-pesquisa>.

et al (2020) associam o anseio pelo aproveitamento dos dados pelos Estados e empresas para monitoramento a esse crescimento das tecnologias da informação.

As estratégias consistem em utilizar dados pessoais para formulação de padrões epidemiológicos da doença que contribuam para “a construção de modelos matemáticos para gerar evidências que subsidiem as decisões de gestores nos seus diversos níveis” (ALMEIDA, et al., 2020, p.2488). Segundo Coelho et al. (2020), muitos estudos demonstram a eficácia na utilização de tecnologias em métodos chineses para combate do patógeno. Um dos estudos, aponta para uso de ferramentas de rastreamento pessoal a partir de bancos de dados e algoritmos ligados a aplicativos de conversa e internet das coisas (*internet of things*). As informações são cooptadas pelo governo e servem para rastrear pessoas com estado positivo para a doença na tentativa de descobrir os espaços onde o indivíduo percorreu e os possíveis contatos com outras pessoas. Coelho (et al., 2020) salienta que alguns estudos demonstram a eficiência dessas medidas nas respostas para conter o alastramento do vírus.

Farias (2020), introduz que há a possibilidade da aglutinação de meios epidemiologicamente efetivos, assim como a possibilidade simétrica com os princípios supraleais ao uso da ética na proteção de dados dos seus titulares. Em contrapartida, é demasiado salientar que o uso dessas informações para o monitoramento, é realizado por meio da internet que é o espaço no qual condicionamos nossas relações e pulverizamos nossas ideias, sendo ela, pois, a coadjuvante do ciberespaço com a Covid-19. “A pervasividade da internet como meio de ação, reflexão e representatividade é evidente e conhecida desde o fim do século XX, quando teve início a sociedade em rede tal como hoje a experienciamos” (CASTELLS, 2020, p.2); que é nesta tríplice o meio importante para modificar e possibilitar transformações e novos métodos de abordagem no que se refere ao enfrentamento da pandemia global, que afeta não só a política e a saúde pública, mas também impacta as possibilidades ideológicas virtuais que hoje se tornou importante no condicionamento de informar e da vicissitudes a uma população leiga em relação a práticas científicas e a métodos para a saúde pessoal e populacional .

Em verdade, tomando o pressuposto da importância do espaço virtual no que compete à resolução dos problemas causados pela pandemia, os autores Basan; Barrinha; Egídio (2020) em demasiada inclinação, concordam que aplicativos de rastreamento, *contact tracing*, *bluetooth* ou pulseiras de medição, são meios eficazes para a veloz identificação da proliferação deste patógeno/Covid-19 e na redução do seu alastramento, usando monitoramento de dados

em tempo real, ou em bancos de dados customizados por empresas que embasadas no viés jurídico/legislativo defendem a privacidade e a intimidade da pessoa humana.

5. AS DISPOSIÇÕES GERAIS E EXCESSOS DA UTILIZAÇÃO DOS DADOS

A medida adotada para contenção do vírus a partir da utilização de dados é promissora na possibilidade dos Estados terem ações rápidas frente à pandemia (COELHO et al., 2020). Harayma (2020, p.156) analisa que a partir da recomendação da 71ª Assembleia Mundial de Saúde e outras instituições é possível reconhecer a importância das tecnologias digitais para promover saúde e prevenir doenças. Para a epidemiologia, a projeção a partir do conhecimento dos dados sobre saúde da população se faz essencial, tanto pela necessidade de se conhecer e mapear a propagação do vírus como no desenvolvimento de planejamentos para enfrentamento da doença (PORTELA et al., 2020, p.67). Zaganelli e Maziero (2020) concordam que a utilização desse recurso possibilita agilidade nas medidas preventivas e direciona os passos mais importantes a serem tomados em momentos de grande caos. No entanto, os excessos da utilização desses dados podem ser extremamente problemáticos na medida em que, como explica Cassino et al., no artigo intitulado “Direitos Humanos, inteligência artificial e privacidade”, as atividades que:

são operadas por actantes, softwares, algoritmos e tecnologias de tratamento de grandes bases de dados que permitem realizar predições com a finalidade de influenciar decisões privadas e públicas, [...] passam a ampliar as ações de vigilância sobre cidadãos, adentrando em espaços privados altamente reveladores da personalidade, comportamento, interesse e desejo das pessoas (2019, p. 593).

Diante disso, os estudos apontam de forma unânime que para efetivação dessa medida é imprescindível o aporte do legislativo. Modesto e Junior (2020) colocam que a utilização dos dados pelo Estado deve coexistir com bases jurídicas bem definidas e que o apoio legal é balizador para a implementação do monitoramento com segurança. Assim, o uso das informações como “instrumento preditivo” construído em conformidade com a lei vigente do Estado traz seguridade em casos de excessos. Esse excedente, como apontam Modesto e Junior (2020), decorre justamente de uma não delimitação clara da legislação principalmente pelo que apontam os juristas sobre a ambiguidade e contradições no texto normativo. A Lei Geral de

Proteção de Dados (LGPD)⁵ - Lei 13.709/2018 tendo sua vigência em Setembro de 2020, é responsável por esse aporte jurídico e teria o “objetivo de regulamentar o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade”, conforme dispõe o seu art. 1º (ZAGANELLI; MAZIERO, p.178, 2020).

Entende-se assim, que os excedentes como a divulgação de dados pessoais e sensíveis, definidos como dados que “evidenciam informações de cunho personalíssimo e que podem violar direitos da personalidade” e que a sua exposição “gera um dano não só físico, mas também psicológico” (PORTELA et al., 2020, p.77-78). Monteiro (2020) salienta ainda que os dados quando coletados, armazenados e agrupados podem gerar informações com potência de causar grandes discriminações e risco aos titulares. Esses dados definidos no (art.5, II; LGPD) como “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).

6. AS DESIGUALDADES E EXCLUSÃO DIGITAL COMO IMPASSE PARA UTILIZAÇÃO DESSE RECURSO

Dentre as principais limitações para o uso dos dados como forma de monitoramento da população, além das questões jurídicas, está o fator de desigualdade social e conseqüentemente relacionados à falta de uma educação digital. Monteiro (2020), ao analisar pesquisas sobre o consentimento de informações pessoais a terceiros, coloca que boa parte das pessoas não têm um conhecimento direcionado e explícito do que são, quais as conseqüências de se ceder os dados e a importância de protegê-los.

Coelho et al. (2020) destaca que os fatores sociais têm relação direta com uso das tecnologias da informação para combate da doença, na medida em que, apesar dos apontamentos feitos pela pesquisa TIC Domicílios (CETIC, 2019) indicar que 74% das residências possuem algum tipo de conexão de internet, aspectos como qualidade dos dispositivos móveis, internet e o analfabetismo digital devem ser considerados e são determinantes para efetividade das estratégias de monitoramento, bem como assegurar a inclusão de todos nos registros de saúde tendo em vista que, as desigualdades sociais têm como marcadores de apagamento social raça/cor, renda e geração.

⁵ BRASIL. Lei no 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 14 de fev. 2021.

Zaganelli e Maziero (2020, p.180) salientam ainda que durante o isolamento social a utilização de plataformas de videoconferência, a urgência de continuação das atividades pessoais e a facilidade de acesso e gratuidade “fez com que muitos se cadastrassem, sem saber quais as reais implicações de concordar com os termos de uso do cadastro”. Esses sujeitos, muitas vezes preocupados com os benefícios que lojas e sites prometem, mas sem detalhamento adequado e objetivo dos termos de autorização de uso e no caso específico da Covid-19 o anseio por salvaguarda suas vidas, são partes vulneráveis e suscetíveis a ceder suas informações sem compreensão das implicações futuras.

As produções apontam que para implementar o monitoramento através dos dados é imprescindível reparar questões existentes antes mesmo da pandemia. O conhecimento por parte da população dos meios digitais é fundamental para o entendimento de como os Estados e empresas utilizam os dados e que, em casos de violações, os indivíduos possam se manifestar na garantia de seus direitos. Nesse sentido, o conhecimento digital para manuseio dos equipamentos como celulares, bem como a compreensão dos termos de consentimento de aplicativos e sites são indispensáveis para que a população tenha o mínimo de segurança e possa acompanhar os desdobramentos em casos de abusos e excessos.

7. A PARTICIPAÇÃO POPULAR E O MONITORAMENTO COLABORATIVO COMO METODOLOGIA DEMOCRÁTICA

A desigualdade social reflete-se também na desigualdade digital como na falta de letramento digital, acesso a dispositivos atualizados e internet de qualidade o que dificulta a participação do cidadão tanto no ato de conceder os dados, na fiscalização e acompanhamento dos processamentos dos dados e na participação e entendimento das discussões sobre a LGPD o que impacta nos exercícios pleno da cidadania e da democracia. As produções concordam que para efetiva aplicabilidade do uso do monitoramento e controle através dos dados deve-se aplicar os princípios estabelecidos pela LGPD (Art.6 parágrafos I-X) sendo eles os princípios da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas (BRASIL, 2018). Assim, como salientam Modesto e Junior:

(...) a proteção de dados e utilização do seu tratamento para fins de proteção sanitária para a coletividade não são inteiramente incompatíveis e não precisam ser considerados dentro de uma lógica de exclusão (perde x ganha), podendo coexistir desde que observados certos princípios (2020, p.149).

Para além dos aportes legais, Coelho et al., Monteiro e Palhares et al. (2020) colocam como parte fundante a participação popular, ou seja, a inserção da comunidade, vistos como agentes de construção e que, juntamente com o Ministério Público, possam atuar na fiscalização das medidas tecnológicas utilizadas por Estados e empresas. O acesso à informação representa uma das bases da democracia, em outras palavras, é um direito do cidadão participar ativamente dos diversos espaços na sociedade, mas para que isso aconteça, é necessário a superação das desigualdades sociais e inclusão digital através da apropriação das TIC em virtude da emancipação em oposição à dominação e domesticação. O uso de tecnologias que envolvam informações que afetam a vida em sociedade devem ser informadas à população com transparência a fim de garantir adesão e confiança dos cidadãos.

Seguindo o conceito de mapeamento participativo, usado como metodologia de trabalhos em campos da geografia e da epidemiologia “como uma ferramenta de pesquisa para explorar as relações sociais, e sendo utilizado dessa forma, ao contrário de outros métodos de coleta, constrói relações e diálogos mais extensos entre pesquisador e pesquisado”, a utilização de dados através desse aporte teórico poderia se fazer aplicável e complementar as medidas de controle da Covid-19 (ARAÚJO et al., 2017, p.131).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Momentos de crise, instituídos muitas vezes como tempos de exceção, não devem ser geridos através de medidas rasas que ignoram a complexidade do problema. A pandemia da Covid-19, como problema de saúde pública e que demanda certa urgência nas suas medidas de intervenção, apresenta-se como essa complexidade que não deve pautar o monitoramento através dos dados como estratégia prioritária e única, mas como complemento a soluções como: testagem em massa, ampliação de leitos e atendimento hospitalar, renda básica para as pessoas em vulnerabilidade, suporte para o cumprimento das medidas preventivas como o isolamento social e acesso à informação de qualidade e baseadas cientificamente.

As produções não deixam dúvidas que, ao se integrar as medidas preventivas para enfrentamento da pandemia utilizando-se dos dados e informações pessoais, respaldadas por

uma legislação bem definida e clara e complementada pela participação popular e instituições de fiscalização, levando em consideração as discussões aqui iniciadas podem-se estabelecer caminhos que estarão comprometidos na subsistência da vida e da saúde como integridade.

Sem a pretensão de esgotar a discussão, percebe-se que a participação popular nos processos e debates de políticas públicas e leis é fundamental para a contribuição e consolidação da democracia e para o fortalecimento dos direitos. Sendo essa abordagem uma lacuna a ser aprofundada em estudos futuros, a fim de promover entendimentos e soluções para minimizar as violações diante das inovações tecnológicas.

Consideramos, assim, a necessidade da participação ativa de diferentes atores sociais abordando questões relevantes sobre a manutenção da privacidade e o uso de dados, bem como, exigindo dos gestores públicos e governos locais, ações pautadas na ética e direitos fundamentais visando trazer soluções e discussões consistentes à sociedade sobre a proteção de dados. Nessa perspectiva, compreende-se que a implementação de políticas públicas que incentivem e invistam no acesso da população a dispositivos tecnológicos, internet e letramento digital são condicionantes para efetivação da participação cidadã no que tange aos processos para controle e mitigação da Covid-19 e que podem ser aplicadas em futuras agravos de saúde pública.

9. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bethânia de Araújo [et al]. **Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global**. *Ciênc. Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 25, supl. 1, p. 2487-2492, June 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020006702487&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 Nov. 2020.

ARAÚJO, F. E., ANJOS, R. S., ROCHA-FILHO, G. B., **Mapeamento Participativo: Conceitos, Métodos e Aplicações**. *Bol. geogr.*, Maringá, v. 35, n. 2, p. 128-140, 2017. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/BolGeogr/article/view/31673> Acesso em: 14 de dez. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6022 Informação e Documentação: Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica - apresentação**. Rio de Janeiro. 2018.

BRASIL. Lei no 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 14 de dez. 2020.

CASSINO, João Francisco; AVELINO, Rodolfo da Silva; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Direitos Humanos, inteligência artificial e privacidade**. Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v. 8, n. 15, p. 573-596, jun. 2019. ISSN 2316-8323. Disponível em: <<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes/article/view/11546>>. Acesso em: 13 set. 2021. doi:<https://doi.org/10.30612/rmufgd.v8i15.11546>.

CRESWELL, J. W. **Projeto de pesquisa- método qualitativo, quantitativo e misto**. Tradução de Luciana de oliveira da rocha. 2 Ed. Porto Alegre-artmed, 2007. [s.l: s.n.].

DONADIO, Tomás. **REPENSAR A CIDADE INTELIGENTE OU VOLTAR AO “ANTIGO NORMAL”? UMA REFLEXÃO SOBRE O CASO DE LISBOA NO CONTEXTO DA COVID-19**. Finisterra: Revista Portuguesa de Geografia, vol. 55, n.115, 2020. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/finisterra/article/view/20214> . Acesso em: 16 nov. 2020.

EGÍDIO, Mariana Melo. **Proteção de dados em tempos de COVID-19: Breves reflexões. e-Pública**, Lisboa , v. 7, n. 1, p. 184-199, abr. 2020 . Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2020000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 nov. 2020.

FARIAS, Gabrielle Graça de. **VIGILÂNCIA MOVIDA A DADOS COMO MECANISMO DE COMBATE À COVID19 E SEUS LIMITES ÉTICOS ENVOLTOS NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**. Revista Cadernos Virtuais, v. 2, n. 47, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/4703/1854> . Acesso em: 16 Nov. 2020.

FREITAS, Christiana Soares de; CAPIBERIBE Camila Luciana Góes; MONTENEGRO Luísa Martins Barroso. **Governança Tecnopolítica: Biopoder e Democracia em Tempos de Pandemia**. Revista NAU Social - v.11, n.20, p.191-201,2020. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/nausocial/article/view/36637/21028>. Acesso em: 16 Nov. 2020.

GOMES, I. S.; CAMINHA, I. D. O. **Guia Para Estudos De Revisão Sistemática: Uma Opção Metodológica Para As Ciências Do Movimento Humano**. Movimento (ESEFID/UFRGS), v. 20, n. 1, p. 395, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/Movimento/article/view/41542> Acesso em: 07 de dez 2020.

LOBO COELHO, A.; DE ARAUJO MORAIS, I.; VIEIRA DA SILVA ROSA, W. **A utilização de tecnologias da informação em saúde para o enfrentamento da pandemia do Covid-19 no Brasil**. CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 183-199, 2020. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/709> Acesso em: 16 nov. 2020.

MASSATO HARAYAMA, R. **Reflexões sobre o uso do big data em modelos preditivos de vigilância epidemiológica no Brasil.** CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 153-165, 2020. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/702> Acesso em: 14 nov. 2020.

MENDES, Karina Dal Sasso; SILVEIRA, Renata Cristina de Campos Pereira; GALVAO, Cristina Maria. **Revisão integrativa: método de pesquisa para a incorporação de evidências na saúde e na enfermagem. Texto contexto - enferm.**, Florianópolis, v. 17, n. 4, p. 758-764, Dec. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072008000400018&lng=en&nrm=iso Acesso em: 14 dez. 2020.

MODESTO, Jéssica Andrade; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **“Danos Colaterais Em Tempos de Pandemia: Preocupações Quanto Ao Uso Dos Dados Pessoais No Combate a COVID-19.”** *Revista Eletrônica Direito e Sociedade - REDES*. v. 8, n. 2, p. 143-161, 2020. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6770> Acesso em: 16 Nov. 2020.

MONTEIRO, Guilherme Ornelas. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NA PROTEÇÃO DOS DADOS.** *Revista Cadernos Virtuais*, v. 3, n. 48, p.446-473, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/4849/1937> .Acesso em: 16 Nov. 2020.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (NIC.br). (2020). **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação: pesquisa TIC Domicílios, ano 2019.** Disponível em: <http://cetic.br/pt/arquivos/domicilios/2019/domicilios/> Acesso em: 13 Nov 2020.

PALHARES, GABRIELA CAPOBIANCO [et al]. **A privacidade em tempos de pandemia e a escada de monitoramento e rastreamento.** *Estud. av.*, São Paulo, v. 34, n. 99, p. 175-190, Aug. 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000200175&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 Nov. 2020.

PORTELA, Irene Maria; MOTTA, Ivan Dias da; ABAGGE, Yasmine de Resende. **O USO DOS DADOS PESSOAIS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À COVID-19.** *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 70 - 90, out. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4478> >. Acesso em: 16 nov. 2020.

SANT'ANNA RAMOS VOSGERAU, D.; PAULIN ROMANOWSKI, J. **Estudos de revisão: implicações conceituais e metodológicas.** *Revista Diálogo Educacional*, v. 14, n. 41, p. 165, 2014. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/dialogo?dd1=12623&dd99=view&dd98=pb> .Acesso em: 13 de dez 2020.

VALENTE, Jonas. **Mais de 5 bilhões de pessoas usam aparelho celular, revela pesquisa.** Agência Brasil, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-09/mais-de-5-bilhoes-de-pessoas-usam-aparelho-celular-revela-pesquisa> .Acesso em: 15 de dez. 2020.

VILELA, Elaine Morelato; MENDES, Iranilde José Messias. **Interdisciplinaridade e saúde: estudo bibliográfico.** *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, Ribeirão Preto , v. 11, n. 4, p. 525-531, Aug. 2003 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692003000400016&lng=en&nrm=iso . Acesso em: 14 dez. 2020.

WERNECK, Guilherme Loureiro ; CARVALHO, Marília Sá . **A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada.** *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n.5, Abr. 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1036/a-pandemia-de-covid-19-no-brasil-crnica-de-uma-crise-sanitria-anunciad> . Acesso em: 14 fev. 2021.

ZAGANELLI, Margareth Vetsis; MAZIERO, Simone Guerra. **USO DE DADOS PESSOAIS COMO MEIO DE CONTROLE DA COVID19: DESAFIOS DO DIREITO À PRIVACIDADE.** *Revista Multidisciplinar HUMANIDADES & TECNOLOGIA (FINOM)*, vol. 25, n. 1, 2020. Disponível em: http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/1296 .Acesso em: 16 Nov. 2020.

DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL:

A POSSIBILIDADE JURÍDICA E A NECESSIDADE POLÍTICA DE COTAS ELEITORAIS PARA PESSOAS LGBTI+ NO BRASIL

*Lucas Bittencourt Silva*¹

*“Direitos são conquistados apenas por aqueles que fazem suas vozes serem ouvidas.”*²

(Harvey Milk)

RESUMO: A diversidade sexual e de gênero é uma pauta que tem se inserido cada vez mais no debate político contemporâneo, seja para apoiá-la ou criticá-la. Diante disso, é preciso questionar sobre os motivos que levam à sub-representação política das pessoas LGBTI+ no Brasil, a qual é explicada por fatores históricos e demonstrada por dados estatísticos, bem como pensar em respostas jurídicas a esse problema. Este artigo aborda as cotas eleitorais como uma possível solução à questão. Para tratar do tema, adota-se a pesquisa básica e exploratória, o método dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental de jurisprudência. Assim, discute-se sobre: a história do conceito de igualdade; as ações afirmativas como medida que visa a concretizar a igualdade material; a representação política de pessoas LGBTI+ no Brasil; as cotas eleitorais como uma resposta para o problema. Os resultados obtidos são: o significado contemporâneo de igualdade é o material, sendo este adotado pela Constituição Federal de 1988; as ações afirmativas são medidas legítimas para efetivar a igualdade material; as pessoas LGBTI+ são sub-representadas na política brasileira; as cotas eleitorais são uma possibilidade jurídica e uma necessidade política no estudo do presente tema.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas; Cotas eleitorais; Igualdade formal e material; Sub-representação política LGBTI+.

ABSTRACT: Sexual and gender diversity is an agenda that has been increasingly inserted in contemporary political debate, whether to support or criticize it. That said, it is necessary to question the reasons that lead to the political under-representation of LGBTI+ people in Brazil, which is explained by historical factors and demonstrated by statistical data, as well as thinking about legal responses to this problem. This article debates the electoral quotas as a possible solution to the issue. To treat the theme, are adopted the basic and exploratory research, the deductive method and the methodology of bibliographic and documentary research of

¹ Graduando em direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: lucasbittsilva123@hotmail.com

² Redação original: *rights are won only by those who make their voices heard* (MILK apud EXCHANGE ALUMNI, 2014). Tradução livre. O autor da frase, Harvey Milk, foi o primeiro homem abertamente gay a ocupar um cargo público de destaque na Califórnia (EUA), em 1977, tendo sido assassinado em 1978.

jurisprudence. Thus, are discussed: the history of the concept of equality; affirmative actions as a measure aimed at achieving material equality; the political representation of LGBTI+ people in Brazil; electoral quotas as an answer to the problem. The results obtained are: the contemporary meaning of equality is the material, which is adopted by the Federal Constitution of 1988; affirmative actions are legitimate measures to realize material equality; LGBTI+ people are under-represented in Brazilian politics; electoral quotas are a legal possibility and a political necessity in the study of this theme.

KEY WORDS: Affirmative Actions; Electoral quotas; Formal and material equality; LGBTI+ political underrepresentation.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Uma breve história da igualdade: da igualdade formal à igualdade material; 3. Ações afirmativas como medida concretizadora da igualdade material; 4. A sub-representação política das pessoas LGBTI+ no Brasil; 5. Cotas eleitorais para pessoas LGBTI+; 6. Conclusões; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A política é um campo da vida social em constante transformação, afinal uma infinidade de fatores atua em seu funcionamento, a exemplo de questões econômicas, históricas, culturais, sociais, estruturais e institucionais. Novos grupos sociais estão sempre surgindo, se extinguindo, se fundindo e se transformando.

Não poderia ser diferente com as minorias sexuais e de gênero. Embora tenham passado por várias dificuldades ao longo da história, tal grupo social, atualmente reconhecido pela sigla LGBTI+³, tem se organizado politicamente no Brasil desde a década de 1970 (SANTOS, 2016). Apesar de inegáveis avanços nos últimos anos, as pessoas LGBTI+ carecem de uma representatividade política adequada e de uma resposta jurídica a essa questão.

³ Conforme os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2014, p. 42-45), as letras L, G e B dizem respeito às orientações sexuais mais conhecidas: lésbicas (mulheres que se atraem por mulheres), gays (homens que se atraem por homens) e bissexuais (pessoas que se atraem por homens e mulheres). A letra T é um termo guarda-chuva que abarca as pessoas transexuais, transgêneros e travestis. A letra I retrata as pessoas intersexo, indivíduos que nascem com uma genitália que apresenta características de pênis e vagina simultaneamente. O símbolo “+” abrange todas as outras minorias sexuais e de gênero, podendo ser citadas, em rol exemplificativo, as pessoas não-binárias (que não se identificam nem como homens, nem como mulheres), os pansexuais (pessoas que se atraem por homens, mulheres e pessoas não-binárias), os assexuais (pessoas que sentem pouca ou nenhuma atração sexual) e as pessoas agênero (pessoas que não pertencem a gênero algum).

O problema estudado por este artigo é a sub-representação política das pessoas LGBTI+ no Brasil, considerando os aspectos políticos, jurídicos, históricos e estatísticos que envolvem o tema. A hipótese é de que a adoção de cotas eleitorais para as minorias sexuais e de gênero é uma medida que auxiliará a solucionar, do ponto de vista jurídico e político, o impasse da dificuldade de inserção das pessoas LGBTI+ na política brasileira, à semelhança do que já ocorre com a cota eleitoral feminina.

A justificativa reside no esclarecimento do tema para contribuir com a conquista da igualdade política material entre pessoas LGBTI+ e pessoas heterossexuais cisgêneros⁴. A relevância consiste na confirmação ou negação da hipótese, o que irá auxiliar os profissionais e estudiosos jurídicos e políticos do Brasil na criação, interpretação e aplicação de normas de Direito Eleitoral, considerando as especificidades da diversidade sexual e de gênero.

Adota-se a pesquisa básica e exploratória, bem como o método dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental de jurisprudência, para abordar os aspectos jurídicos e políticos relacionados ao tema em estudo.

Este artigo se desenvolve em quatro pontos centrais. O primeiro trata dos sentidos atribuídos ao princípio da igualdade ao longo da história e discute qual desses significados foi adotado pela Constituição brasileira de 1988. O segundo traz as ações afirmativas como mecanismo de efetivação da igualdade material. O terceiro expõe a orientação sexual e a identidade de gênero como fatores que diferenciam politicamente os candidatos a cargos eletivos, levando à sub-representação política de pessoas LGBTI+ no Brasil. Por fim, o quarto ponto debate as cotas eleitorais como possível solução jurídico-política que diminuiria a falta de representatividade política das minorias sexuais e de gênero.

2. UMA BREVE HISTÓRIA DA IGUALDADE: DA IGUALDADE FORMAL À IGUALDADE MATERIAL

⁴ Maria Berenice Dias (2014, p. 42) pontua que heterossexual é a pessoa que sente atração afetiva/sexual por indivíduos do gênero oposto (ou seja, homens que se atraem por mulheres e mulheres que se atraem por homens), não se enquadrando, pois, nas demais orientações sexuais (homossexual, bissexual, pansexual, assexual, etc.). Ademais, Jesus (apud LIMA; OLIVEIRA; MOREIRA, 2020, p. 204) pontua que cisgênero é o indivíduo que se identifica com o gênero que lhe foi atribuído no nascimento, de forma que não se encaixa em identidades tais como transgênero, transexual, travesti, intersexo ou pessoa não-binária. Note-se, pois, que somente a pessoa que for simultaneamente heterossexual e cisgênero não integrará a população LGBTI+, dado que uma pessoa L, G ou B pode ser cisgênero, assim como é possível uma pessoa T, I ou + ser heterossexual, pois orientação sexual e identidade de gênero são dois conceitos distintos, ambos integrando, juntamente com o sexo e o gênero, a sexualidade humana.

A igualdade, embora seja filosoficamente pensada da perspectiva europeia desde os tempos de Sólon (HELVESLEY, 2004, p. 143), que viveu na Grécia entre os séculos VII e VI antes de Cristo, ganhou bastante relevância no mundo jurídico ao final do século XVIII, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), tendo ainda, no século XX, adquirido um novo significado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Ao longo desse período, o conteúdo e a interpretação desse tão importante princípio foram sendo construídos e reconstruídos conforme as necessidades históricas (PIOVESAN, 2005, p. 44), afinal, como afirmado por Norberto Bobbio (2004, p. 9), os direitos humanos “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”.

Deveras, consoante ensina Cruz (2009, p. 03), durante a Idade Média vigeu um Direito Consuetudinário que excluía a igualdade, logo era inconcebível a ascensão social, dado que “os direitos e obrigações que regiam a vida dos indivíduos eram determinados por sua condição social e esta última [era] fixada pelo nascimento”. Obviamente, o monarca se posicionava no topo da pirâmide social, pois era considerado um representante de Deus na terra, devido à adoção da teoria do direito divino dos reis, exponenciada por Bossuet, de forma que “qualquer ato de rebeldia contra o príncipe cristão – ainda que apenas em pensamento – era atitude sacrílega” (LOPES, 2010, p. 216).

Todavia, uma série de acontecimentos históricos fortaleceu a burguesia e enfraqueceu os poderes monárquico e religioso, a exemplo da Reforma Protestante, Renascimento Humanista, Iluminismo e invenção da imprensa (CRUZ, 2009, p. 06). Tudo isso culminou na Revolução Francesa (1789-1799), que tirou o poder político das mãos da monarquia e o concedeu à burguesia, o que deu origem a um dos documentos jurídicos mais importantes da história: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

A importância de tal documento reside notadamente em seu art. 1º, que consagrou a igualdade como um “legado do pensamento clássico” (SILVA, 2010, p. 83). Tal concepção da igualdade foi positivada em várias Constituições posteriores do mundo ocidental, inclusive a primeira Constituição brasileira, de 1824.

Contudo, a igualdade prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão era meramente formal. Ou seja, preconizava que o Estado deveria tratar todas as pessoas de forma

igual, tendo uma postura neutra diante das diferenças que os cidadãos apresentassem no plano fático, dado que o ser humano era considerado de forma abstrata. Nesse sentido lecionava Pimenta Bueno (1857, p. 422), jurista brasileiro contemporâneo da Constituição Imperial de 1824, a qual também adotou a concepção formal de igualdade: “qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros respeitos, há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer castigue”.

Destarte, como todas as pessoas são, em tese, iguais, era-lhes concedido o mesmo tratamento. Isso possibilitou que outros direitos, como os de propriedade privada e segurança pública, alcançassem maior desenvolvimento teórico e prático, dado que eram fundamentais para garantir os interesses políticos burgueses (ROCHA, 1996, p. 285). Dessa maneira, a burguesia em ascensão pôde alcançar seus objetivos econômicos e políticos, expandindo a economia e impulsionando a globalização, o que foi ainda mais fomentado pela Segunda Revolução Industrial (CRUZ, 2009, p. 07).

Portanto, do ponto de vista histórico, a acepção meramente formal da igualdade se revelou um instrumento teórico da burguesia para atingir seus objetivos classistas, ainda que em detrimento dos direitos e da dignidade de outras classes sociais, conforme leciona Paulo Bonavides (2007, p. 42):

A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.

Sendo assim, em nome do dito progresso e com fundamento na igualdade formal, foram realizadas inúmeras violações aos direitos humanos entre o século XVIII até meados do século XX, a exemplo de exploração do trabalho infantil, proibição do voto feminino, criminalização da homossexualidade e escravidão, tendo culminado com o maior absurdo histórico da humanidade: o assassinato em série de seres humanos integrantes de minorias sociais nos campos de concentração da Alemanha nazista.

Infelizmente, a humanidade precisou chegar a tal nível de decadência moral para se dar conta de que a igualdade formal não é capaz de efetivar os direitos humanos a todos os seres

humanos. Afinal, como disse Cármen Lúcia Antunes Rocha (apud CRUZ, 2009, p. 09), “os direitos humanos foram, primeiro, crimes dito políticos pelos quais muitas cabeças rolaram. Só depois vem o Direito. Muito depois vêm os direitos.”.

Por conseguinte, tal período, em que os direitos humanos tinham pouca ou nenhuma aplicação prática, aprofundou ainda mais as desigualdades sociais entre os grupos detentores do poder e aqueles que não o detinham, fazendo surgir o que hoje se denomina de minorias sociais, ou seja, “grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder” (ROCHA, 1996, p. 285). As minorias sociais não necessariamente são minoritárias em termos quantitativos, mas o são antropologicamente em termos qualitativos (ALMEIDA; TEIXEIRA, 2011, p. 115). A título exemplificativo, podemos citar como minorias sociais as mulheres, as pessoas LGBTI+, os negros, as pessoas com deficiência, os indígenas, as pessoas de baixa renda, etc.

Assim, todo esse período em que predominou a concepção meramente formal da igualdade, de aproximadamente 150 anos, deixou cicatrizes sociais e econômicas muito profundas na história, as quais não ficaram apenas no passado, fazendo-se sentir ainda nos dias atuais.

Por exemplo, segundo dados da Organização Não Governamental Oxfam (apud G1, 2020), o 1% de pessoas mais ricas do mundo possui mais do dobro da riqueza de 6,9 bilhões de pessoas, sendo que, a nível mundial, os homens detêm 50% mais riqueza que as mulheres. Ademais, ao pesquisar a vida pessoal dos 10 indivíduos mais ricos do planeta, que acumulam, juntos, mais de um trilhão de dólares (MOBILLS, 2021), nota-se que todos são homens, heterossexuais e cisgêneros, sendo que apenas um deles, o último colocado da lista, não é branco.

Por conta disso, o próprio conceito de igualdade precisou passar por uma revolução teórica, a qual teve como pontos históricos marcantes o fim da Segunda Guerra Mundial (1945) e a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Após esses acontecimentos, reconheceu-se que, apesar de, na teoria, todas as pessoas serem iguais, na prática elas não são iguais, pois existem uma série de fatores sociais e econômicos (classe social, origem étnica, idade, sexo, gênero, orientação sexual, identidade de gênero, cor da pele, religião, deficiência física ou mental, etc.) que, por motivos históricos, influenciam nas oportunidades, ou na falta destas, que as pessoas terão ao longo da vida (ROCHA, 1996, p. 284).

Dessa maneira, concebeu-se um novo sentido para a igualdade. Deixou-se de lado o tratar todos de forma igual, independentemente de suas diferenças fáticas, para, conforme a máxima aristotélica, tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades (MELLO apud CUNHA, 2017, p. 10). Evoluiu-se da mera proibição da discriminação, em que o Estado assumia uma posição neutra, para o fomento à igualdade, em que o Estado atua de forma positiva para efetivar a isonomia (ROCHA, 1996, p. 286). Abandonou-se o ser humano abstrato, alheio a suas características peculiares que o distinguem dos demais, para focar no ser humano concreto, situado em determinado contexto histórico, social e econômico, com todas as características que lhe são próprias (PIOVESAN apud GOMES, 2003, p. 89). Enfim, passou-se da igualdade formal para a igualdade material.

Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 289), a igualdade material é considerada “não apenas como regra, ou mesmo como princípio, mas como valor supremo definidor da essência do sistema [constitucional] estabelecido”.

Ademais, segundo Nancy Fraser (2009, p. 26), a igualdade material deve buscar uma concepção tridimensional de justiça, ou seja, deve ser orientada por critérios econômicos, para assegurar uma justa distribuição de renda, por critérios socioculturais, para garantir as mesmas oportunidades a todos os grupos sociais, inclusive às minorias sociais, e por critérios políticos, para que todos os grupos sociais sejam igualmente representados na vida pública.

Nesse contexto, um dos principais mecanismos de efetivação da igualdade material são as ações afirmativas, conforme se verá adiante.

3. AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEDIDA CONCRETIZADORA DA IGUALDADE MATERIAL

Como visto no tópico anterior, a adoção por 150 anos de uma interpretação meramente formal da igualdade levou ao aprofundamento da desigualdade em relação às minorias sociais.

Ainda segundo Cruz (2009, p. 30), a discriminação contra minorias pode ser de duas espécies: direta ou de fato. A primeira é a discriminação intencional, praticada com dolo de discriminar, ofendendo a integridade física ou moral de alguém pertencente a uma minoria. A discriminação direta costuma ser reprimida pela proibição da discriminação, ou seja, através de normas sancionatórias, geralmente com sanções penais (CRUZ, 2009, p. 30).

Nesse sentido, há, no Brasil, a Lei nº 7.716/1989, cujo art. 20 criminaliza as condutas homotransfóbicas, conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵. Há também leis estaduais e municipais que preveem sanções administrativas para atitudes discriminatórias em razão de orientação sexual ou identidade de gênero⁶.

Para além disso, a discriminação de fato é a discriminação velada, que igualmente ofende o integrante da minoria social, mas sem que a pessoa que a consumou tenha consciência de estar discriminando, em razão de o preconceito estar tão profundamente enraizado na psique social⁷. A discriminação de fato tem peculiaridades próprias, pois se encontra institucionalizada nos campos privado e público, sendo neste manifestada por uma “política de neutralidade e de indiferença do aparato estatal para com as vítimas da discriminação” (CRUZ, 2009, p. 31).

As discriminações de fato são coibidas pelo fomento à isonomia, quer dizer, por atuações estatais (seja por políticas públicas, seja por imposições ao setor privado) que conferem, em alguma medida, igualdade de oportunidades às minorias sociais (GOMES, 2003, p. 94). Tais atuações estatais se efetivam mediante ações afirmativas, que são “medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis” (PIOVESAN, 2005, p. 49). Sendo assim, “as ações afirmativas se legitimam com base nos princípios do pluralismo e na dignidade humana” (CRUZ, 2009, p. 158).

As ações afirmativas surgiram por influência das decisões proferidas pela Suprema Corte estadunidense no pós-Segunda Guerra Mundial (ROCHA, 1996, p. 286), tendo posteriormente se incorporado nas legislações e até mesmo nas Constituições de diversos Estados. Nesse sentido, um exemplo de ação afirmativa está expressamente previsto no art. 37, VIII, da Constituição Brasileira⁸.

⁵ ADO nº 26/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13/06/2019, publicado em 06/10/2020.

⁶ A título exemplificativo, há a Lei nº 7.041/2015, do Estado do Rio de Janeiro, e a Lei nº 9.498/2019, do Município de Salvador.

⁷ Podemos citar como exemplo de discriminação direta quando alguém chama um homossexual de “bicha”, palavra com significado pejorativo. Ademais, seria o caso de discriminação de fato proferir a frase “Fulano é homossexual, mas é um bom profissional”, dado que a conjunção “mas” exprime ideia de oposição, como se houvesse alguma contradição entre ter um bom desempenho profissional (algo positivo) e ser homossexual (algo supostamente negativo, no pensamento das massas).

⁸ CF, art. 37, VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Aliás, as ações afirmativas encontram fundamento constitucional nos próprios objetivos do Estado brasileiro, elencados no art. 3º da Carta Magna⁹. Nesse sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 289) destaca que todos os verbos utilizados pelo artigo em questão (construir, garantir, erradicar, reduzir, promover) são verbos de ação, exigindo, pois, condutas afirmativas do Estado em prol dos objetivos fundamentais.

Ainda segundo a autora, a Constituição declara que “não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los” (ROCHA, 1996, p. 288). Até porque se o Brasil fosse livre, justo e solidário, “teria sido suficiente, mais ainda, teria sido necessário, tecnicamente, que apenas se estabelecesse ser objetivo manter a igualdade sem preconceitos” (ROCHA, 1996, p. 290). Portanto, as ações afirmativas são exatamente medidas de concretização dos objetivos fundamentais da República, dentre os quais se insere a igualdade material (CF, art. 3º, IV).

Existem várias formas de implementar ações afirmativas, como, por exemplo, “o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais” (GOMES, 2003, p. 113), porém o mais conhecido é, sem dúvidas, o sistema de cotas. A título exemplificativo, há a cota eleitoral feminina, prevista no art. 10, § 3º, da Lei nº 9504/1997, que impõe a reserva de, pelo menos, 30% das candidaturas de cada partido político para candidatas mulheres nas eleições proporcionais.

Segundo Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2003, p. 112), as cotas, para serem legítimas, devem guardar “um nexos causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida”. Sendo assim, pretende-se, a seguir, abordar a sub-representação política das pessoas LGBTI+ no Brasil como o nexos causal que justifica a possibilidade jurídica e a necessidade política de se instituir cotas eleitorais em benefício dessa população, à semelhança do que já ocorre com as mulheres.

4. A SUB-REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS PESSOAS LGBTI+ NO BRASIL

⁹ CF, art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ao estudar a diversidade sexual e de gênero sob uma perspectiva histórica, nota-se que nem sempre existiu o preconceito contra as pessoas LGBTI+ tal como verificado atualmente. Deveras, na Antiguidade a homossexualidade e a bissexualidade eram práticas comuns e até mesmo estimuladas em locais como Grécia, Roma, Babilônia e China (DIAS, 2014, p. 47-49). Ademais, até o final do século XVIII, “o ser trans era qualificado como algo positivo, pertencia ao campo do divino” (SILVA; SOUZA; BEZERRA, 2019, p. 05). De forma semelhante, a intersexualidade era o sexo da divindade grega Hermaphroditus, fruto da união dos deuses Hermes e Afrodite (SPINOLA-CASTRO, 2005, p. 48).

Todavia, esse cenário começou a mudar com a consolidação das religiões monoteístas no mundo, notadamente o cristianismo (DIAS, 2015, p. 50). A partir de então, as pessoas LGBTI+ passaram a ser rotuladas como doentes ou desviadas dos padrões ditos ideais conforme uma visão cristã de mundo (CRUZ, 2009, p. 82). Dessa forma, surgiu aquilo que Vecchiatti (2020, p. 20-21) denomina de “banalidade do mal homotransfóbico”, ou seja, o preconceito sedimentado na sociedade, real ou presumido, contra a população LGBTI+, tendo tal termo sido inspirado na expressão “banalidade do mal”, de Hannah Arendt e sua ideia de “direito a ter direitos”.

A banalidade do mal homotransfóbico pode ser visualizada em vários dados estatísticos relacionados à situação social e política das pessoas LGBTI+ no Brasil e no mundo. Vale ressaltar que, segundo a teoria do impacto desproporcional, surgida na jurisprudência estadunidense, “se os dados estatísticos demonstrarem haver um visível prejuízo para as minorias, tornar-se-ão elementos probatórios da ilegitimidade da discriminação” (CRUZ, 2009, p. 35). Essa teoria foi “reconhecida pelo STF quando normas hipoteticamente neutras e, desde a sua origem harmoniosas com a igualdade formal, produzem efeitos que na vida prática são prejudiciais a determinados grupos sociais que já se encontram em estado de marginalização” (SANTOS; VIANA, 2021, p. 262).

Nesse contexto, a homossexualidade ainda é criminalizada em 69 dos 195 países do mundo, sendo aplicada a pena de morte em 6 Estados (BBC NEWS BRASIL, 2021). Ademais, aproximadamente 77% das violências homotransfóbicas ocorridas na América Latina entre 2013 e 2014 foram assassinatos, conforme informações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (apud WILLS, 2016).

No cenário brasileiro, a situação é ainda mais preocupante, pois nosso país é “campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais” (OLIVEIRA; MOTT, 2019, p. 13). Em média,

ocorre uma morte a cada 26 horas, seja por homicídio ou suicídio (OLIVEIRA; MOTT, 2019, p. 13), bem como, segundo dados do SUS - Sistema Único de Saúde (apud PUTTI, 2020), uma agressão física a cada hora, motivadas por preconceito contra orientação sexual ou identidade de gênero. Entre 2000 e 2019, foram contabilizadas 4.809 mortes (OLIVEIRA; MOTT, 2020, p. 33).

As violações à dignidade das pessoas LGBTI+ são tão recorrentes na sociedade brasileira que as condutas homotransfóbicas foram criminalizadas pelo art. 20 da Lei nº 7.716/1989. Embora no referido dispositivo legal não se encontrem expressamente as expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero”, é possível lê-las dentro da palavra “raça”, esta, sim, explícita no artigo, conforme decidiu o STF na ADO nº 26/DF, em junho de 2019, em julgado com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*¹⁰.

Como não poderia deixar de ser, a banalidade do mal homotransfóbico se revela com especificidades próprias no campo da política, o que também pode ser demonstrado através de uma análise histórica e estatística.

Em razão de, como visto, os direitos das pessoas LGBTI+ terem sido negados desde a consolidação do cristianismo como religião predominante no mundo ocidental, somente a partir da década de 1960 as minorias sexuais e de gênero começaram a se organizar politicamente para a garantia de seus direitos. Nesse sentido, a Revolta de Stonewall, ocorrida em 28 de junho de 1968 em Nova York, se tornou “o grande marco internacional do movimento homossexual” (UEDA; SANTANO, 2018, p. 45).

A partir de então, as pessoas LGBTI+ foram, aos poucos, se inserindo no contexto político mundial. Em 1972, a Holanda se tornou o primeiro país do mundo a eleger um parlamentar homossexual, o historiador Coos Huijsen, o qual, porém, só foi revelar publicamente sua orientação sexual em 1977 (REYNOLDS, 2013, p. 261). Atualmente, dos

¹⁰ Ao contrário do que possa parecer em uma análise menos atenta, o STF, ao proferir tal decisão, não legislou e nem aplicou analogia *in malam partem*, mas apenas subsumiu, mediante adequação típica, a homotransfobia ao crime de racismo, conforme leciona Paulo Roberto Iotti Vecchiatti em obra específica sobre o tema (2020). Isso porque, de acordo com o julgado do STF, o Direito Penal não adota o conceito de racismo do senso comum, pelo qual racismo é somente o preconceito por cor de pele, mas sim o conceito sociológico, abraçado pela própria literatura negra antirracista (VECCHIATTI, 2020, p. 36-37), segundo o qual racismo é toda relação de poder “entre grupo [social] dominante e grupo(s) [sociais] dominado(s), hierarquizando aquele sobre este(s)”, por uma motivação “estrutural, sistemática, institucional e histórica” (VECCHIATTI, 2020, p. 39-40), definição na qual claramente se insere o preconceito por orientação sexual ou identidade de gênero. Portanto, houve subsunção da homotransfobia ao crime de racismo, sem analogia ou interpretação extensiva, o que, inclusive, restou expressamente consignado na ementa do julgado.

cerca de 46 mil parlamentares do mundo, apenas 0,002% é abertamente LGBTI+, segundo estudo publicado por Reynolds em 2019 (apud MARQUES; CARVALHO, 2020, p. 17-18).

No Brasil, a organização do Movimento LGBTI+ se iniciou em 1978, através do grupo Somos, em São Paulo (SANTOS, 2016, p. 65). Em 1986, João Batista Breda e Herbet Daniel se tornaram os primeiros candidatos abertamente homossexuais, porém a primeira eleição de uma pessoa LGBTI+ só veio uma década depois, em 1996, quando a travesti Kátia Tapety foi eleita vereadora pelo Município de Colônia do Piauí/PI (SANTOS, 2016, p. 66-67).

Desde a década de 1970 até os dias atuais, muita coisa mudou na participação política de pessoas LGBTI+ no Brasil. Santos (2016, p. 68) aponta que, nas eleições municipais de 2004, houve apenas 10 candidatos abertamente LGBTI+, número que saltou para 173 nas eleições municipais de 2012, o que representa um aumento de 1.730%. Segundo dados da Aliança Nacional LGBTI+, nas eleições municipais de 2020 foram registradas 585 pré-candidaturas que apoiam a pauta da diversidade sexual e de gênero, número considerado um “aumento recorde” (SANTOS; VIANA, 2021, p. 254-255).

Não apenas o número de candidaturas LGBTI+ tem aumentado, como também a opinião pública referente a tais candidaturas se alterou. Em 2007, somente 32% dos brasileiros votariam em um homossexual para Presidente da República (BBC NEWS BRASIL, 2016), número que aumentou para 60% em 2021 (ALESSI, 2021).

Apesar de tais avanços, o Brasil ainda está muito distante de atingir a igualdade política das minorias sexuais e de gênero. Isso porque “Em um nível estrutural, as instituições do Estado e dos regimes concorrenciais liberais são fundadas em um pretense universalismo, mas servem à cis-heteronormatividade branca, burguesa e masculina” (MARQUES; CARVALHO, 2020, p. 10). Isso pode ser visualizado pelo perfil do Congresso Nacional brasileiro, que, na legislatura 2019-2022, registrou

15% de deputadas federais mesmo tendo 25 anos de lei de cotas de gênero; ou 75% de deputados/as federais autodeclarados/as brancos/as em um país de maioria preta e parda; ou metade dos/as eleitos/as de 2018 para o Congresso Nacional ser composta de milionários/as (MARQUES; CARVALHO, 2020, p. 09-10).

A mesma conclusão pode ser retirada a partir de uma análise da composição do Congresso Nacional de acordo com o perfil da diversidade sexual e de gênero. Nos quase 200 anos de história do Legislativo Federal brasileiro, apenas 6 pessoas abertamente LGBTI+

ocuparam o cargo de parlamentar, a saber, Clodovil Hernandez, Jean Wyllys, David Miranda, Marcelo Calero, Fabiano Contarato (MARQUES; CARVALHO, 2020, p. 03), além de Vivi Reis. Dos 6, quatro (Jean Wyllys, David Miranda, Fabiano Contarato e Vivi Reis) se posicionam favoravelmente aos direitos das minorias sexuais e de gênero, um (Clodovil Hernandez) se posicionava contrariamente e um (Marcelo Calero) demonstra neutralidade sobre o tema. Ademais, com exceção de Vivi Reis (que é mulher bissexual cisgênero), todos são homens homossexuais cisgêneros, de forma que o Congresso ainda carece de representatividade lésbica, transgênero e intersexo.

Considerando as eleições em todos os entes federativos do Brasil, o cenário também não é muito animador. Segundo dados da ABGLT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (apud SANTOS, 2016, p. 68 e 75), entre 2002 e 2012 houve 293 candidaturas de pessoas LGBTI+ que apoiam a causa da diversidade sexual e de gênero, porém apenas 22 conseguiram se eleger. Portanto, o grau de sucesso das referidas candidaturas foi de apenas 7,5%.

Outrossim, ainda conforme exposto por Santos (2016, p. 75), dos 22 indivíduos LGBTI+ eleitos entre 2002 e 2012, vinte (91%) se elegeram para o cargo de Vereador, sendo que, desses 20, catorze (63,6%) foram eleitos fora dos grandes centros urbanos. Para Marques e Carvalho, isso demonstra como a orientação sexual e a identidade de gênero influenciam na dificuldade enfrentada pelas pessoas LGBTI+ para ascender na carreira política. São as palavras dos autores (2020, p. 07):

esse cenário também mostra a gravidade dos obstáculos que [os candidatos LGBTI+] enfrentam: pouquíssimos pulam etapas na carreira, se seguirem a hierarquia da estrutura de carreira eleitoral no Brasil (Miguel, 2003), precisarão passar por reeleição nos cargos locais conquistados e muitos mandatos para passar à Assembleia Legislativa e, talvez, chegar no degrau médio-superior que representa o cargo de deputado/a federal, além do fato de que enfrentarão com muito mais dificuldade uma eleição majoritária (mesmo no nível local).

O baixo grau de sucesso das candidaturas LGBTI+ pode ser explicado por uma série de fatores. Em primeiro lugar, Pierre Bourdieu (1989, p. 169-170) ensina que o campo político não pode se autonomizar de outros campos sociais, pois depende do voto dos eleitores, de forma que o sucesso político exige um bom nível de capital político, assim compreendido o conjunto de recursos ligados à reputação, notoriedade, conhecimento técnico e marketing político. Como

o acesso a tais fatores é influenciado por questões sociais, as pessoas LGBTI+ acabam tendo menos capital político.

Dessa forma, tendo em vista que ainda predomina na sociedade uma cultura homotransfóbica, obviamente os partidos políticos preferem alocar recursos em candidaturas de pessoas heterossexuais cisgêneros, pois estas terão mais chance de sucesso com os eleitores (PEREIRA, 2017, p. 127).

Noutras palavras, as candidaturas LGBTI+ sofrem com o “dilema infinito da candidatura receber menos investimentos por ser menos competitiva, e ser menos competitiva por receber menos investimentos” (MARQUES; CARVALHO, 2020, p. 11). Em razão disso, o Movimento LGBTI+ abraçou o grupo dos aliados, ou seja, pessoas heterossexuais cisgêneros que apoiam a causa da diversidade sexual e de gênero e que, por não serem LGBTI+, têm mais chance de ganhar o pleito eleitoral (PEREIRA, 2017, p. 125).

Ademais, conforme anotam Marques e Carvalho (2020, p. 11), as pessoas LGBTI+ não costumam integrar o público profissional que tradicionalmente se candidata a cargos eletivos (profissionais jurídicos, servidores públicos, empresários, latifundiários, etc.), pois a média profissional e educacional das pessoas LGBTI+ é menor que a das pessoas heterossexuais cisgêneros.

Somado a isso, a regulação moral e a perda da privacidade individual e familiar são apontadas como fatores que inibem a ambição política das pessoas LGBTI+ duas vezes mais que quando comparado aos candidatos heterossexuais cisgêneros, conforme resultados obtidos em entrevistas realizadas por Wagner (apud MARQUES; CARVALHO, 2020, p. 12).

Diante disso, as pessoas LGBTI+ inegavelmente enfrentam uma sub-representação política, pois embora, na teoria, tenham o direito de ser eleitas nas mesmas condições que as pessoas heterossexuais cisgêneros, na prática não o são, visto que a homotransfobia atua como um fator de diferenciação. Noutras palavras: apesar de haver uma igualdade política formal, não há uma igualdade política material. Portanto, é preciso refletir acerca de ações afirmativas que visem a solucionar esse problema, o que será feito a seguir.

5. COTAS ELEITORAIS PARA PESSOAS LGBTI+

A sub-representação política também é um problema enfrentado pelas mulheres, pois “a gênese da cidadania contemporânea tem retirado das mulheres, por intermédio de mecanismos jurídicos institucionalizados, colocando-as à marginalização de seus direitos políticos, e, conseqüentemente, de participar ativamente da direção da máquina pública” (SANTOS; VIANA, 2021, p. 251). Isso igualmente pode ser visualizado através de dados estatísticos: segundo informações da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), 51,8% da população brasileira é formada por mulheres (IBGE Educa, 2019), porém atualmente apenas 15% da Câmara dos Deputados é composta por deputadas (MARQUES; CARVALHO, 2020, p. 09).

Na tentativa de minimizar o problema da sub-representação política feminina, a Lei nº 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições, prevê, no art. 10, §3º, com redação dada pela Lei nº 12.034/2009, que, nas eleições proporcionais, os partidos políticos devem reservar, no mínimo, 30% das candidaturas para mulheres.

Ora, uma cota semelhante deve existir para as pessoas LGBTI+, pois, como visto acima, as minorias sexuais e de gênero também são sub-representadas na política brasileira: segundo Ueda e Santano (2018, p. 47) a baixa participação política das pessoas LGBTI+ é semelhante à das mulheres.

Nesse sentido, Cleyton Feitosa Pereira (2017, p. 125), ao analisar a questão da sub-representação política no Brasil, alerta que “quando pensamos na população LGBT, problemas mais ou menos semelhantes aos das mulheres se insurgem: a discriminação, [...] as questões que diriam respeito à esfera íntima (portanto, privada) e não pública, o descrédito, a desqualificação, a incapacidade”. Portanto, conforme Santos e Viana (2021, p. 258), a “realidade jurídica eleitoral [das mulheres] abre precedentes para que a ideia central seja analogicamente estendida por à comunidade LGBTQIA+”.

Eventuais alegações de que a cota eleitoral para pessoas LGBTI+ violaria o princípio da igualdade carecem de fundamentação constitucionalmente adequada, pois, conforme explanado anteriormente, o sentido de igualdade adotado pela Constituição de 1988 é o material. Ou seja, identificado um fator que impõe distintas oportunidades de vida a pessoas formalmente iguais, impõe-se um tratamento diferenciado na medida da desigualdade fática.

Assim, no caso das pessoas LGBTI+, “a identidade ou orientação sexual podem ser utilizadas como critérios para melhorar a situação das minorias, na forma de ação afirmativa” (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 85), pois, como demonstrado acima, a orientação sexual e

a identidade de gênero são fatores de diferenciação que interferem no igual acesso a cargos eletivos.

É possível ilustrar vários efeitos positivos da criação de cotas eleitorais para as pessoas LGBTI+, sendo o primeiro e mais importante, por óbvio, efetivar a igualdade política material. Nesse sentido, Marques e Carvalho (2020, p. 07), após explanarem sobre o padrão de dificuldades que se impõem à ascensão política de candidatos e candidatas LGBTI+, aduzem que “na prática, se não houver mudanças nesse padrão, levará muitas décadas até que essas mesmas pessoas [LGBTI+] cheguem, paulatinamente, a posições mais centrais no campo político”. Ora, a mudança do referido padrão pode e deve ser provocada exatamente por ações afirmativas.

Ademais, segundo Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2003, p. 96-97), as ações afirmativas visam ainda a “induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica”, eliminando a “discriminação estrutural”, fruto de uma herança histórica excludente. Ou seja, a inserção de pessoas LGBTI+ na política através da cota eleitoral contribuirá para minimizar a banalidade do mal homotransfóbico existente na sociedade.

Ainda conforme Gomes (2003, p. 97-98), outro objetivo das ações afirmativas é trazer representatividade às minorias sociais, “fazendo com que a ocupação das posições do Estado e do mercado de trabalho se faça, na medida do possível, em maior harmonia com o caráter plúrimo da sociedade”, o que, por sua vez, vai criar “personalidades emblemáticas”, as quais “serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida.”. Há, portanto, um importante “efeito simbólico” de inspiração para as novas gerações LGBTI+ que se interessem pela vida política (MARQUES; CARVALHO, 2020, p. 18).

Para além disso, há o efeito referente ao aumento de leis protetoras das minorias sexuais e de gênero. Deveras, não se ignora o problema da representação descritiva sem a correspondente representação substantiva (FEITOSA apud SANTOS; VIANA, 2021, p. 259), pelo qual são eleitas pessoas LGBTI+ que não se comprometem publicamente com a causa LGBTI+ (fenômeno este que, em parte, pode ser explicado pelo fato de o apoio ao tema da diversidade sexual e de gênero não ser considerado um capital político, conforme visto acima).

Contudo, a eleição de pessoas LGBTI+ tende a aumentar os direitos dessa minoria social, afinal, como constatado por Andrew Reynolds (2013, p. 272) em estudo sobre a relação

entre a representatividade política LGBTI+ no mundo e o avanço global dos direitos da diversidade sexual e de gênero, “há razões para acreditar que a mera presença de um legislador que acontece de ser LGBT muda o discurso sobre o direito dos homossexuais”¹¹.

Nesse contexto, as cotas eleitorais para pessoas LGBTI+ devem se pautar pelo critério da autoidentificação, ou seja, cabe ao próprio candidato se identificar enquanto LGBTI+ para se enquadrar na cota. Isso porque a orientação sexual e a identidade de gênero se inserem no âmbito da vida privada, de forma que as pessoas LGBTI+ têm o direito de “não revelar sua orientação sexual [e sua identidade de gênero], bem como o direito de, querendo revelá-la, escolher como, quando, onde e para quem fazê-lo” (SILVA; FREITAS, 2020, p. 133). Obviamente, se a pessoa LGBTI+ optar por não expor sua orientação sexual ou identidade de gênero, não poderá concorrer dentro da cota¹².

Apesar de atualmente não haver previsão legal de cotas eleitorais para pessoas LGBTI+, já há, conforme visto, as cotas eleitorais femininas, estabelecidas no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições. Essa cota, evidentemente, se aplica a todas as mulheres, inclusive às lésbicas, bissexuais e transgênero.

Nesse sentido, em 2018 o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu que as mulheres trans podem se utilizar da cota eleitoral feminina¹³. Conforme ressaltado no voto do relator, Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (BRASIL, 2018, p. 03):

A expressão “cada sexo” mencionada no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina.

A decisão do TSE é um avanço, pois reconhece que as diferenças juridicamente relevantes entre homens e mulheres decorrem do gênero, e não do sexo¹⁴, de forma que as mulheres trans, que também são mulheres, podem ser abarcadas pelo art. 10, § 3º, da Lei das Eleições.

¹¹ Redação original: *there is reason to believe that merely by their presence a legislator who happens to be LGBT changes the discourse around gay rights*. Tradução livre.

¹² É o caso, por exemplo, de Eduardo Leite, eleito governador do Rio Grande do Sul em 2018, somente tendo revelado publicamente sua homossexualidade em 2021 (CORBARI, 2021).

¹³ TSE, Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000/DF, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, j. 01/03/2018.

¹⁴ Conforme ressaltado por Maria Berenice Dias (2014, p. 42), o sexo é o conjunto de manifestações biológicas, a exemplo dos órgãos genitais ou do cariótipo, ao passo que o gênero são construções culturais sobre o sexo, como usar roupas azuis ou rosas.

Todavia, o dispositivo legal em questão protege as mulheres trans em razão de seu gênero, e não em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, que possuem especificidades próprias. Isso sem falar que os homens gays, bissexuais e transgênero, além das pessoas não-binárias (que não se identificam como homens ou mulheres), não encontram proteção alguma para ter mais representatividade política. Daí porque urge a aprovação de cotas eleitorais que alcancem todas as pessoas LGBTI+.

Nesse diapasão, o Projeto de Lei (PL) nº 4.795/2020 tem como objetivo alterar a Lei das Eleições para assegurar a quota mínima de 30% para a candidatura de pessoas LGBTI+, além de garantir que 30% do valor do Fundo Especial de Financiamento de Campanha seja destinado a candidaturas LGBTI+, bem como reservar 30% do tempo de propaganda eleitoral no rádio e televisão para candidaturas LGBTI+. Em sua Exposição de Motivos, o referido Projeto de Lei (BRASIL, 2020, p. 2) assevera expressamente que “entre os mais prejudicados pela falta de representatividade na política [no Brasil], certamente estão as lésbicas, gays, bissexuais e transexuais (LGBTQIA+)”.

Em idêntico norte, os Princípios de Yogyakarta, que tratam da aplicação da legislação internacional de direitos humanos referente à orientação sexual e identidade de gênero, estabelecem, no Princípio 25 (2007, p. 31), que “Todo cidadão ou cidadã tem o direito de participar da direção dos assuntos públicos, inclusive o direito de concorrer a cargos eletivos [...], sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.”. O referido documento internacional não tem força vinculante, mas vem sendo aplicado por diversos países, inclusive o Brasil, como direcionamento, promoção e aplicação dos direitos humanos para as pessoas LGBTI+ (ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018, p. 662).

Sabe-se que a cota eleitoral, sozinha, não vai sanar integralmente o problema da sub-representação política LGBTI+ no Brasil. Deveras, tal medida, prioritariamente destinada ao curto e médio prazo, deve ser adotada conjuntamente com outras que visem a enfrentar a questão no longo prazo, tais como o diálogo entre a militância LGBTI+ e os partidos políticos (SANTOS, 2016, p. 92), bem como providências públicas e privadas de cunho educacional e conscientizador para diminuir a homofobia e a transfobia na sociedade. Todavia, a utilização da cota eleitoral já será, ao menos, um importante primeiro passo na solução do dilema.

Assim como Santos e Viana (2021, p. 262-263), entende-se que a criação de cotas eleitorais para as pessoas LGBTI+ deve ser feita através de lei, e não por decisão judicial, pois compete privativamente à União legislar sobre Direito Eleitoral (CF, art. 22, I). Ao Poder

Judiciário, se for provocado para se manifestar sobre o tema (e provavelmente o será, caso a cota eleitoral seja criada por lei), cabe tão somente declarar a constitucionalidade da referida ação afirmativa, com base na igualdade material preconizada pela Constituição e na banalidade do mal homotransfóbico que atua como fator diferenciador no acesso a cargos eletivos por pessoas LGBTI+ no Brasil.

Não se ignora a posição histórica e sistematicamente homofóbica e transfóbica do Congresso Nacional, dada a intensa atuação de forças conservadoras e fundamentalistas religiosas no Parlamento brasileiro (DIAS, 2014, p. 95), notadamente nos tempos de extremismo político em que se vive. Aliás, a não aprovação da cota eleitoral para pessoas LGBTI+ nada mais é que uma manifestação da discriminação de fato institucionalizada no Estado e pelo Estado (CRUZ, 2009, p. 31). Todavia, há esperança de que épocas melhores virão e, um dia, será aprovada a cota eleitoral em prol das pessoas LGBTI+ para, assim, atingir a tão sonhada igualdade política material.

6. CONCLUSÕES

Este artigo estudou a possibilidade de adotar cotas eleitorais para as pessoas LGBTI+, considerando a igualdade material, as ações afirmativas e a sub-representação política de pessoas LGBTI+ no Brasil.

Inicialmente, tratou-se do princípio da igualdade ao longo da história. Dessa forma, durante a Idade Média a igualdade não encontrava proteção jurídica, dado que a posição social era determinada pelo nascimento e não poderia ser alterada ao longo da vida. Com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto da Revolução Francesa, a igualdade adquiriu mais importância no mundo jurídico, porém apenas em sua concepção formal, tratando todos de forma igual independentemente de suas diferenças fáticas, o que possibilitou a efetivação dos interesses político-econômicos da classe burguesa. Por sua vez, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no pós-Segunda Guerra Mundial, ganhou força o sentido material de igualdade, pelo qual as pessoas devem ser tratadas de forma igual quando forem iguais e de forma desigual quando forem desiguais, sendo este o sentido de igualdade acolhido pela Constituição brasileira de 1988.

Em seguida, abordou-se as ações afirmativas como medida de concretização da igualdade material. Nesse sentido, diferenciou-se a discriminação direta, consumada com dolo

de discriminar, sendo reprimida por normas sancionatórias, da discriminação de fato, praticada sem dolo de discriminar, podendo se expressar inclusive através da neutralidade estatal em situações de desigualdade fática. Destacou-se as ações afirmativas como medida de combate à discriminação de fato, conceituando-as como um meio de acelerar a conquista da igualdade material pelas minorias sociais, sendo o seu principal exemplo as cotas. Ademais, ressaltou-se que as ações afirmativas encontram fundamento no art. 3º da Constituição Federal, que elenca os objetivos fundamentais da República.

Ato contínuo, expôs-se a questão da sub-representação política LGBTI+ no Brasil e no mundo, o que foi explicado em seu contexto histórico e demonstrado por dados estatísticos. Assim, por exemplo, o Congresso Nacional só teve seis parlamentares abertamente LGBTI+ em todos os seus quase 200 anos de história. Tais fatos são fruto da banalidade do mal homotransfóbico na política brasileira, que, dentre outros fatores: na maioria dos casos, relega aos poucos candidatos LGBTI+ que conseguem se eleger o cargo de Vereador, geralmente em cidades pequenas; não considera a diversidade sexual e de gênero como um capital político; retira recursos das candidaturas LGBTI+; afasta as pessoas LGBTI+ dos círculos sociais onde se costumam recrutar candidatos a cargos eletivos e; invade a vida privada dos candidatos LGBTI+ com uma intensidade maior do que ocorre com os candidatos heterossexuais cisgêneros.

Outrossim, discutiu-se acerca das cotas eleitorais como uma possível solução para o problema da sub-representação política das pessoas LGBTI+ no Brasil. Nesse contexto, enfatizou-se que a cota eleitoral já é uma medida prevista para as mulheres no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997. Evidenciou-se as semelhanças existentes na situação política das pessoas LGBTI+ e das mulheres, o que justifica a adoção da mesma medida legal para a proteção das minorias sexuais e de gênero.

Destacou-se, como efeitos positivos da criação de cotas eleitorais para pessoas LGBTI+: a conquista da igualdade política material; a transformação cultural da sociedade mediante redução da discriminação estrutural; o efeito simbólico decorrente do surgimento de personalidades emblemáticas e sua inspiração para as novas gerações e; o aumento de leis protetivas das minorias sexuais e de gênero.

Ademais, ponderou-se o critério da autoidentificação como adequado para aplicação das cotas eleitorais, tendo em vista o direito à privacidade da orientação sexual e da identidade de gênero. Destacou-se a decisão do TSE que reconheceu que mulheres trans são mulheres para

fins de aplicação da cota eleitoral feminina. Invocou-se o Projeto de Lei nº 4.795/2020 e os Princípios de Yogyakarta como instrumentos que contribuem para a tese defendida neste artigo. Ressaltou-se outras medidas que, ao lado da cota eleitoral, podem contribuir com a representatividade política LGBTI+ no Brasil. Ao final, afirmou-se que, apesar de toda a homotransfobia existente no Congresso Nacional, a cota eleitoral para pessoas LGBTI+ deve ser criada por lei, e não por decisão judicial.

Ante o exposto, conclui-se que a hipótese foi confirmada. A cota eleitoral para as minorias sexuais e de gênero é uma possibilidade jurídica, pois se trata de ação afirmativa que visa a concretizar a igualdade material preconizada pela Constituição Federal como objetivo fundamental da República. Representa também uma necessidade política, dada a banalidade do mal homotransfóbico e a sub-representação política de pessoas LGBTI+ no Brasil.

7. REFERÊNCIAS

1% mais ricos do mundo detêm mais do dobro de 6,9 bilhões de pessoas, aponta ONG. **G1**. 19 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/01/19/1percent-mais-ricos-do-mundo-detem-mais-do-dobro-de-69-bilhoes-de-pessoas-aponta-ong.ghtml>>. Acesso em: 04 set. 2021.

ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; DEL VECCHIO, Victor Antonio. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 113, p. 645-668, jan/dez 2018. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156674>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

ALESSI, Gil. 60% dos eleitores brasileiros votariam em um candidato gay à presidência, mostra pesquisa. **El País**. 11 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-08-11/60-dos-eleitores-brasileiros-votariam-em-um-candidato-gay-a-presidencia-mostra-pesquisa.html>>. Acesso em: 06 set. 2021.

ALMEIDA, Hélio Santos de; TEIXEIRA, Maria Cristina. Ações afirmativas como medida de proteção das minorias. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 8, n. 8, p. 103-136, 2011. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/229057003.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOURDIEU, Pierre Félix. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.795/2020**. Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) e dá outras providências. Brasil: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263685>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/coFnstituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasil: Congresso Nacional, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasil: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 134/2018**. Visa a instituir o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Brasil: Senado Federal, 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>>. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 13 de junho de 2019, publicado em 06 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 04 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Plenário). **Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000/DF**. Relator: Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 01 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-tarcisio-transgeneros.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2021.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1857. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>>. Acesso em: 03 dez. 2021.

CORBARI, Marcos Antonio. Governador do RS assume homossexualidade: “Sou gay, não tenho nada a esconder”. **Brasil de Fato**. 02 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2021/07/02/governador-do-rs-assume-homossexualidade-sou-gay-nao-tenho-nada-a-esconder>>. Acesso em: 07 set. 2021.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3ª Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

CUNHA, Olívia Evaristo. **Ações afirmativas**: o princípio constitucional da igualdade e as cotas raciais. 2017. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia. 2017. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/20204>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

DIA do Orgulho Gay: os países onde é ilegal ser homossexual. **BBC News Brasil**. 28 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57641679>>. Acesso em: 03 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença [et al.] [Coord.]. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75-87.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. Revista Lua Nova, São Paulo, nº 77, p. 11-39, 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/BJjZvbgHXyxwYKHyJbTYCnn/?lang=pt&stop=previous&format=html>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. In: AJUFE (Org.). **Seminário Internacional as minorias e o direito**. 1ed., 2003, p. 86-115. Disponível em: <https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_205135.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

HELVESLEY, José. Isonomia constitucional. Igualdade formal versus igualdade material. **Revista ESMAFE**, Recife/PE, v. 07, p. 143-164, 2004. Disponível em: <<https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/260>>. Acesso em: 01 set. 2021.

LIMA, Leize Ruama Sena Cunha; OLIVEIRA, Jenny; MOREIRA, Isadora Cavalcanti. Mulher transexual no discurso cisgênero: direito à igualdade e acesso à prática de não discriminação. **Missões: Revista de Ciências Humanas e Sociais**, v. 6, n. 4, p. 204-223, ago-dez, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.unipampa.edu.br/index.php/Missoes/article/view/106912>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

LOPES, Marcos Antônio. De Deus ao rei: O direito sagrado do mando (implicações teológico-religiosas na teoria política moderna). **Síntese**, Belo Horizonte, v. 37, n. 118, p. 215-226, 2010. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/848>>. Acesso em: 01 set. 2021.

MARQUES, Danusa; CARVALHO, Arthur Henrique Santana. Eleições e carreiras políticas LGBTI+s: um campo político de estudos em formação. **Anais do 12º Encontro da Associação**

Brasileira de Ciência Política, evento online, out. 2020, p. 01-22. Disponível em: <<https://cienciapolitica.org.br/web/system/files/documentos/eventos/2021/01/carreiras-politicas-lgbts-brasil-contemporaneo-caso-distrito.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2021.

OS HOMENS mais ricos do mundo: Conheça os donos das maiores fortunas!. **Mobills**. 23 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.mobills.com.br/blog/os-homens-mais-ricos-do-mundo/>>. Acesso em: 04 set. 2021.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Barreiras à ambição e à representação política da população LGBT no Brasil. **Revista Ártemis**, João Pessoa, Vol. XXIV, nº 1; jul-dez. 2017. pp. 120-131. Disponível em: <<https://www.proquest.com/openview/cf1263ad7d0b7841e65482aab8b806c7/1?pq-origsite=gscholar&cbl=4708196>>. Acesso em: 06 set. 2021.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/abstract/?lang=pt&format=html>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PRECONCEITO, agressividade e desconfiança: como é ser ateu no Brasil. **BBC News Brasil**. 06 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37640191>>. Acesso em: 06 set. 2021.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Julho de 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 07 set. 2021.

PUTTI, Alexandre. Um LGBT é agredido no Brasil a cada hora, revelam dados do SUS. **Carta Capital**. 16 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/diversidade/um-lgbt-e-agredido-no-brasil-a-cada-hora-revelam-dados-do-sus/>>. Acesso em: 05 set. 2021.

QUANTIDADE de homens e mulheres. **IBGE Educa**, 2019. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>>. Acesso em: 06 set. 2021.

REYNOLDS, Andrew. Representation and Rights: The Impact of LGBT Legislators in Comparative Perspective. **American Political Science Review**, Vol. 107, Nº 2, p. 259-274, maio/2013. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-political-science-review/article/representation-and-rights-the-impact-of-lgbt-legislators-in-comparative-perspective/E24FDB19C4F65129822660667C8442D2>>. Acesso em: 07 set. 2021.

“Rights Are Won Only by Those Who Make Their Voices Heard”. **Exchange Alumni**, 03 jun. 2014. Disponível em: <<https://alumni.state.gov/alumni-story/rights-are-won-only-those-who-make-their-voices-heard>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 7041, de 15 de julho de 2015**. Estabelece penalidades administrativas aos estabelecimentos e agentes públicos que discriminem as pessoas por preconceito de sexo e orientação sexual e dá outras providências. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, 2015. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/0e48c858ff67abf883257e89006b504b?OpenDocument>>. Acesso em: 04 set. 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176462>>. Acesso em: 02 set. 2021.

SALVADOR. **Lei nº 9.498, de 28 de novembro de 2019**. Altera a Lei nº 5.275, de 9 de setembro de 1997. Salvador: Câmara Municipal, 2019. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2019/949/9498/lei-ordinaria-n-9498-2019-altera-a-lei-n-5275-de-9-de-setembro-de-1997>>. Acesso em: 04 set. 2021.

SANTOS, Douglas Vinícius de Oliveira; VIANA, Sander Prates. Por uma nova Demos. A inserção da comunidade LGBTQIA+ na gênese legislativa brasileira. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, São Paulo, v.7, n.1, p. 247-268, jan.2021. Disponível em: <<https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/447>>. Acesso em: 06 set. 2021.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Diversidade sexual e política eleitoral: Analisando as candidaturas de travestis e transexuais no Brasil contemporâneo. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, n. 23, ago. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sess/a/bb84mwdz8Dc8VphrwpfHXvD/abstract/?lang=pt&format=html>>. Acesso em: 06 set. 2021.

SILVA, Felipe Cazeiro da; SOUZA, Emilly Mel Fernandes de; BEZERRA, Marlos Alves. (Trans)torcendo a norma cisgênera e seus derivados. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 27, n. 2, e54397, p. 01-12, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ref/a/dJXnfdnYrpSLPCxSZQHvfNv/?format=html&lang=pt>>. Acesso em: 05 set. 2021.

SILVA, Lucas Bittencourt; FREITAS, Victória Costa. O direito à privacidade das pessoas não heterossexuais: a relativização do requisito da publicidade nas uniões estáveis homoafetivas na ordem jurídica brasileira. **Revista Direito e Sexualidade**, Salvador, v. 1, n. 2, p. 118-144, jun./dez. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/42553>>. Acesso em: 05 set. 2021.

SILVA, Sérgio Gomes da. Direitos humanos: entre o princípio de igualdade e a tolerância. **Revista Praia Vermelha**, Rio de Janeiro, v. 19, nº 1, p. 79-94, Jan-Jun 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Sergio-Gomes-7/publication/271135305_DIREITOS_HUMANOS_ENTRE_O_PRINCIPIO_DA_IGUALDADE_E_A_TOLERANCIA_Human_rights_between_the_principle_of_equality_and_toleran>

ce/links/54be88d40cf28ce312326b81/DIREITOS-HUMANOS-ENTRE-O-PRINCIPIO-DA-IGUALDADE-E-A-TOLERANCIA-Human-rights-between-the-principle-of-equality-and-tolerance.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SPINOLA-CASTRO, Angela Maria. A importância dos aspectos éticos e psicológicos na abordagem do intersexo. **Arq Bras Endocrinol Metab**, São Paulo, v. 49, n. 1, p. 46-59, Fev. 2005. P. 48. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302005000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 dez. 2021.

UEDA; Carolyne Mayury; SANTANO, Ana Claudia. Transexuais e a busca do direito de representatividade política no ordenamento jurídico brasileiro. **Anais do EVINCI – UniBrasil**, Curitiba, v.4, n.2, p. 42-52, out. 2018. Disponível em: <<https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/4145>>. Acesso em: 06 set. 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, a homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo**: análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo. 1ª Edição. Bauru: Spessotto, 2020.

WILLS, Lina Cuellar. Violência contra pessoas LGBT. **Goethe-Institut**. Setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.goethe.de/ins/br/pt/m/kul/fok/vio/20824652.html>>. Acesso em: 05 set. 2021.

EPIDEMIA DA ORFANDADE NO BRASIL:

A VIOLAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA GESTÃO CRIMINOSA DA PANDEMIA DA COVID-19

Gabriella Barbosa Santos¹

RESUMO: Este artigo consiste em investigar a epidemia da orfandade no Brasil desencadeada na Pandemia da Covid-19 e analisar a violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em virtude da privação do convívio e do cuidado parental com suas e seus familiares e com pessoas do seu convívio comunitário, vítimas da doença e do descaso criminoso do governo federal e do atual presidente da República durante a gestão da crise sanitária, social, econômica e humanitária que se abateu sobre o país. O problema da pesquisa é saber se houve violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes no Brasil com o fenômeno da orfandade ocorrido na Pandemia e saber se a gestão da crise sanitária pelo governo federal e as condutas praticadas pelo presidente da República são responsáveis por essa violação. As hipóteses levantadas foram *a priori* confirmadas, e indicam que há um processo de violação de direitos fundamentais no Brasil na Pandemia, provocado pelo governo federal e pelas condutas do presidente da República, especialmente, a violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, em virtude das milhares de perdas de familiares e amigas(os) pela doença. As ferramentas metodológicas utilizadas foram pesquisas científicas sobre o fenômeno da orfandade na Pandemia, notícias extraídas na internet, denúncias de violações de direitos humanos feitas por entidades brasileiras contra o governo federal e o presidente da República junto aos organismos internacionais e o levantamento de informações junto ao Relatório Final da CPI da Covid-19.

PALAVRAS-CHAVE: Epidemia. Orfandade. Convivência familiar e comunitária. Criança e Adolescente. Covid-19.

ABSTRACT: This article consists of investigating the orphanage epidemic in Brazil triggered by the Covid-19 Pandemic and analyzing the violation of the right to Family and community coexistence of children and adolescent due to the deprivation of conviviality and parental care with their Family members and with people in their community, victims of the disease and the criminal negligence of the federal government and the current president of the Republic during the management of the health, social, economic and humanitarian crisis that befell the country. The research problem is to know if there was a violation of the right to Family and community coexistence of children and adolescent in Brazil with the phenomenon of orphanage that occurred in the PAndemic and to know if the management of the health crisis by the federal government and the conduct practiced by the President of the Republic are responsible for that violation. The hypotheses raised were a priori confirmed, and indicate that there is a process of violation of fundamental rights in Brazil in the Pandemic, provoked by the federal government

¹ Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pelo Curso Juspodivm. Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador. E-mail: gabiprojur@gmail.com

and the conduct of the President of the Republic, especially, the violation of the right to family and community coexistence of children and adolescents, due to the thousands of losses of Family and friends due to the disease. The methodological tools used were scientific research on the phenomenon of orphanhood in the Pandemic, news extracted from the internet, complaints of human rights violations made by Brazilian entities against the federal government and the president of the Republic with international organizations and the collection of information from the Covid-19 CPi Final Report.

KEYWORDS: Epidemic. Orphanage. Family and community coexistence. Child and teenager. Covid-19.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Órfãs da Covid-19: uma epidemia escondida. 3. A responsabilização do governo federal e do Presidente da República pela violação de direitos humanos da população brasileira durante a pandemia da Covid-19; 3.1. Comissão Interamericana de Direitos Humanos; 3.2 Tribunal Penal Internacional; 3.3 Conselho Internacional de Direitos Humanos da ONU; 3.4 Comissão Parlamentar de Inquérito; 4. A violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes na gestão criminosa da pandemia da Covid-19 no Brasil; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Pandemia da Covid-19 que assola o planeta de forma avassaladora desde o ano de 2020 já é considerada uma das maiores tragédias humanitárias dos últimos tempos, especialmente no Brasil. Considerando o cenário de desigualdades estruturais que impera no país e as raízes patriarcais e racistas que demarcam essas desigualdades, podemos presumir quais os efeitos socioeconômicos de um evento dessa magnitude e quais são as pessoas mais atingidas.

As pesquisas e divulgações de dados recentes sobre os efeitos e consequências da pandemia têm sido praticamente unânimes na constatação de que as populações mais vulneráveis do Brasil são as mais atingidas pela crise sanitária, política, social e econômica, sobretudo as crianças e adolescentes, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, cujos direitos estão sendo sistematicamente violados.

No instante da escrita deste artigo, o mundo ultrapassa a marca de 574.851.897 casos de Covid-19 e 6.395.564 óbitos desde o início da pandemia. No Brasil, são 33.748.985 casos da doença e 678.069 mil óbitos. A atualização diária desses números é um processo angustiante que infelizmente também passou a ser naturalizado no cotidiano das pessoas à medida que o tempo foi passando.

O objetivo deste artigo consiste em investigar a epidemia da orfandade no Brasil desencadeada na Pandemia da Covid-19 e analisar a violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em virtude da privação do convívio e do cuidado parental com seu e suas familiares e com pessoas do seu convívio comunitário, vítimas mortas pela doença e pelo descaso criminoso do governo federal e do atual presidente da República durante a gestão da crise sanitária, social, econômica e humanitária que se abateu sobre o país.

O problema da pesquisa é saber se houve violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes no Brasil com o fenômeno da orfandade ocorrido na Pandemia da Covid-19? Se a gestão da crise sanitária pelo governo federal e as condutas praticadas pelo presidente da República são responsáveis pela violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes no Brasil?

As hipóteses levantadas são:

- 1) Houve e continua havendo violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes no Brasil com o fenômeno da orfandade ocorrido na Pandemia da Covid-19;
- 2) A perda de entes familiares e de pessoas do convívio comunitário gera uma série de consequências na vida de crianças e adolescentes órfãs(ãos), especialmente em decorrência da privação do convívio familiar e comunitário, que é garantido pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei nº 8.069/90.
- 3) Pode haver estreita relação entre o fenômeno da orfandade desencadeado com a Pandemia da Covid-19 e as condutas criminosas e desumanas do governo federal e do presidente da República na gestão da crise sanitária;
- 4) O governo federal e o presidente da República podem ser responsáveis pela violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes privadas do cuidado parental em virtude da morte de seus/suas familiares e de membros de sua comunidade.

Todas as hipóteses levantadas foram *a priori* confirmadas, e aqui serão sustentadas como indicativo de que há um processo de violação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes no Brasil na Pandemia da Covid-19, provocado pelo governo federal e pelas condutas do presidente da República, especialmente, a violação do direito à convivência familiar e comunitária, em virtude das milhares de perdas de familiares e amigas(os) pela doença.

Os objetivos específicos da pesquisa se desenvolvem nos seções seguintes:

A seção 1: “*Órfãs da Covid-19: uma epidemia escondida*” tem por escopo responder ao objetivo específico da pesquisa de analisar o fenômeno da orfandade desencadeado com a Pandemia da Covid-19, a partir da observação de dados sobre os óbitos de pessoas adultas, mães, pais, avós, avôs, cuidadoras(es) da nossa infância e adolescência, e deduzir os impactos das mortes dessas pessoas pela Covid-19 na vida das crianças e adolescentes.

Para tanto fora analisada a pesquisa “*Estimativas mínimas globais de crianças afetadas por Orfandade associada a COVID-19 e mortes de cuidadores: um estudo de modelagem*”, realizada pelo Centro de Prevenção de Doenças dos EUA e publicada pela Revista *The Lancet*, em 20 de julho de 2021, que apresenta um panorama do público órfão da Covid-19 em 27 países, entre eles o Brasil, bem como, reportagens jornalísticas sobre o tema nos sítios da internet.

A seção 2: “*A reponsabilidade do governo federal e do presidente da República pela violação de direitos humanos da população brasileira durante a pandemia da Covid-19*”, objetiva demonstrar a responsabilidade direta do governo federal na violação de direitos humanos da população durante a gestão da pandemia no Brasil, a partir da análise das teses da prática de genocídio e de crimes contra a humanidade na condução da política de enfrentamento à Covid-19 presentes nas denúncias internacionais recentes contra o Estado brasileiro e contra o atual Presidente da República. As categorias *crime contra a humanidade* e *genocídio* foram analisadas a partir do exame do Estatuto de Roma, promulgado no Brasil através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

A seção 3: “*A violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes na gestão criminosa da pandemia da Covid-19 no Brasil*”, objetiva demonstrar a estreita relação entre o fenômeno da orfandade desencadeado com a Pandemia da Covid-19 e as condutas criminosas e desumanas do governo federal e do presidente da República na gestão da crise sanitária, social, econômica e humanitária que se abateu sobre o país, bem como,

analisar a ocorrência de violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes privadas do cuidado parental, em virtude da morte de seus/suas familiares e de membros de sua comunidade na Pandemia da Covid-19, apurando a responsabilidade do governo federal e do Presidente da República por essa violação.

O cruzamento dessas informações com os dados e argumentos jurídicos revela um panorama bastante preocupante da situação atual da população brasileira, de modo especial, das crianças e adolescentes, sujeitas de direito que merecem proteção integral e constituem prioridade absoluta para o sistema constitucional. Nesse sentido, o arcabouço jurídico-normativo de proteção da infância e adolescência no Brasil servirá de base para análise sobre o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes.

As hipóteses levantadas foram extraídas a partir da sistematização de dados produzidos por instituições de pesquisa que apresentam o fenômeno da orfandade na Pandemia da Covid-19 e que contém elementos passíveis de inferência. A qualificação dos dados ocorreu através da análise dos argumentos sustentados nas denúncias feitas contra o governo brasileiro e contra o atual presidente da República junto aos organismos internacionais pesquisados, bem como, a partir da análise dos argumentos esposados no Relatório Final da CPI da Covid-19.

A discussão e escrita sobre o tema se justificam considerando a envergadura do fenômeno analisado, uma pandemia, e em virtude do risco que os direitos fundamentais das crianças e adolescentes brasileiras vem sofrendo desde que foram alijadas do convívio parental, familiar e comunitário com a morte de suas e seus cuidadoras(es). Um tema que precisa ser abordado, retirado da invisibilidade e trazido à luz do dia para que o Estado brasileiro e a sociedade brasileira possam assumir o dever de proteger e garantir a proteção integral da infância e juventude.

Nas considerações finais, apontamos a responsabilidade do governo federal brasileiro e do Presidente da República pela violação dos direitos das crianças e adolescentes durante a pandemia da Covid-19, especialmente a violação do direito à convivência familiar e comunitária, por privarem-nas do cuidado parental em virtude da morte de seus/suas familiares e de membros de sua comunidade, trazendo à tona o debate sobre o fenômeno da orfandade e sobre o risco de desproteção aos quais a infância e a juventude brasileiras estão submetidas.

2. ÓRFÃS DA COVID-19: UMA EPIDEMIA ESCONDIDA

A seção “Órfãos da Covid-19: uma epidemia escondida” tem por escopo analisar o cenário da orfandade no Brasil, a partir da observação de dados sobre os óbitos de pessoas adultas, mães, pais, avós, avôs, cuidadoras(es) da nossa infância e adolescência, e deduzir os impactos das mortes dessas pessoas pela Covid-19 na vida das crianças e adolescentes. Para tanto, será analisada a pesquisa “*Estimativas mínimas globais de crianças afetadas por Orfandade associada a COVID-19 e mortes de cuidadores: um estudo de modelagem*”, realizada no Centro de Controle de Prevenção de Doenças dos EUA e publicada pela Revista The Lancet, em 20 de julho de 2021, que apresenta um panorama do público órfão da Covid-19 em 21 países, entre eles o Brasil.

Considerando que a maioria dos óbitos da Covid-19 no mundo são de pessoas adultas, muitas vezes a dimensão da doença na vida das crianças e adolescentes passa despercebida, mesmo sendo avassaladora. A pesquisa científica acima mencionada contribuiu para retirar da invisibilidade a orfandade de milhares de crianças no mundo. A faixa etária pesquisada possuía entre 0 a 18 anos, público que, pela normativa internacional (Convenção dos Direitos das Crianças, de 1989), é intitulado como “criança”. No caso da legislação brasileira, o Estatuto da Criança e do(a) Adolescente considera criança a pessoa de 0 a 12 anos de idade incompletos e adolescente, a pessoa entre 12 a 18 anos de idade.

A pesquisa foi realizada usando excesso de mortalidades e mortes de Covid-19 em 21 países² responsáveis por 76,4% das mortes globais de Covid-19 até 30 de abril de 2021. O período de apuração dos óbitos foi de 1 de março de 2020 a 30 de abril de 2021 (HILLIS, et al, 2021, p. 394). Os dados indicam que, no período de um ano, mais de 1,5 milhão de crianças perderam seus (suas) cuidadores (as), como a mãe, o pai e/ou avós. Das 1,5 milhão de crianças, em torno de um milhão perderam o pai e/ou a mãe e outras 500 mil crianças perderam uma outra pessoa (um avô, uma avó), que vivia no ambiente familiar e fazia parte desse cuidado.

Os países com o maior número de perdas de cuidadoras (es) primárias (os), sejam a mãe, o pai ou as (os) avós com custódia foram África do Sul, Peru, EUA, Índia, Brasil e México, com o número de crianças variando de 94.625 a 141.132. Em termos absolutos, o Brasil fica atrás apenas do México. Praticamente a cada 12 segundos uma criança fica órfã no mundo por conta da Covid-19 (HILLIS, et al, 2021, p. 395).

² São eles: Argentina, Brasil, Colômbia, Inglaterra e País de Gales, França, Alemanha, Índia, Irã, Itália, Quênia, Malawi, México, Nigéria, Peru, Filipinas, Polônia, Rússia, África do Sul, Espanha, EUA e Zimbábue.

Um fator marcante da pesquisa é que, tanto nos outros países quanto no Brasil, a morte dos pais das crianças e adolescentes supera em 2 a 5 vezes a morte de mães, razão que se justifica, entre outros, pelo fato de os homens terem um número de filhos maior do que as mulheres, considerando a vida reprodutiva masculina e devido a um risco ligeiramente maior de mortes por Covid-19 entre eles.

De acordo com a pesquisa, uma consequência trágica do alto número de mortes de adultos é o número de crianças que perderam seus pais e mães e/ou cuidadoras (es), como ocorreu com o HIV/AIDS, Ebola e a Gripe Espanhola. A velocidade e a violência com que a doença atinge os membros de suas famílias atropela a preparação da criança e da(o) adolescente para viver a morte e elaborar o luto pelo trauma que experimentam. Mesmo com um dos membros da família sobrevivente (o pai ou a mãe), a pesquisa aponta que a perda pode resultar em atraso de desenvolvimento e abuso elevado (HILLIS, et al, 2021, p. 395).

As crianças que perdem suas/seus cuidadoras (es) principais têm maiores riscos de ter problemas de saúde mental, físico, emocional, violência sexual e pobreza familiar. Do mesmo modo, a pesquisa aponta o aumento dos riscos de suicídio, de gravidez na adolescência, doenças infecciosas e doenças crônicas. Por isso afirma-se a importância de focar amplamente nos membros da família que são comumente cuidadoras (es), incluindo as (os) avós que vivem cada vez mais em famílias com várias gerações e têm um papel indispensável como cuidadoras (es) e provedoras (es) das (os) netas (os) (HILLIS, et al, 2021, p. 392).

O percentual de crianças que vivem em lares compostos por famílias extensas que incluem as (os) avós, de acordo com a pesquisa, é de 38% no mundo e quase 50% se concentram na região da Ásia-Pacífico. Até 23% das crianças no mundo são criadas por pais solteiros. Esses membros da família que, na maioria das vezes são os mais vulneráveis à Covid-19, frequentemente dão apoio psicossocial, prático ou financeiro aos (às) netos(as).

Na África e na América Latina, as(os) avós que possuem a custódia de netas(os) atuam como tutoras(es), cujas mães e pais migraram em busca de trabalho, morreram de AIDS ou outras causas, ou são separadas por conflitos ou guerras. A pesquisa também afirma que cuidados baseados na família, a exemplo da assistência social e da adoção também podem ser severamente restringidos por medidas de mitigação. (HILLIS, et al, 2021, p. 392).

O impacto dessas mortes nas crianças pode ser influenciado por variações na fertilidade, procriação atrasada, gênero, aspectos da morte dos pais e das mães e taxas de cuidados primários pelos(as) avós co-residentes, juntamente com a prevalência de famílias

multigeracionais. Os excessos de óbitos de Covid-19 e a fertilidade são trabalhados na pesquisa através de dados sólidos para estimar o número de crianças menores de 18 anos que perderam mães, pais, avós para a doença (HILLIS, et al, p. 392).

Os resultados da pesquisa indicam que mais de 1,1 milhão de crianças experimentaram a morte de um(a) cuidador(a) principal, como a mãe, o pai ou as (os) avós, durante os primeiros 14 meses da Pandemia, e mais de 1,5 milhão de crianças sofreram a morte de cuidadoras(es) primárias(os) e avós co-residentes (ou parentes).

Os dados sobre o Brasil indicam que, no período de um ano, 130 mil crianças e adolescentes perderam a(o) principal responsável por seus cuidados, ou seja, duas crianças a cada mil, situação que coloca o país atrás apenas do Peru, África do Sul e México, mas em termos absolutos, o Brasil fica atrás apenas do México. No período analisado pela pesquisa, a cada cinco minutos uma criança fica órfã no Brasil.

Um cenário desolador que vem sendo intitulado de “pandemia oculta”. Como afirma o estudo do período científico, essas crianças não identificadas são a consequência trágica esquecida dos milhões de mortos(as) na Pandemia. Conforme a Pandemia progride, muito mais crianças sofrerão perdas dessa natureza, pois os principais aspectos desses cuidados parentais perdidos com os óbitos da Covid-19 incluem o contato cara-a-cara ou apoio psicossocial, comportamentos de cuidados, como alimentação, ensino e supervisão e apoio financeiro para despesas domésticas e educacionais.

Assim como a média mundial, o número de órfãs e órfãos de pai também é mais significativo no Brasil. Enquanto o óbito de mães³ foi de 26 mil, o número de óbitos dos pais foi de 88 mil, ou seja, quase três vezes maior. O destino dessas crianças e adolescentes acaba sendo o amparo de parentes, a reorganização familiar e a colocação em abrigos e/ou adoção. O fato é que 70% das(os) órfãs no país recebem apoio financeiro das(os) avós, que, por sua vez, são as maiores vítimas da doença. De acordo com as estimativas da pesquisa, 17 mil crianças e adolescentes viram morrer avós cuidadoras(es) durante a pandemia (HILLIS, et al, 2021).

Uma geração que vai crescer sob os impactos emocionais e financeiros da Covid-19, considerando que a pobreza está associada a um número significativamente maior de óbitos do que as comorbidades. E essa perda pode diminuir ainda mais o consumo das famílias por conta

³ De acordo com dados do IBGE de 2018, aproximadamente 11,54 milhões de famílias no Brasil têm a mãe como provedor e chefe. Com a morte delas, a situação da infância e da adolescência só tende a piorar.

da perda de renda e da perda dos cuidados infantis, o que limita a capacidade de um adulto que sobrevive do trabalho (HILLIS, et al, 2021, p. 400).

No tocante aos impactos de longo prazo, inclui-se a menor realização da educação e a redução da renda. Por isso, é muito importante adotar programas de transferência de renda para reduzir a pobreza e seus efeitos associados, assim como é imprescindível que os países invistam na aceleração do acesso equitativo de vacinas, testes e tratamentos de saúde, sem deixar de considerar a necessidade de manter os cuidados sanitários recomendados até agora, junto com programas e serviços baseados em evidências (HILLIS, et al, 2021, p. 392).

Diante desse cenário, algumas medidas legislativas têm sido pensadas. Destacamos a propositura de projetos de lei no Congresso Nacional no sentido de minimizar o impacto da orfandade no Brasil decorrente da Pandemia, como o PL nº 2.180/2021, de iniciativa da Senadora Eliziane Gama (Cidadania – MA), que institui o Fundo de Amparo às Crianças Órfãs pela Covid-19 e altera a Lei nº 13.756/2018⁴ para incluí-lo entre os destinatários do produto da arrecadação da loteria de prognósticos numéricos.

De autoria da mesma parlamentar, o Projeto de Lei nº 851, de 2021, que institui ajuda emergencial, no valor de R\$ 600,00 mensais, com duração de 3 anos aos menores de 18 anos órfãos de pai e mãe em situação de vulnerabilidade social, cuja causa morte tenha se dado em decorrência da Covid-19. Matérias semelhantes também têm sido objeto de propositura de outros projetos de lei, mas que não poderão ser aqui enumerados em virtude da abrangência desta escrita.

Apesar de o presidente da República fazer questão de ignorar o sentido das garantias constitucionais pactuadas pelo Brasil e violar flagrantemente os direitos fundamentais de milhares de crianças e adolescentes, precisamos fazer cumprir o comando do art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988 que determina:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴ Art. 1º Fica instituído o Fundo de Amparo às Crianças Órfãs pela Covid-19 (FACOVID), de natureza contábil-financeira, destinado a garantir auxílio financeiro, na forma do art. 22 da lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, aos menores de 18 (dezoito) anos de idade que tiveram ao menos um dos pais ou responsáveis falecidos em decorrência da covid-19 e cuja família remanescente não tenha os meios para prover a sua manutenção” (BRASIL, 2021).

Que outras iniciativas que visem a proteção dessas crianças e adolescentes possam se multiplicar pelo país, de governos às iniciativas da sociedade civil, já que ambos têm o dever constitucional de assegurar os direitos infanto-juvenis. E que as esferas e autoridades públicas e privadas que deram causa ao rompimento brusco de tantos laços de parentesco no Brasil ao expor a população à contaminação da Covid-19 e promover, tudo indica que um genocídio, possam ser devidamente responsabilizadas, em nome da vida, da memória e da verdade histórica de nossas crianças e adolescentes.

3. A RESPONSABILIDADE DO GOVERNO FEDERAL E DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PELA VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO BRASILEIRA NA PANDEMIA DA COVID-19

Esta seção objetiva demonstrar os crimes praticados durante a Pandemia contra a população brasileira, pelo governo federal e pelo Presidente da República, através da análise de denúncias internacionais recentes efetuadas junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), junto ao Tribunal Penal Internacional (TPI), e junto ao Conselho de Direitos Humanos da ONU e através do levantamento dos principais resultados do Relatório da CPI da Covid-19, produzido pelo Senado Federal brasileiro. As categorias *crime contra a humanidade* e *genocídio* serão analisadas a partir do exame do Estatuto de Roma, promulgado no Brasil através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

3.1 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A denúncia promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em janeiro de 2021, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), instância regional de proteção da qual faz parte o Brasil, requer a apuração dos atos praticados pelo Estado brasileiro atentatórios aos Direitos Humanos no contexto da Pandemia do novo Coronavírus, através da exposição de fatos públicos sobre o assunto. De acordo com a OAB:

As atitudes do Presidente da República, entre outros funcionários do alto escalão do Executivo diretamente a ele subordinados, atentam contra os direitos humanos mais básicos, colocando em risco a integridade física e a vida de todos os cidadãos

brasileiros. Conclui-se, assim, que o Estado brasileiro tem agido contra a sua população (OAB, 2021, p. 5).

A OAB denuncia ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos os atos atentatórios aos Direitos Humanos praticados pelo governo federal e pelo Presidente da República na gestão da Pandemia da Covid-19, com o deliberado propósito de prejudicar a população, impedindo o funcionamento constitucional do Sistema Único de Saúde e avacalhando o processo de aquisição de vacinas, tudo indica que movidos pela corrupção.

Textualmente a OAB afirma: “(...) o que se pretende demonstrar na presente petição de denúncia é que o Executivo Federal, consubstanciado nas figuras do Presidente da República e do Ministro da Saúde, foi diretamente responsável pelo contorno catastrófico que a pandemia assumiu no Brasil” (OAB, 2021, p. 2). A postura do Governo Brasileiro pode ser analisada a partir de atos comissivos e omissivos, sobretudo a negligência categoricamente intencional, como sustenta a OAB.

Isso porque, em sentido oposto ao que se esperava, as ações ou falta delas (omissões) do Estado brasileiro contribuíram para a o agravamento da crise hospitalar que inevitavelmente se instauraria, como de fato se instaurou, com a pandemia. Um dos momentos marcantes que revelam a negligência e falta de gestão ocorreu há poucos dias, logo no início de 2021, ou seja, quase 1 ano após o começo da crise, quando na capital do Estado do Amazonas, Manaus, localizada no norte do território brasileiro, faltou um insumo básico em qualquer unidade de saúde é essencial para a manutenção da vida humana: oxigênio (OAB, 2021, p. 2).

A situação vivenciada em Manaus ficará para sempre gravada na memória das grandes tragédias da História do Brasil. E sua narrativa precisa ser conduzida com ética, verdade e responsabilidade. Uma narrativa que não absolva os seus culpados, principalmente o Presidente da República que, diante de seus currais de apoiadores fanáticos e de um país arrasado, tripudia das mortes por dispneia de milhares de brasileiros e brasileiras. Como iremos explicar as nossas gerações porque um país elegeu uma pessoa criminoso que, durante a pior pandemia do século XXI “(...) imita pessoas com falta de ar para defender a cloroquina”?

A denúncia do Conselho Federal da OAB, ressaltando a falha na prestação do serviço de atendimento à saúde fornecido pelo Estado, viola o art. 4º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que resguarda o Direito à Vida. E afirma: “As situações denunciadas de falta de oxigênio na rede pública hospitalar revelam-se como verdadeiras catástrofes ocorridas sob a chancela do Estado, tornando-o agente violador de direitos”. (OAB, 2021, p. 20).

As atitudes do presidente da República e de funcionários do alto escalão do Executivo “(...) atentam contra os direitos humanos mais básicos, colocando em risco a integridade física e a vida de todos os cidadãos brasileiros”, concluindo, portanto, “(...) que o Estado brasileiro tem agido contra a sua população” (OAB, 2021, p. 9).

Um dos exemplos dessa política deliberada de extermínio pode ser comprovada através do estímulo criminoso do chamado “tratamento precoce”. A OAB fez questão de colacionar à sua denúncia, a orientação do Ministério da Saúde, publicada em 20 de maio de 2020 para o uso de cloroquina, hidroxiclороquina e azitromicina no tratamento da Covid-19, o que, segundo a entidade, “(...) traduz-se como verdadeiro ato atentatório à saúde da população brasileira, pois contraria diretrizes de entidades médicas” (OAB, 2021, p. 6).

Colacionou, também, a publicação, pelo Ministério da Saúde, do Termo de Ciência e Consentimento para usuários(as) dos medicamentos indicados no tal “Kit Covid”⁵. Em resposta a esta aberração ética e jurídica, o Conselho Nacional de Saúde emitiu a Recomendação nº 2, alertando que a “adoção da cloroquina/hidroxiclороquina é uma decisão política tomada por não especialistas em saúde”.

(...) e que, segundo dados do próprio Ministério da Saúde, as hospitalizações de pretos e pardos com síndrome respiratória aguda grave representam 23,1% do total, mas as mortes dessas parcelas da população somam 32,8%, o que reforça os processos de extermínio promovidos pelo Estado brasileiro contra a população negra e outros grupos vulnerabilizados, como indígenas, ciganos, quilombolas, moradores de favelas, bairros periféricos, terreiros, assentamentos, populações do campo, em situação de rua etc.; (OAB, 2021, p. 6).

Desse modo, o acionamento da CIDH pelo Conselho Federal da OAB visa buscar uma solução para a situação apontada, em que a integridade física das(os) brasileiras(os) seguia seriamente ameaçada caso o Estado não tomasse medidas efetivas para a proteção da saúde da população, “(...) cessando assim a política de extermínio que tem vigorado”. Infelizmente, o governo federal e o Presidente da República não cooperaram para a mudança desse cenário, muito pelo contrário, continuaram trabalhando em favor da Pandemia.

3.2 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

⁵ “Na última sexta-feira (15/01), o presidente Jair Bolsonaro voltou a defender o “tratamento precoce” contra a Covid-19, mesmo sem qualquer comprovação científica, e afirmou, em sua conta no twitter, que “*Estudos clínicos demonstram que o tratamento precoce da Covid, com antimaláricos, podem reduzir a progressão da doença, prevenir a hospitalização e estão associados à redução da mortalidade*”. (OAB, 2021, p. 11).

Em julho de 2020, as(os) profissionais de saúde no Brasil, através da Rede Sindical UniSaúde e Outros, denunciaram o Presidente da República ao Tribunal Penal Internacional⁶ - TPI, por crimes contra a humanidade, dispositivo capitulado no art. 7º, “k”, do Estatuto de Roma, norma que rege a processualística do referido Órgão, responsável por apurar violações de direitos humanos de maior gravidade, com alcance internacional.

Artigo 7º. Para os efeitos do presente estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

De acordo com a denúncia, a materialidade dos crimes cometidos pelo presidente da República está devidamente confirmada, restando claro que as ações e omissões do mesmo afetaram de forma grave a saúde física e mental da população que estava sob risco de contágio de um vírus com alta letalidade e capacidade de disseminação sem controle, com risco de morte ou sequelas irreversíveis. Os denunciantes afirmaram, também, estarem preenchidos os requisitos para tipificação das condutas do denunciado como crimes contra a humanidade, a saber: a) intencionalidade especial caracterizada por dolo e pela potencial consciência da ilicitude, além da omissão do agente e b) ataque dirigido à uma população civil⁷. O procedimento está em tramitação.

O TPI também foi acionado através de denúncia formulada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), com o apoio do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos – CADHu e da Comissão Arns, contra as violações de direitos praticadas pelo Presidente da República contra as populações originárias, mais precisamente pela prática do crime de genocídio, crimes contra a humanidade e ecocídio, por atos praticados desde o início da gestão Bolsonaro, agravados durante a Pandemia da Covid-19.

⁶ De acordo com Estatuto de Roma: "Art.5º - (...), § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão."

⁷ “No que tange ao número de vítimas, especialistas apontam que cerca de 400 mil mortes poderiam ter sido evitadas até junho de 2021, isto é, quatro a cada cinco mortes, caso o Brasil tivesse mantido a média mundial de mortalidade por Covid-19¹²⁹. Estudos baseados em outros critérios comprovam que ao menos 120 mil mortes poderiam ter sido evitadas por meio de medidas de prevenção” (VENTURA, 2021, et al, p. 2233).

As(Os) denunciante(s) apresentaram documentos oficiais, pesquisas acadêmicas, notas técnicas e relatos de lideranças que comprovam o planejamento e a execução da política anti-indígena, explícita, sistemática e intencional do governo Bolsonaro. A denúncia foi protocolada no Dia Internacional dos Povos Indígenas e requer a condenação do Presidente da República por crime de genocídio.

O relatório enviado para a Corte de Haia evidencia dois crimes previstos no Estatuto de Roma, a saber: “extermínio, perseguição e outros atos desumanos” e “causar severos danos físicos e mentais e deliberadamente infligir condições com vistas à destruição dos povos indígenas”, ou seja, genocídio. De acordo como coordenador jurídico da APIB, Eloy Terena: “Acreditamos que estão em curso no Brasil atos que se configuram como *crimes contra a humanidade, genocídio e ecocídio*. Dada a incapacidade do atual sistema de justiça no Brasil de investigar, processar e julgar essas condutas, denunciaremos esses atos junto à comunidade internacional, mobilizando o Tribunal Penal Internacional” (MARCELINO, 2021).

O crime de genocídio está previsto no art. 6, “b” e “c”, do Estatuto de Roma, e é conceituado como: “qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal”. Dentre os atos descritos que configuram tal crime estão: homicídio de membros do grupo; ofensas graves à integridade física e mental de seus membros; sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; a imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo e transferência, à forma, de crianças do grupo para outros grupos.

3.3 CONSELHO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

A Comissão Arns e a Conecta Direitos Humanos apresentaram denúncia contra o presidente da República durante a 46ª Sessão do Conselho Internacional de Direitos Humanos da ONU sobre o descaso do governo federal diante da crise da Pandemia da Covid-19.

A situação do Brasil é desesperadora. A Covid-19 está causando um enorme impacto em perdas de vidas e dificuldades econômicas. A doença atingiu desproporcionalmente a população negra e mais pobre, as comunidades indígenas e tradicionais. Viemos aqui hoje para denunciar as atitudes recorrentes do presidente Jair Bolsonaro em relação à pandemia (ARNS, 2021).

Na denúncia as entidades alegaram que Bolsonaro desdenhou das recomendações científicas, semeou descrédito nas medidas de proteção como uso de máscaras e a necessidade do distanciamento social, promoveu o uso de drogas ineficazes, paralisou a capacidade de coordenação do Ministério da Saúde, descartou a importância das vacinas, tripudiou do sofrimento da população brasileira dizendo para pararem de “frescura e mimimi”, entre outros.

Um ano após essa denúncia, em 22 de junho de 2022, as mesmas entidades novamente voltam ao Conselho para denunciar o governo brasileiro sobre as investigações relativas ao indigenista Bruno Pereira e ao jornalista Dom Philips, assassinados na floresta amazônica recentemente, em meio ao clima de ódio que insufla madeireiros e garimpeiros ilegais no território.

3.4 COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI DA COVID-19

Além das denúncias acima mencionadas, a apuração das condutas do Governo Federal no enfrentamento à pandemia, pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), do Senado Federal deixou explícita as motivações para a violência praticada contra a população brasileira, sobretudo sua parcela mais vulnerável.

A CPI foi instituída pelos Requerimentos nos 1.371 e 1.372, de 2021, com a finalidade de apurar, no prazo de 90 dias, “as ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da Pandemia da Covid-19 no Brasil e, em especial, no agravamento da crise sanitária no Amazonas com a ausência de oxigênio para os pacientes internados”. Criada também para:

apurar “as possíveis irregularidades em contratos, fraudes em licitações, superfaturamentos, desvio de recursos públicos, assinatura de contratos com empresas de fachada para prestação de serviços genéricos ou fictícios, entre outros ilícitos, se valendo para isso de recursos originados da União Federal, bem como outras ações ou omissões cometidas por administradores públicos federais, estaduais e municipais, no trato com a coisa pública, durante a vigência da calamidade originada pela Pandemia do Coronavírus "SARS-CoV-2" (SENADO FEDERAL, Relatório, CPI Covid-19, p. 4).

O objetivo imprescindível da CPI mostrou-se ser investigar se, “a despeito da disseminação de um vírus bastante contagioso e potencialmente letal, o Poder Público e, em especial, as autoridades públicas de saúde agiram de maneira adequada com o propósito de

proteger a população e de minimizar perdas⁸” (SENADO FEDERAL, Relatório, CPI Covid-19, p. 24). Foram, portanto, investigadas as ações e omissões do governo federal na gestão da Pandemia.

Após aproximadamente seis meses de investigação, a entrega e a leitura oficial do Relatório Final da CPI da Covid-19 foi feita no dia 20 de outubro de 2021, contendo 1.288 páginas e 16 capítulos, incluindo 78 pessoas e duas empresas. Entre os indiciados, destacam-se, o presidente da República, Jair Bolsonaro e seus três filhos, o vereador Carlos Bolsonaro (Republicanos-RJ), o senador Flávio Bolsonaro (Patriota-RJ) e o deputado federal Eduardo Bolsonaro (PSL-RJ).

No âmbito do governo federal (MATOS, 2022):

- ✓ O evidente descaso” do governo com a vida das pessoas, comprovado no “deliberado atraso” na aquisição de vacinas;
- ✓ A “forte atuação” da cúpula do governo, em especial do presidente da República, na disseminação de notícias falsas sobre a pandemia;
- ✓ A existência de um gabinete paralelo que aconselhava o presidente com informações à margem das diretrizes científicas.
- ✓ A intenção de imunizar a população por meio da contaminação natural (a chamada imunidade de rebanho);
- ✓ A priorização de um “tratamento precoce” sem amparo científico de eficácia e a adoção do modelo como “política pública declarada”;
- ✓ O desestímulo ao uso de medidas não farmacológicas – como as máscaras e o distanciamento social;
- ✓ A prática, por parte do governo federal, de atos “deliberadamente voltados contra os direitos dos indígenas”.

O Relatório aponta que os crimes possivelmente cometidos pelo presidente da República Jair Bolsonaro no contexto da Pandemia seriam 9, a saber: 1) epidemia com resultado morte; 2) infração de medida sanitária preventiva; 3) charlatanismo; 4) incitação ao crime; 5)

⁸ “Diante desses fatos, o principal foco desta CPI foi investigar as ações e omissões do governo federal. Nessa linha, como será detalhado mais adiante, buscou-se apurar se as autoridades de saúde agiram ou não com prudência e perícia, se foram ou não omissas, se deixaram ou não de efetuar planos de contingência e se agiram, ou não, com a antecedência necessária, de forma planejada e integrada, no interesse da população e conforme demandava a gravidade da crise sanitária.” (SENADO FEDERAL, Relatório, CPI Covid-19, p. 24).

falsificação de documento particular; 6) emprego irregular de verbas públicas; 7) prevaricação; 8) crimes contra a humanidade e 9) crimes de responsabilidade (violação de direito social e incompatibilidade com dignidade, honra e decoro do cargo).

No mês de julho de 2022, a Procuradoria Geral da República, através da vice-procuradora Lindôra Araújo, arquivou sete de dez pedidos de investigação contra o presidente Jair Bolsonaro, ministros e ex-ministros. A justificativa para os argumentos teria sido por “falta de provas” nas acusações de crime de pandemia, de infração de medida sanitária preventiva, de prevaricação e de charlatanismo. Não teria ela encontrado “indícios” contra o presidente pelo uso irregular de verbas públicas na fabricação de cloroquina e pelo crime de responsabilidade.

Imediatamente, senadores(as) da CPI da Pandemia pediram ao Supremo Tribunal Federal que investigue a vice-procuradora-geral por prevaricação em virtude dos arquivamentos, inclusive pelo fato de notícia pública sobre encontros que estariam sendo realizados entre a referida procuradora-geral e o presidente da República que, ao que tudo indica, poderá estar sendo blindado para a realização de uma troca de favores.

De acordo com o senador Humberto Costa (PT-PE), a rejeição do arquivamento das investigações é o que o corpo de senadores(as) esperam do STF, pois não houve cumprimento do papel institucional do órgão ministerial de investigar a gravidade dos fatos apresentados pela CPI, pelo contrário, estaria sendo passado um “atestado de idoneidade, inocência a Bolsonaro para que ele possa enfrentar a disputa da sua reeleição”. Esta é a situação atual, infelizmente (CHRISTIAN, E., 2022).

Como explicar para as presentes e futuras gerações que, diante de uma das maiores crises da história da humanidade que assolou a vida do seu país, de suas famílias e as suas próprias vidas, o Presidente da República à época era o maior entusiasta da catástrofe?

Essa será uma de nossas tarefas e, por isso, envolve o nosso compromisso ético e epistemológico em disputar a narrativa desse tempo histórico e o garantir o direito à memória inter geracional, por aqueles e aquelas que não estão mais aqui e por todas(os) que ficaram órfãos de seus afetos e de seus cuidados por causa da vilania da chefia do Executivo Federal.

4. A VIOLAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA GESTÃO CRIMINOSA DA PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

“Doutora, não me deixe morrer, sou eu quem sustento os meus dois netos” (Paciente oncológico terminal com 83 anos à sua médica, no Rio de Janeiro, em 2005).

Esta seção objetiva demonstrar como os crimes praticados durante a Pandemia contra a população brasileira, pelo governo federal e pelo presidente da República, têm causado impactos severos nos arranjos familiares e no direito ao cuidado parental de crianças e adolescentes, violando frontalmente o princípio da Proteção Integral e o direito à convivência familiar e comunitária da nossa infância e adolescência.

A ausência de proteção familiar com o óbito de milhares de cuidadoras(es) e a ausência da sociedade e do Estado brasileiro na proteção das crianças e adolescentes órfãs da Covid-19 deixará um legado de interrupção de processos, experiências e vivências (inter)geracionais inteiros. Perdas bruscas e precoces, dores avassaladoras, famílias inteiras sendo dilaceradas pelo rompimento de laços físicos e afetivos com uma linhagem inteira, muitas vezes, tendo que assistir a morte de mães, pais, irmãs, irmãos e avós em sequência.

Nosso ponto de partida da discussão desta seção se alicerça no **Princípio da Proteção Integral**, e no **direito fundamental à convivência familiar e comunitária**, introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.069/90.

A Doutrina da Proteção Integral⁹ adotada pelo Estatuto da Criança e da (o) Adolescente no art. 1º e 3º, está fincada em três princípios basilares: 1) a compreensão da criança e da (o) adolescente como sujeitas (os) de direitos; 2) a compreensão de que elas são destinatárias (os) de absoluta prioridade e 3) a compreensão de que devemos respeitar a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

É importante ressaltar que os impactos da Pandemia e de sua gestão criminosa pelo governo federal e pelo presidente da República na vida das crianças e adolescentes no Brasil, há de ser compreendida de forma diferente, a depender do perfil de infância e adolescência que se está analisando. Crianças e adolescentes pobres, negras e indígenas sofreram e sofrem muito mais os impactos da Pandemia, situação que corrobora a forma como o racismo e a opressão de classe se estruturam nos pilares que fincam a sociabilidade brasileira.

⁹ O princípio da Proteção Integral está prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (1985), as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil – Diretrizes de Riad (1988) e a Convenção sobre o Direito da Criança (1989).

Um estudo realizado pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e publicado na revista *The Lancet Child and Adolescent Health*, observou que o número de óbitos de crianças no Brasil é maior do que o observado em outros países (7,6% de mortalidade no Brasil contra 1% em estudo feito com mesmo grupo no Reino Unido), sendo que o maior risco foi para os grupos de crianças indígenas, de regiões mais pobres, com comorbidades, adolescentes ou menores de dois anos¹⁰. A conclusão central do estudo é de que a vulnerabilidade social é um fator que contribui para a mortalidade da doença em crianças e adolescentes (OLIVEIRA, 2021, p. 560).

E o que falar das crianças indígenas, que, além de viverem o rompimento dos seus laços comunitários com a perda de parentes e dos(as) guardiões/guardiãs dos saberes antigos, representam 5% das vítimas da Covid-19? (MILHORANCE, 2020). Crianças que sofrem persistentes e históricas desigualdades, vitimadas por doenças, pela mortalidade infantil, pela desnutrição, pela desvantagem de condições sanitárias e de saúde e por toda sorte de descasos do governo brasileiro. Nesse sentido, o estudo realizado pela UFMG afirma que as crianças indígenas no Brasil tiveram, pelo menos, o dobro do risco de morte em relação às outras etnias.

Considerando o número de crianças e adolescentes órfãs de suas(seus) cuidadoras(es) em decorrência da Covid-19, considerando que a subsistência da maioria delas e o acesso mínimo às condições dignas de vida dependem de suas mães, seus pais, avôs e/ou avós, é preciso refletir sobre a dimensão da tragédia de um país que possui 130 mil crianças e adolescentes nessa situação e, em sua maioria, desprovidas de proteção. O núcleo familiar é um elemento central de proteção contido na Constituição Federal de 1988, tanto que o seu art. 226 afirma: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Nesse sentido, antropologicamente, a família é formada a partir dos sistemas de parentesco e de aliança e pela junção das seguintes relações: a) *descendência*, que ocorre na ligação entre os pais e os filhos; b) *consanguinidade*, que se dá na ligação entre irmãos/irmãs, primos (as), etc.; c) *afinidade*, estabelecida pela aliança matrimonial entre duas pessoas sem parentesco de primeiro grau; d) *dependência*, que se estabelece entre a pessoa de referência e os (as) agregados (as). Uma formação que se dá, portanto, através dos laços de descendência,

¹⁰ “O estudo traçou o perfil das crianças brasileiras hospitalizadas com covid-19. Foram analisados dados de **mais de 80 mil crianças** internadas em hospitais brasileiros em 2020 com suspeita da doença. Destas, 11.613 tiveram comprovação laboratorial da infecção pelo SARS-CoV-2 e foram incluídas na análise. Esta é a **maior coorte pediátrica de covid-19 já publicada até este momento**. O estudo contou com recursos da FAPEMIG e do CNPq” (OLIVEIRA, 2021, p. 560).

consanguinidade, casamento e aliança e dependência, ou da combinação de um, alguns ou todos estes aspectos (LÉVI-STRAUSS, 1976).

No caso do Brasil, o número de crianças e adolescentes que ficaram órfãs de um(a) dos(as) genitores(as) ou de ambos(as) é da ordem de **116 mil**, ou seja, 89 % do dado geral da pesquisa, que é de 130 mil órfãs. Ou seja, perderam a(o) principal responsável por seus cuidados. O dado de que a maioria dos óbitos da Pandemia ocorre entre adultos do sexo masculino é importante também para fazer refletir sobre o perfil das famílias brasileiras, sobretudo das mais vulneráveis à Pandemia e sobre os papéis desempenhados por pais/genitores e pelas mães/genitoras no âmbito do cuidado parental, tema que pode ser objeto de análise em outro momento da pesquisa.

Sobre o perfil das chefias dos domicílios brasileiros, a pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2020) aponta que o percentual de domicílios chefiados por mulheres saltou de 25% em 1995, para 45% em 2018, sobretudo em razão do aumento da participação feminina no mercado de trabalho, apesar da persistente desigualdade salarial entre gêneros. A pesquisa detectou que houve acentuação desse movimento depois da crise econômica, considerando que entre 2014 e 2019, por exemplo, quase 10 milhões de mulheres assumiram a condição de gestoras da casa, ao passo que 2,8 milhões de homens perderam essa posição no mesmo período.

Anos antes, a condição das mulheres na chefia das famílias se devia, principalmente, pela separação com o cônjuge. Atualmente essa condição se dá, especialmente em virtude da perda de emprego e da redução salarial de seus companheiros e maridos, fazendo com que mais mulheres se tornassem as responsáveis por prover a renda de casa. Segundo o Ipea, 43% das chefes de domicílios no Brasil atualmente vivem em casal, 30% com filhos (as) e 13% sem filhos (as).

As outras 34,4% de responsáveis pela chefia do lar se dividem entre mulheres solteiras com filhos (a) – 32%, mulheres que vivem sozinhas – 18% e mulheres que dividem a casa com amigos (as) ou parentes – 7%. “Elas não estão mais ali porque foram abandonadas. É um movimento que faz parte do processo de empoderamento feminino e deixa as mulheres cada vez menos vulneráveis socialmente” (IPEA, 2020). E a tendência é que o número de mulheres chefiando os lares brasileiros continue crescendo nos próximos anos.

Certamente um dos motivos para que esse crescimento ocorra é o quantitativo de óbitos de pais de crianças e adolescentes durante a Pandemia, superior em três vezes o número de

óbitos de mães. São 88 mil pais/genitores falecidos de Covid-19. Neste caso, haverá aumento do número de famílias monoparentais, o aumento do número de mulheres responsáveis pelo provimento de suas famílias e, por conseguinte, o aumento da sobrecarga do trabalho e do cuidado doméstico.

Cuidado que, historicamente está no centro da sustentabilidade da vida, pois: “A organização do cuidado ancorada principalmente na exploração do trabalho de mulheres negras e no trabalho não remunerado das mulheres é um fracasso retumbante para a busca de redução das desigualdades antes e durante a pandemia do coronavírus” (SOF, 2020, p. 11).

É preciso ressaltar que essa condição da maternidade feminina indica maior vulnerabilidade na experiência de mulheres negras no Brasil, pois boa parte delas possuem renda inferior às outras famílias. Nesse sentido, a morte de 26 mil mulheres/mães brasileiras em virtude da Covid-19 e da má gestão da Pandemia pelo governo federal e pelo presidente da República já demonstra o tamanho do impacto dessas ausências na vida de nossas crianças e adolescentes, dependentes materialmente e afetivamente delas, o que viola frontalmente o direito à convivência familiar e comunitária da infância e juventude brasileira.

No caso do cuidado parental de crianças e adolescentes por pessoas idosas, a perda desses entes familiares também causa impactos significativos, pois avôs e avós constituem boa parte do sustentáculos de famílias inteiras no Brasil. Os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua, em 2018 apontavam que, dos 71,3 milhões de domicílios brasileiros, em 33,9% existia ao menos um (a) idoso (a) residindo. Domicílios em que moravam 62,5 milhões de pessoas, em média 2,6 pessoas por domicílio, das quais 30,1 milhões eram pessoas não idosas. Dentre estas, 16,6 milhões não trabalhavam.

De acordo com a PNAD, o (a) idoso (a) contribui com 69,8% da renda destes domicílios e 56,3% de sua renda era oriunda de pensões ou aposentadoria. Tal realidade tem efeito direto no cuidado familiar, pois o apoio intergeracional têm sido crescentemente importante como estratégia de sobrevivência, embora sob formas diferenciadas (IPEA, 2020).

Nos domicílios onde a renda da (os) idosa (o) constituía a única fonte econômica, 12,9 milhões ou 18,1% do total de domicílios brasileiros, onde moravam 18,4 milhões de idosas (os), 900 mil eram crianças menores de 15 anos. Cerca de 30% dos homens idosos e 14,1% das mulheres trabalhavam. Dentre os não idosos, 7,1% trabalhava mas não tinha renda. A principal fonte de renda era a seguridade social, que era responsável por 63,9% do seu total (IPEA, 2020, p. 9). Aproximadamente metade dos idosos do sexo masculino trabalhava por conta própria e

21,4% eram comerciantes, pedreiros, motoristas de taxi, de carros por aplicativo e de caminhões.

A proporção de mulheres idosas trabalhando por conta própria era menor, mas, mesmo assim, muito alta, 39,6% e suas principais ocupações eram de empregada doméstica, comerciantes, costureiras, faxineiras e cozinheiras em empresas. E são essas as atividades que mais têm sofrido o impacto da Pandemia, seja pela destruição de vagas de trabalho, quanto pela substituição de idosas(os) em razão de sua maior vulnerabilidade de saúde.

Em Nota Técnica nº 81, publicado pelo IPEA em julho de 2020, intitulado “*Os dependentes da renda dos idosos e o coronavírus: órfãos ou novos pobres*”, revela-se o impacto da morte precoce de idosas(os), especialmente as(os) responsáveis financeiros por famílias, na renda dos demais membros familiares. A Nota considera precoce pelo fato de o óbito ocorrer em idade em que a expectativa de vida é positiva e diferente de zero.

Nesse sentido, constatou-se que, até julho de 2020, 73,8% das mortes registradas por Covid-19 eram de pessoas com 60 anos ou mais, sendo que 58,0% eram homens. Mencionando a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua, a Nota Técnica do IPEA (2020, p. 12) aponta que se todos os(as) idosos(as) brasileiros(as) morrerem, aproximadamente, cerca de 30 milhões de pessoas não idosas terão a sua renda mensal per capita reduzida de R\$1.380,60 para R\$1.097,80, desde que não haja perda na renda do trabalho dos(as) não idosos(as).

Desse modo, resta claro que a morte de pessoas adultas no Brasil em decorrência da Covid-19, sobretudo de pais, mães, avós e avôs já deixam impactos incomensuráveis na vida dessas crianças e adolescentes, estando nítida a violação do direito à proteção integral e o direito à convivência familiar e comunitária insculpidos na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e da (o) Adolescente.

Conforme prevê o art. 4º, da Lei nº 8.069/90:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Do mesmo modo, o art. 19, do ECA: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”

O cuidado parental envolve o dever de cuidado, que está disposto no art. 229, da Constituição Federal de 1988: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Portanto, a morte desses e dessas cuidadoras (es), suas ausências familiares impostas por uma política criminosa e genocida do chefe do Executivo Federal, precisa ser denunciada!

A garantia do pleno e regular exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes impõe a elaboração e implementação de política pública específica, intersetorial e interinstitucional, já que demanda ações nas áreas de assistência social, saúde, educação, entre outros, a partir de uma atuação conjunta e coordenada dos setores responsáveis pela proteção de seus direitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos aqui levantados, a partir do material de pesquisa examinado, sobretudo as pesquisas científicas e as denúncias por violações de direitos humanos junto a organismos internacionais, reconhecemos a responsabilidade do governo federal brasileiro e do presidente da República pela prática de crimes contra a humanidade previstos no art. 7º “k” do Estatuto de Roma e do crime de genocídio, previsto no art. 6º “b” e “c”, no mesmo documento, dirigidas contra a população brasileira durante a pandemia da Covid-19.

Está claro que a conduta criminosa e desumana do governo federal na gestão da pandemia tem tido repercussão direta na vida de sujeitas e sujeitos de direito que deveriam ser consideradas (os) prioridade absoluta para o Estado brasileiro: **nossas crianças e adolescentes**. Um contingente de 130 mil crianças e adolescentes órfãs estampa a triste realidade atual no Brasil, pois a perda dos seus entes familiares pela Covid-19 tem desestruturado os lares brasileiros e tornando imperiosa a necessidade de se reestruturar os arranjos familiares, considerando a grande incidência de famílias monoparentais a partir desse evento epidemiológico.

Como consequência, reconhecemos e denunciemos a violação dos direitos das crianças e adolescentes durante a pandemia da Covid-19, especialmente a violação do direito à proteção integral e do direito à convivência familiar e comunitária, em virtude da perda de seus (suas) entes familiares para a doença, trazendo à tona o necessário debate sobre o fenômeno concreto da orfandade no Brasil.

Ao levantar os dados sobre o fenômeno da orfandade da Covid-19, a pesquisa se deparou com o seguinte paradoxo: como podemos viver em um Estado Democrático de Direito se o Poder Executivo Federal e a sua chefia máxima violam à luz do dia o direito à vida, o direito à saúde, o direito de não morrer por descaso, o direito ao luto, o direito à convivência familiar e comunitária e o direito à proteção integral de nossas crianças e adolescentes?

A ausência de proteção familiar com o óbito de milhares de cuidadoras(es) e a ausência da sociedade e do Estado na proteção das crianças e adolescentes órfãs da Covid-19 provocará um dano incomensurável que viola o pacto intergeracional firmado na Constituição Federal de 1988 e o princípio da prioridade absoluta garantido pelo Estatuto da Criança e da(o) Adolescente.

6. REFERÊNCIAS

APIB. **Nossa luta é pela vida – Covid-19 e os povos indígenas**: o enfrentamento das violências durante a pandemia. Novembro, 2020. Disponível em: https://emergenciaindigena.apiboficial.org/files/2020/12/APIB_nossalutaepelavida_v7PT.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

ARNS, Comissão. **Comissão Arns e Conectas denunciam Bolsonaro na ONU**. 15 mar. 2021. Disponível em: <<https://comissaoarns.org/blog/2021-03-15-comiss%C3%A3o-arns-e-conectas-denunciam-bolsonaro-na-onu/>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL, Ordem dos Advogados. **Petição de denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA**. 20 de jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 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/l8069.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2180, de 2021**. Institui o Fundo de Amparo às Crianças Órfãs pela Covid-19 (FACOVID) e altera a Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018, para incluí-lo entre os destinatários do produto da arrecadação da loteria de prognósticos

numéricos. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148801>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2633, de 2020**. Altera as Leis nºs 11.952, de 25 de junho de 2009, 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a fim de ampliar o alcance da regularização fundiária; e dá outras providências. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149358>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final da CPI da Covid-19**. Aprovado pela Comissão em 26 de outubro de 2021. Disponível em: < file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/Relatorio_Final_aprovado.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CHRISTIAN, Érica. **Senadores da CPI da Covid contestam no STF arquivamento de investigações**. Senado – Brasília, 26 de jul. 2022. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/07/26/senadores-recorrem-ao-stf-contrarquivamento-da-pgr-de-pedidos-da-cpi-da-pandemia>>. Acesso em 28 de jul. 2022.

HILLIS, Susan (et., al). **Global minimum estimates of children affected by COVID-19-associated orphanhood and deaths of caregivers: a modelling study**. The Lancet, 2021. Disponível em: < [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(21\)01253-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)01253-8/fulltext)>. Acesso em: 15 ago. 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC)**. Microdados da amostra. 2018.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Nota Técnica 2020 - os dependentes da Renda dos Idosos e o Coronavírus: órfãos ou novos pobres?** Brasília: Ipea, n. 81, jul. 2020.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas Elementares do Parentesco**. Editora Vozes/EDUSP. Petrópolis/ São Paulo, 1976.

MATOS, et., al. **CPI da Covid aprova relatório final, atribui nove crimes a Bolsonaro e pede 80 indiciamentos**. G1 e TV Globo – Brasília, 26 de out. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/cpi-da-covid/noticia/2021/10/26/cpi-da-covid-aprova-relatorio-atribui-nove-crimes-a-bolsonaro-e-pede-80-indiciamentos.ghtml>>. Acesso em 15 de abr. 2022.

MARCELINO, Ueslei. **Inédito: APIB denuncia Bolsonaro, em Haia, por genocídio indígena**. CIMI, 09 ago. 2021. Disponível em: < <https://cimi.org.br/2021/08/inedito-apib-denuncia-bolsonaro-em-haia-por-genocidio-indigena/>>. Acesso em: 10 ago. de 2021.

MILHORANCE, Flávia. **Jovens indígenas sofrem impacto mais agressivo do coronavírus que a média brasileira na mesma faixa etária**. National Geographic, 30 jul.2020. Disponível em: < <https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2020/06/criancas-adolescentes-jovens-indigenas-morte-coronavirus-pandemia-covid-19-xingu>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

OLIVEIRA, Eduardo A (et al). **Características clínicas e fatores de risco para óbito em crianças e adolescentes hospitalizados com Covid-19 no Brasil**: uma análise de um banco de dados de abrangência nacional. *The Lancet*, 10 jun. 2021. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lanchi/article/PIIS2352-4642\(21\)00134-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanchi/article/PIIS2352-4642(21)00134-6/fulltext). Acesso em: 10 ago. 2021.

SAÚDE, Confederação Nacional dos Trabalhadores na. **Representação Criminal ao Tribunal Penal Internacional (TPI) em face de Jair Messias Bolsonaro**. Agosto de 2020. Disponível em: < <https://cnts.org.br/wp-content/uploads/2020/07/DENUNCIA-PRESIDENTE-TPI-final.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; PERRONE-MOISÉS, Cláudia; MARTIN-CHENUT, Kathia. **Pandemia e crimes contra a humanidade: o “caráter desumano” da gestão da catástrofe sanitária no Brasil**. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, 2021, p. 2206-2257.

LEI 14.026/2020:

A NOVA LEI DE SANEAMENTO BÁSICO DO BRASIL COMO MECANISMO CONCRETIZADOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Fabian Serejo Santana¹
Rodrigo Pereira Lopes²*

RESUMO: O objetivo deste artigo foi analisar as alterações produzidas pela lei 14.026/2020 em relação ao regramento anterior e averiguar se há benefícios evidentes em sua aplicabilidade, sobretudo nas cidades que carecem de políticas públicas voltadas ao saneamento básico. Quanto à finalidade, a nova lei implementa medidas voltadas para a correção do déficit deste serviço público no Brasil, que denunciam o atraso na garantia de direitos básicos como acesso à água e ao destino seguro dos dejetos e resíduos sólidos. Realizou-se pesquisa qualitativa, apoiando-se no método dedutivo, fazendo uma revisão bibliográfica em busca dos dados e das bases teóricas substanciais como legislação vigente, sites especializados, google acadêmico, artigos científicos, dentre outras obras de pesquisa, a fim de possibilitar o lapidar dos conhecimentos concernentes ao saneamento básico. Sobre a legislação que trata do tema, realizou-se a leitura dos principais autores e se procurou documentos com vistas à compreensão das estruturas ofertadas pelo legislador. Auferiu-se que a lei 14.026/2020 será um novo instrumento jurídico que implementará meios que promovam a universalização do Saneamento Básico e alcance os socialmente vulneráveis à água potável, redes de tratamento de esgoto e resíduos sólidos, fundamentais para a saúde e a vida dos cidadãos e, por isso mesmo, revela-se como concretizador da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento. Saneamento Básico. Marco Regulatório.

ABSTRACT: The aim of this article was to analyze the changes produced by law 14.026/2020 in relation to the previous regulation and to find out if there are obvious benefits in its applicability, especially in cities that lack public policies aimed at basic sanitation. As for the purpose, the new law implements measures aimed at correcting the deficit of this public service in Brazil, which denounce the delay in guaranteeing basic rights such as access to water and the safe destination of waste and solid waste. Qualitative research was carried out, relying on the deductive method, making a literature review in search of substantial data and theoretical bases such as current legislation, specialized websites, academic google, scientific articles, among other research works, in order to enable the polishing of knowledge concerning basic sanitation. On the legislation that deals with the subject, the main authors were read and documents were searched with a view to understanding the structures offered by the legislator. It was concluded that law 14.026/2020 will be a new legal instrument that will implement means that promote the universalization of Basic Sanitation and reach those socially vulnerable to drinking water,

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins, especialista em direito do trabalho e direito constitucional, mestre em ciências do ambiente e doutorando pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: fabianserejo@gmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins, especialista em Direito e Processo Administrativo pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: rodrigolopesuft@outlook.com

sewage and solid waste treatment networks, essential for the health and life of the citizens and, for that very reason, it reveals itself as a materializer of human dignity.

KEYWORDS: Development. Sanitation. Regulation mark.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Saneamento básico no Brasil: síntese histórica; 3. Nova lei do saneamento básico: breve apresentação; 4. Lei 14.026/2020 universalização do Saneamento Básico e a conseqüente promoção da dignidade da pessoa humana; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o objetivo basilar do saneamento é a promoção da saúde do homem, haja vista a proliferação de várias doenças decorrentes da carência desse serviço. A má qualidade da água, o destino inadequado do lixo, somados à má deposição de dejetos e ambientes poluídos são implicações da ausência de saneamento. As doenças com maiores incidências devido a exposição a esses ambientes são: Leptospirose, Disenteria Bacteriana, Esquistossomose, Febre Tifóide, Cólera, Parasitóides, além do agravamento das epidemias tais como a Dengue.

Além disso, o Instituto Trata Brasil também alerta a respeito dos altos riscos envolvidos, pois este cenário concebe elevados gastos em saúde pública. A título de exemplo, só em 2011, os gastos com internações por diarreia no Brasil chegaram a R \$140 milhões. A diarreia, segundo a Unicef, é a segunda maior causa de mortes em crianças abaixo de cinco anos de idade. Dados da OMS revelam que 88% das mortes por diarreias no mundo são causadas pelo saneamento inadequado, destas, 84% são crianças. No Brasil, no ano de 2008, 15 mil brasileiros morreram por ano devido às doenças relacionadas à falta de saneamento básico. Em 2014, a OMS afirmou que a cada dólar investido em saneamento, se economiza 4,3 dólares investido em saúde global. A informação mostra o quão atrelado está a saúde e o saneamento. Investir em um, afeta os gastos do outro. Dados atuais apontam que ainda existem 16,38% da população brasileira que não possui acesso ao abastecimento de água, em números, são quase 35 milhões

de pessoas, e 46,85% não dispõem da cobertura da coleta de esgoto, o que corresponde a mais de 100 milhões de (BRASIL, 2020).

É importante também registrar que o saneamento básico no Brasil tem sido causa de grande preocupação não somente para as populações que sofrem com a carência deste serviço em suas casas, tem sido também a causa de inquietação em debates políticos, conferências ambientais, projetos de lei, dentre outros. É um direito garantido a todos, previsto constitucionalmente como um dever da União em instituir suas diretrizes, e, em conjunto com Estados, Municípios e o Distrito Federal, promover melhorias na área de saneamento básico, colaborando assim com o alcance da dignidade da pessoa humana. Atualmente, é atribuição dos municípios a prestação destes serviços, diretamente ou mediante concessão ou permissão, conforme consta no art. 21, XX, 23, IX e 30, V, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Considerando que o direito ao saneamento ambiental estabelecido no artigo 2º, inciso I, da Lei 10.257, de 2001 também chamado de Estatuto da Cidade, assegura a preservação a incolumidade físico-psíquica (saúde) do cidadão, vinculada ao local onde vivem, local este em que o Poder Público municipal tem o dever de assegurar condições urbanas adequadas de saúde pública. Existe a obrigação ainda por parte do Poder Público municipal, no sentido de fazer cessar toda e qualquer poluição em face dos demais bens ambientais garantidos constitucionalmente (FIORILLO 2009).

Neste mesmo sentido, Trindade (1993, p. 76) ressalta o valor de um meio ambiente saudável como essencial a uma vida digna:

[...] o direito a um meio ambiente sadio salvaguarda a própria vida humana sob dois aspectos, a saber, a existência física e a saúde dos seres humanos, e a dignidade desta existência, a qualidade de vida que faz com que valha a pena viver. O direito a um ambiente sadio, desse modo, compreende a ampliação do direito à saúde e o direito a um padrão de vida adequado ou suficiente [...] (TRINDADE, 1993, p. 76).

Portanto, é possível afirmar que toda pessoa tem direito a um ambiente saudável para sobreviver, isso faz parte da dignidade da pessoa humana, tendo direito a saúde e um local digno de moradia para sua sobrevivência.

Em vista deste cenário, recentemente foi aprovada a lei 14.026/2020, que tem por escopo a modernização do marco regulatório do saneamento básico no Brasil. Esta nova lei introduziu alterações significativas no regramento brasileiro, dentre as quais destaca-se: 1) Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, atribui à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA)

competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento; 2) Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, altera o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos; 3) Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, veda-a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal; 4) Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, aprimora as condições estruturais do saneamento básico no País; 5) Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, trata dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; 6) Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), estende seu âmbito de aplicação às microrregiões; 7) Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, autoriza a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

Nesse sentido, pode-se notar, que no Brasil existem muitas pessoas que não tem acesso ao saneamento básico. A maioria da população que vive em lugares isolados ou nas áreas de periferias das grandes cidades convive em ambientes sujos e insalubres, tudo isso, porque essas pessoas não têm acesso ao atendimento do saneamento básico. Além disso, há que se mencionar que a dignidade da pessoa humana está entre as responsabilidades do Estado e que a promoção dela deve ser contínua e efetiva, sendo que o marco do saneamento poderá ser mais um mecanismo utilizado pelo estado para fomentar essa conquista. Através dessa problemática, surgiu a intenção de estudar e mostrar a Nova Lei de Saneamento Básico no Brasil, que poderá promover e ser um mecanismo concretizador da dignidade da pessoa humana, assim, todas as pessoas poderão ter acesso a uma rede de saneamento básico de qualidade e igualitária.

A relevância desta temática é evidenciada pela constatação de que o Brasil, embora seja rico em recursos hídricos e além de ter um considerável potencial de crescimento econômico, não consegue efetivar políticas públicas que assegurem aos seus cidadãos o mínimo existencial de forma igualitária e justa, fazendo com que seja contrastante a desigualdade social, que pode ser vista, dentre os vários aspectos, pela falta de saneamento básico entre as camadas empobrecidas da população. Sobre este aspecto, este estudo demonstra sua importância porque se buscou analisar os possíveis efeitos da lei 14.026/2020, especialmente no que tange a sua aplicabilidade como mecanismo para alcançar a dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, o objetivo geral deste estudo é analisar as alterações produzidas pela Lei 14.026/2020 em relação ao regramento anterior e averiguar se há benefícios evidentes em sua aplicabilidade, sobretudo nas cidades que carecem de políticas públicas voltadas ao saneamento básico. Para alcançar este objetivo será necessário avaliar as contribuições da nova lei como

forma de fomentar o alcance dos índices esperados e a conquista da dignidade da pessoa humana sob a ótica do acesso da população aos serviços de saneamento básico.

Para o desenvolvimento da pesquisa adotou-se como metodologia a pesquisa qualitativa, apoiando-se no método dedutivo, sendo inicialmente realizada, na abordagem qualitativa, revisão bibliográfica em busca de dados e as bases teóricas substanciais como legislação vigente, sites especializados, google acadêmico, artigos científicos, dentre outras obras de pesquisa, a fim de possibilitar o lapidar dos conhecimentos concernentes ao saneamento básico. Sobre a legislação que trata do tema, se procurou a análise documental com vistas à compreensão das estruturas ofertadas pelo legislador.

Para consecução do trabalho foi desenvolvido um estudo bibliográfico e documental para compreender os parâmetros que estabelecem a qualidade dos serviços de saneamento básico no Brasil, analisou-se em seguida, os impactos da lei 14.026/2020 levando em conta a possível efetividade dos mecanismos trazidos pela nova legislação para a concretização da dignidade da pessoa humana no Brasil. Isso, analisando alguns efeitos práticos da legislação anterior ao marco regulatório e avaliando as mudanças trazidas por ele na perspectiva de efeitos práticos, visto que a lei é recente.

2. SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL: SÍNTESE HISTÓRICA

A partir de uma breve revisão histórica, é possível afirmar que a idéia de saneamento básico remonta aos anos 312 a.C, quando no Império Romano eram construídos aquedutos, banheiros públicos e reservatórios de água, sendo esta a primeira civilização a cuidar do saneamento, consoante registros da época (BARROS, 2017).

Já no século XVIII, com o advento da Revolução Industrial, segundo Cavinato (1996), países como Inglaterra, França, Bélgica e Alemanha padeciam das péssimas condições de vida, as moradias ficavam superlotadas e sem as mínimas condições de higiene, os detritos, como lixo e fezes, eram acumulados em recipientes, de onde eram transferidos para reservatórios públicos mensalmente e, às vezes, atirados nas ruas. O saneamento básico não conseguia acompanhar a expansão urbana e industrial, e como o suprimento de água e limpeza de ruas eram muito precários, esse período foi marcado por catástrofes epidêmicas ligadas à água contaminada, a exemplo da Peste Negra, transmitida pela pulga do rato, animal atraído pela sujeira. Entretanto, somente no século XIX o saneamento básico tem seu apogeu, período em

que foram implantadas na França as políticas públicas de planejamento das cidades, manejo dos resíduos sólidos, arejamento de ruas, dentre outras ações voltadas ao saneamento. (BARROS, 2017).

No contexto brasileiro, o primeiro aqueduto foi construído em 1723, também no Rio de Janeiro, e, nesta mesma localidade, no ano de 1744, foi construído o primeiro chafariz. (RIBEIRO; ROOKE, 2010). Entretanto, foi a partir de 1808, com a vinda da família real, que foram estabelecidas as primeiras regras de proibição de navegação transportando pessoas doentes no Brasil, bem como de implantação de redes de escoamento de água (RIBEIRO; ROOKE, 2010, p. 06). Todavia, somente em 1969 foi aprovado o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), o qual foi extinto no ano de 1992. Já em 1988, a Constituição Federal inaugurou uma leva de direitos e instituiu a competência dos municípios em gerir os serviços de saneamento, mediante concessão ou permissão (NUNES, 2015, p. 06).

No ano de 2001, criou-se o Projeto de Lei nº 147/2001, que tinha o escopo de instituir as diretrizes sobre saneamento no Brasil. O marco regulatório, contudo, somente restou concebido em 2007, com a edição da Lei nº 11.445/2007, vigente até os dias atuais. (NUNES, 2015, p. 04).

Recentemente, a lei 14.026/2020, atualizou o marco legal do saneamento básico e, dentre outras providências, aprimorou as condições estruturais do saneamento básico no País, alterando diversas legislações esparsas que tratavam sobre o tema.

Como se observa, o saneamento básico possui um histórico pouco ascendente, contudo, a expectativa é que a nova lei consiga acelerar esse processo de universalização do saneamento em todo o país e que conseqüentemente mais pessoas venham a ter acesso a dignidade da pessoa humana, e é isso que o trabalho tentará evidenciar nos próximos tópicos.

2.1 CONCEITUANDO SANEAMENTO BÁSICO NA ATUALIDADE

Através da Lei nº 11.445/2007, que buscou a universalização dos serviços de Saneamento Básico e que dispôs sobre as diretrizes desses serviços no Brasil, pode-se conceituar Saneamento Básico como sendo a soma de serviços e instalações que compreendem esgoto, limpeza das cidades e manejo de resíduos sólidos, abastecimento, drenagem e manejo de águas da chuva (BRASIL, 2007). Essa lei, de um lado, promoveu e buscou concretizar a dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que, de outro, buscou proteger o meio

ambiente e o ecossistema para as gerações futuras e tentou ao longo de sua vigência, concretizar a dignificação humana no futuro. Assim sendo, a lei 14.026/2020, veio para reforçar esses interesses, sinalizando metas mais palpáveis e mecanismos mais eficazes para que ocorra a universalização desses serviços até 2033, sendo que, alguns mecanismos foram estabelecidos para que essa universalização ocorra efetivamente.

No que se refere às redes de esgoto, a principal finalidade é segregar as excreções humanas e outros dejetos da água, evitando assim a propagação de doenças. Já o manejo de resíduos e limpeza das cidades visa retirar do convívio humano os lixos produzidos, os quais trazem malefícios tanto para o meio ambiente, quanto para a saúde da população. O abastecimento, por seu turno, objetiva levar ao consumo das pessoas uma água tratada, livre de qualquer poluição; e a drenagem e manejo de água das chuvas são necessárias para evitar enchentes e inundações (ZAHED FILHO et al. 2006, p. 03).

Cumprir mencionar que embora a água seja o elemento primário destas políticas, a lei de saneamento sustenta em seu art. 4º que os recursos hídricos não compõem os serviços de saneamento, o que também ocorre com o lixo gerado por atividades mercantis e pólos industriais, bem como os serviços prestados de forma individualizada ou privatizada.

Nos casos de uso dos recursos hídricos, deverão ser precedidos de outorga de direito de uso, obedecendo-se às disposições da Lei 9.433/97, que versa sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos. Esta outorga, emitida por ato do poder executivo, objetiva garantir o uso devido e acesso igualitário da água para todos por prazo não superior a 35 anos, podendo ser renovada (BRASIL, 1997).

Todavia, prescinde de outorga quando o uso da água é indispensável para satisfazer as necessidades básicas de pequenos núcleos de pessoas, urbanos ou rurais, ou nos casos de acumulações volumosas ou captações/lançamentos considerados insignificantes.

Quanto ao exercício da titularidade, poderão ser delegadas a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação destes serviços, sendo que o seu titular deve elaborar políticas públicas mediante planos de ação, regulação, adoção de parâmetros para garantia do atendimento, bem como fixação de direitos e deveres dos usuários (BRASIL, 2007).

Os serviços não realizados pela entidade pública carecerão da celebração de um contrato de prestação de serviços, que deverá atender às exigências do plano de saneamento básico e serem precedidos de licitação, devendo-se comprovar a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços.

A Lei do Saneamento Básico também dispõe em seu capítulo V, arts. 21 e seguintes, sobre o exercício da regulação, que tem como objetivo estabelecer padrões e normas para a prestação dos serviços, garantir o cumprimento das condições e metas atingidas, prevenir e reprimir o uso do abuso econômico e definir as tarefas que assegurem o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, cabendo à entidade reguladora editar normas sobre dimensões técnicas, econômicas e sociais da prestação de serviços.

No que concerne à Política Nacional de Saneamento Básico, compreende-se como sendo os deveres e objetivos instituídos pela Lei de Saneamento, que podem ser resumidos em planejamento, fiscalização, estudos de viabilidade técnica, celebração de contratos com prestadoras de serviço mediante concessão ou autorização, instituição de princípios, fixação dos direitos e deveres dos beneficiários da prestação, dentre outros (BRASIL, 2007).

Nesse sentido, Milaré (2007) menciona que a política nacional de saneamento básico é considerada uma política ambiental, protegendo tanto o meio ambiente quanto a vida.

Esta política prioriza a equidade social e o igualitário acesso aos serviços, atendimento da eficiência dos recursos financeiros, estimula a colaboração para o desenvolvimento, o fomento ao desenvolvimento científico, a melhoria da qualidade de vida, a cooperação entre entes da federação, além de garantir que estas políticas cheguem à zona rural, de modo a contribuir para o desenvolvimento do país, proporcionar a salubridade das pessoas, minimizar os impactos ambientais, fomentar o equilibrado consumo de água, dentre outros (BRASIL, 2007).

O conceito de saneamento será definido nos termos da própria lei estudada, que trouxe uma pequena alteração na definição dos serviços públicos de saneamento básico. Em suma, a Lei do Saneamento identifica o saneamento básico com quatro atividades, todas consideradas serviços públicos. Por “saneamento básico”, o art. 3º I, definiu como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: (a) abastecimento de água potável; (b) esgotamento sanitário; (c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e (d) drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

Notadamente a definição de saneamento propõe uma reflexão sobre sua abrangência, que toca em várias áreas importantes para o homem, especialmente no que se refere a sua saúde e subsistência. Nesse sentido, fica ainda mais evidenciado a importância de se avaliar se de fato a nova legislação trará mais efetividade na universalização do saneamento, na dignidade da

peessoa humana e ainda para a perpetuação da nossa espécie, algo que será abordado nos próximos tópicos.

2.2 SANEAMENTO BÁSICO COMO INSTRUMENTO DE PERPETUAÇÃO DA ESPÉCIE HUMANA DIANTE DOS PROBLEMAS DE SAÚDE

Várias doenças foram responsáveis por dizimar a humanidade em diversos momentos da história, muitas delas ligadas a ausência de saneamento básico adequado, isso consequentemente desencadeou a necessidade de se implantar noções de sanitarismo na sociedade: a peste bubônica (peste negra), correspondeu à pandemia mais devastadora já registrada na história da humanidade; que, transmitida pela pulga de ratos que se acumulavam pelos vilarejos, foi responsável pela morte de 75 a 200 milhões de pessoas na Eurásia (UJVARI, 2003, p. 222).

No Brasil, em 1892, algumas epidemias alastraram-se pelo país, tal como na cidade de Santos, que resultou no falecimento de 6,2% de sua população por causa da febre amarela. Dentre os motivos que desencadearam essas epidemias, destaca-se a ausência de sanitários nas residências, as péssimas condições de vida nos centros urbanos e nos campos, bem como o costume de descarregar excreções nos rios, o que era feito de forma braçal pelos escravos. (RIBEIRO; ROOKE, 2010, p. 05).

Como uma ameaça mais recente à perpetuação da espécie humana, adveio o novo Coronavírus, que tem como prevenção, a única forma de evitar a contaminação que requer cuidados mínimos de higiene, que necessariamente precisa de água potável e esgoto de qualidade como forma de evitar a propagação.

Isso fica ainda mais evidente, quando se observa a nota do Instituto Trata Brasil em seu site após um estudo desenvolvido por especialistas na área afirmarem a importância do Saneamento Básico no combate ao Coronavírus e ainda, o risco da contaminação pela ausência de esgotamento sanitário adequado, vejamos:

O país ainda tem 35 milhões de pessoas sem acesso à água potável, dessa forma, são pessoas que não possuem este recurso básico para a higienização correta recomendada pelas autoridades médicas. Ainda, 100 milhões de pessoas vivem em localidades sem acesso à coleta dos esgotos, o que significa que estas pessoas estão vulneráveis em relação a outras doenças (diarreia, leptospirose, dengue, malária, esquistossomose e outras), comprometendo o

sistema imunológico e, sobretudo, o desenvolvimento de crianças. Em 2018, números do DATASUS mostram que o país contabilizou mais de 233 mil internações por doenças de veiculação hídrica, sendo quase 50% em crianças de 0 a 5 anos. O saneamento básico é vital para uma boa saúde e a manutenção do meio ambiente. (INSTITUTO TRATA BRASIL).

Dito isso, há que se registrar que governantes mundiais começaram observar o acesso à água potável de maneira mais sensível, sendo que, em março de 1977, na Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a Água (ONU, 1977), reconheceu-se o acesso à água potável como um direito de todos os povos. Posteriormente em dezembro de 1979, estabeleceu-se como uma das medidas para acabar com a discriminação contra as mulheres nas zonas rurais lhes garantir o saneamento e abastecimento de água, anos mais tarde, em 1989, por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança, as Nações signatárias assumiram o compromisso de garantir acesso à água potável, higiene e saneamento ambiental (ONU, 1989).

2.3 Saneamento Básico: um recorte do cenário brasileiro e seu reflexo na dignidade da pessoa humana

O saneamento básico é um direito que pode ser considerado consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde, à moradia digna e ao meio ambiente equilibrado, onde todos estão previstos na Constituição Federal de 1988, cujos quais carecem de políticas públicas de saneamento para serem efetivados. (BRASIL, 1988).

A Lei de Saneamento Básico instituiu o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (SNISB), com a finalidade de disponibilizar dados estatísticos, monitorar a eficiência e eficácia dos serviços de saneamento e sistemas dados relacionados às condições dos serviços que são prestados, informações estas que deverão ser disponibilizadas para acesso.

No Brasil, os índices de desempenho no que refere-se a saneamento básico em relação a alguns países, verifica-se que:

O Brasil tem o pior desempenho na área do serviço de saneamento básico, em relação aos países como a Colômbia, o Suriname, o Chile e o Paraguai. E, que o saneamento básico influencia no cálculo do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) [...]. O IDH pretende ser uma medida geral do desenvolvimento humano, não abrangendo todos os aspectos do desenvolvimento, não representando, assim, a felicidade das pessoas e nem indicando o melhor lugar no mundo para se viver, mas permitindo uma concepção real de como é considerada e tratada à vida humana em cada País (DEMOLINER 2008, p. 134-135).

Atualmente no Brasil, 35 milhões de brasileiros que não têm acesso a água potável e outros 100 milhões vivem em moradias sem conexão à rede de coleta e tratamento de esgoto. Além de servir para a expansão de doenças relacionadas à veiculação hídrica, essas condições

não permitem que as pessoas cumpram a higienização mínima de lavar as mãos para evitar a proliferação do novo *coronavírus*.

A maioria população vive nas condições supramencionadas e tem convivido ainda com graves problemas de saúde como dengue, diarreia, cólera, febre tifóide, esquistossomose, hepatite infecciosa, entre muitos outros. Além dos prejuízos causados aos cidadãos afetados por essas doenças, elas impactam nos gastos da saúde pública.

O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) já realizou estudos mostrando que 34,7% dos municípios brasileiros registram avanços de epidemias ou endemias relacionadas à transmissão hídrica nos últimos anos.

Segundo dados de 2018 do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), 83,6% dos brasileiros possuíam acesso ao serviço de abastecimento de água. Já na questão do esgotamento sanitário os percentuais caem consideravelmente, pois 53,2% da população era atendida com coleta de esgoto, enquanto 46,3% possuía tratamento de esgoto.

Tabela 1: Evolução do Saneamento no Brasil

Ano	População total com água tratada (%)		População total com coleta de esgoto (%)		Esgoto tratado x água consumida (%)		Perdas de água na Distribuição (%)		Investimento (R\$ bilhões médios de 2018)	
	Brasil	100 maiores cidades	Brasil	100 maiores cidades	Brasil	100 maiores cidades	Brasil	100 maiores cidades	Brasil	100 maiores cidades
2011	82,4	93,52	48,1	69,05	37,5	46,65	38,8	39,78	11,39	6,09
2012	82,7	93,45	48,3	69,39	38,7	48,8	36,9	37,82	12,60	6,36
2013	82,5	92,91	48,6	69,14	39	48,03	37	39,08	12,69	6,11
2014	83	93,27	49,8	70,37	40,8	50,26	36,7	38,34	13,87	6,76
2015	83,3	93,84	50,26	71,05	42,67	51,72	36,7	37,77	12,71	6,82
2016	83,3	93,62	51,92	72,15	44,92	54,33	38,05	39,07	12,02	6,89
2017	83,5	94,6	52,36	72,77	46	55,61	38,29	39,5	11,38	6,19
2018	83,6	93,31	53,2	73,30	46,3	56,07	38,5	34,40	13,20	6,09
EVOLUÇÃO pontos percentuais (p.p.)	+ 1,2 p.p.	- 0,21 p.p.	+ 5,1 p.p.	+ 4,25 p.p.	+ 8,8 p.p.	+ 9,42 p.p.	- 0,3 p.p.	- 5,38 p.p.	1,81	0,01

Fonte: Instituto Trata Brasil – www.tratabrasil.org.br (2019)

Conforme mostra a tabela 1, considerando os 100 maiores municípios brasileiros por número de habitantes, o Ranking contempla mais de 40% da população brasileira e todas as capitais do país. Ao analisar os números desde 2011, é possível concluir que os indicadores avançaram, porém, ainda aquém da velocidade que precisavam.

Lançado em 2017 pela ANA e pelo então Ministério das Cidades (atual Ministério do Desenvolvimento Regional), o Atlas Esgotos: Despoluição de Bacias Hidrográficas aponta que 38,6% dos esgotos produzidos no Brasil não são coletados, nem tratados. É a situação que pode ser percebida em casos de esgoto a céu aberto. Outros 18,8% dos esgotos até são coletados, mas são lançados nos corpos d'água sem tratamento. Já os 42,6% restantes são coletados e tratados antes de retornarem aos mananciais, o que é o cenário ideal.

A lei 14.026/2020 trouxe importantes avanços para o setor. A finalidade dessa inovação legislativa, foi implementar medidas voltadas para a correção do déficit deste serviço público no Brasil, que denunciam o atraso na garantia de direitos básicos como acesso à água e ao destino seguro dos dejetos e resíduos sólidos (BORJA 2014, p. 434).

3. NOVA LEI DO SANEAMENTO BÁSICO: BREVE APRESENTAÇÃO

A lei 14.026/2020 atualiza o marco legal do saneamento básico e altera algumas leis, dentre as quais, a lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, como o intuito de aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País e com o objetivo de universalizar os serviços de água e esgoto até 2033.

Como justificativa da aprovação da lei, tem-se a necessidade de atualização do sistema jurídico brasileiro que trata dos serviços de saneamento básico, bem como atrair maiores investimentos privados no setor, haja vista que, atualmente, o país teoricamente não consegue arcar com os elevados custos sozinho, além do fato de que é necessária uma modernização destes serviços, a fim de que sejam melhorados os índices de precariedade no saneamento básico do país, contudo, muitos críticos do tema não entendem dessa forma.

O principal objetivo da lei é universalizar o saneamento básico e o fornecimento de água potável para no mínimo 90% da população até o ano de 2033. É imperioso destacar que o texto da lei apresentado pelo Congresso Nacional sofreu 11 (onze) vetos da presidência e voltou para a análise do Senado Federal, que por sua vez, manteve todos os vetos.

A legislação anterior estabelecia que as empresas precisavam analisar parâmetros de tarifação e da prestação de serviço, entretanto, não estava prevista a concorrência privada, ou seja, o chamado Contrato de Programa era instituído entre as cidades diretamente com empresas estatais de água e esgoto.

Desta forma, a lei aprovada altera a performance do setor, com a intenção de alavancar a livre concorrência, a competitividade e a eficiência na prestação de serviços, de maneira que a abertura da licitação oportuniza empresas públicas e privadas. A lei recém aprovada prevê ainda que os contratos sejam mantidos até o final de sua vigência, com a condição de que a empresa comprove sua capacidade econômica e financeira, pois estas devem também se moldar às metas de universalização no Novo Marco Legal do Saneamento.

A nova lei determina que, tanto para os contratos vigentes quanto para os contratos assinados depois da vigência desta, as empresas devem expandir o fornecimento de água para 99% da população e 90% para a coleta e tratamento do esgoto até dezembro do ano de 2033 (RIBEIRO; MÜLLER, 2020).

No que tange a alguns pontos divergentes entre as duas leis, as discussões mais acaloradas propõem severas críticas ao novo marco regulatório, argumentando que não seria interessante para os entes federativos, principalmente dos Estados, que agora precisarão lançar mão de empresas estatais, porque estas geram significativos retornos financeiros. Contudo, os partidários da modificação se sustentam na ideia de que o Brasil não possui condições de financiar o acesso universal ao saneamento básico, o que, no atual ritmo, só seria alcançado entre os anos de 2055 a 2060. (CARAM, 2019). Uma das maiores críticas ao ordenamento anterior versava sobre os contratos de programa, considerado um cheque em branco com fundos públicos, sem garantia de recebimento do que está se adquirindo. Estes eram realizados sem parâmetros, sem licitação, muitas vezes sem quaisquer metas para a prestação do serviço.

Outro ponto relevante trazido pela nova legislação é a utilização de indicadores de desempenho por parte dos prestadores de serviços para tentar melhorar não só a quantidade de municípios alcançados pelos serviços de Saneamento, mas também a qualidade, seja do produto, de perdas ou no melhor atendimento aos clientes e consumidores finais.

Vejamos o que o Art. 4º-A da lei 14.026/2020 estabelece nesse sentido:

Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 .

[...]

VI - estabelecer parâmetros e periodicidade mínimos para medição do cumprimento das metas de cobertura dos serviços e do atendimento aos indicadores de qualidade e aos padrões de potabilidade, observadas as peculiaridades contratuais e regionais.

Ainda em análise da lei em tela, para a corrente dos favoráveis, existe a estimativa de que cerca de 850 mil empregos poderão ser gerados nos próximos 14 anos, além de que as

atuais empresas poderão gerar um lucro de R \$140 bilhões de reais, caso a opção for pela venda da totalidade do capital. Outro ponto relevante refere-se ao fato de que o Brasil não possui os recursos necessários para alcançar a meta de universalizar o saneamento até o ano de 2033, caso não ocorram as privatizações. (CARAM, 2019). Os defensores da nova lei afirmam ainda que a partir de agora o cenário mudará. Como, por exemplo, a falta de padronização nas diretrizes do Saneamento como um todo. Dados recentes compilados pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico apontam a existência de 72 (setenta e duas) agências reguladoras de saneamento básico no Brasil, sendo: 24 (vinte e quatro) agências estaduais, 1 agência distrital, 34 (trinta e quatro) agências municipais e 13 (treze) agências intermunicipais (consórcios públicos).

O número continua em franca expansão e critérios de governança e padrões de sustentabilidade econômica dessas entidades não têm sido discutidos. Outro ponto atacado pela nova Lei diz respeito à universalização da regulação, obrigando todos os municípios, em todos os componentes de saneamento básico, a indicarem uma agência reguladora para fiscalização dos serviços. Com mais de uma década da Política Nacional de Saneamento Básico, ainda existem mais de 1.800 municípios sem regulação, o que pressupõe a continuidade do modelo anterior à lei e tão atacado, tarifas sem critérios técnicos, falta de metas para investimentos e fiscalização precária dos serviços (GRANZIEIRA, 2021).

Considerando ainda a legislação anterior, os contratos eram realizados sem critérios concorrenciais e eram excessivamente burocráticos, além disso, nem sempre possuíam metas e padrões técnicos para seguirem e garantirem um serviço eficiente.

A nova lei foi alvo de várias Ações Diretas de Inconstitucionalidades – ADI, dentre elas cito a ADI 6492 movida junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, pelo Partido Democrático Brasileiro – PDT. Em síntese, a ADI alega o risco de criar um monopólio do setor privado nos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário, em prejuízo da universalização do acesso e da modicidade de tarifas, vez que a necessidade de lucro das empresas privadas seria incompatível com a vulnerabilidade social da população que reside nas áreas mais carentes desses serviços, neste caso, os pequenos municípios, as áreas rurais e as periferias das grandes cidades.

A ADI alega também que a regulamentação tarifária e a padronização dos instrumentos negociais pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA ofenderia o princípio federativo. De igual modo, aduz que a ampliação dos quadros da referida Agência e a criação

do Comitê Interministerial de Saneamento Básico – CISB não teriam sido acompanhadas de estimativas de impacto fiscal e financeiro. A ADI em comento foi declarada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, que por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux (Presidente e Relator), vencidos parcialmente os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Nesta assentada, o Ministro Nunes Marques reajustou seu voto para acompanhar, na íntegra, o Relator. Plenário, 2.12.2021.

No que se refere a fundamentação da decisão do relator da ADI 6492, é imperioso destacar um dos trechos em que o Ministro relator Luiz Fux traz à baila a relevância do Saneamento para a dignidade da pessoa humana, vejamos:

Além de fundamental para a dignidade humana, o acesso universal ao saneamento configura premissa básica de saúde pública e agrega benefícios ao meio ambiente, ao mercado de trabalho e à produtividade de uma economia. Sua essencialidade foi reconhecida pela Organização das Nações Unidas, ao declará-lo um direito humano essencial para o gozo pleno da vida e de todos os outros direitos humanos (Res. A/RES/64/292 da ONU).

Noutro giro, sobre o *lobby* corporativista feito pelas concessionárias estaduais, agências reguladoras e associações diretamente ligadas a elas e seus funcionários informa-se que sempre foram contrárias a qualquer modernização ou abertura do mercado que permitisse maior entrada de capital privado no saneamento básico.

Entre os anos de 2007 e 2016, empresas privadas cobriam apenas 6% dos municípios brasileiros, o que sinaliza a “fome” corporativista pelo setor. Contudo, mesmo detendo dessa fatia pequena nos municípios, essas empresas foram responsáveis por 20% de todo o investimento no setor.

Corroborando com esses dados, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE divulgou recentemente uma pesquisa que mostrou que as empresas privadas estão presentes em 3,6% dos municípios para distribuição de água e em 3,1% para coleta de esgoto (IBGE, 2020).

A análise desses dados revela que a maioria territorial da prestação de serviços de saneamento básico do país está sob os cuidados do Poder Público e que de fato não tem se demonstrado efetivo ao longo dos anos. Dessa forma, várias hipóteses podem ser levantadas como causa dessa morosidade na ampliação dos serviços de saneamento para alcançar a população, como por exemplo, estatais mal administradas, contratos sem metas definidas ou mesmo metas mais ousadas e ainda a falta de dinheiro dos estados para investir. Nesse sentido,

a aprovação do marco do saneamento, poderá ser um mecanismo para agilizar a universalização e aumentar os investimentos no setor, uma vez que a participação privada será maior.

4. LEI 14.026/2020: UNIVERSALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO E A CONSEQUENTE PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em se tratando da dignidade da pessoa humana, no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, houve a fixação, em seu artigo 1º, de alguns fundamentos da República, dentre os quais se situa a dignidade da pessoa humana. Elegeu o constituinte por edificar este princípio à condição de alicerce fulcral da ordem jurídica nacional. Nesse sentido, toda análise que é feita dentro de nosso sistema jurídico-constitucional, exige adequação com este primado e, do mesmo modo, é critério de valoração a ser utilizado em casos que envolvam a ponderação de outros princípios e regras.

A lei 14.026/2020, como novo instrumento jurídico que, além de se protagonizar dentro do nosso sistema constitucional, é mecanismo de concretização da dignidade humana. Afinal, presta-se a efetivar e implementar meios que promovam a universalização do Saneamento Básico e permite o alcance da população à água potável, redes de tratamento de esgoto e resíduos sólidos, pontos que, sem dúvidas, mostram-se incipientes para a saúde e vida dos cidadãos e, por isso mesmo, revela-se como concretizador da dignificação humana.

Neste sentido, é mister evidenciar alguns mecanismos presentes na nova lei, que servem de instrumento para alcançar a universalização dos serviços de saneamento básico e conseqüentemente, promover, nesse intervalo de tempo, a almejada dignidade da pessoa humana.

Como um importante mecanismo trazido pela nova lei, cita-se à competência da Agência Nacional de Águas – ANA, sendo imperioso destacar que esta assumiu um papel distinto do seu antigo objeto após a nova lei. O artigo 4º-A, delegou à ANA a responsabilidade de instituir normas de referências para a regulação dos serviços de Saneamento, através dos seus titulares e suas entidades reguladoras.

Dessa forma, impende lembrar que anteriormente essa regulação era realizada por cada Estado ou Município, sendo assim, havia pouca clareza e interpretações divergentes, existindo também problemas de dupla regulação, ou seja, quando Município e Estado possuem

agências reguladoras e os serviços, por vezes, poderiam ser taxados duplamente, causando insegurança jurídica e oneração à concessão do serviço.

Os temas que exigirão normas de referência pela ANA são diversos, passando por diretrizes relacionadas à qualidade dos serviços, chegando até o sistema de avaliação de cumprimento de metas. O objetivo dessas normas de referência visam proporcionar maior segurança jurídica para o setor numa tentativa de unificação regulatória, de modo que, muitas regras regionais sejam editadas por motivações políticas, não levando em consideração as questões técnicas, que por sua vez, são algumas das mais importantes no setor.

Isso faz com que a ANA assuma uma posição de protagonismo na definição de diretrizes para o setor, que deverá zelar pela uniformidade regulatória no setor e pela segurança jurídica na prestação e regulação desses serviços.

Prova desse protagonismo e por que não afirmar, da eficácia da lei, a ANA publicou sua primeira norma de referência para o setor, por meio da Resolução no 79 de 14 de junho de 2021, a Norma de Referência No 1, que dispõe sobre o regime, a estrutura e os parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, bem como apresenta os procedimentos e os prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias.

Outro mecanismo que deverá auxiliar de forma mais contundente o alcance da universalização dos serviços de Saneamento Básico são os contratos de programa, que são utilizados para transferir para terceiros a execução dos serviços. Em relação ao setor de Saneamento, os municípios, através dessa espécie de contrato, transferem para as empresas estatais a execução dos serviços de sua responsabilidade. Como objeto desses contratos, deverão constar: a disposição sobre a prestação desses serviços, o modo como será realizada a política das tarifas, de que forma serão definidas as obrigações das partes, dentre outras informações que obrigatoriamente deverão constar no contrato.

No Brasil, muitas das prestações de serviços de saneamento básico utilizam essa ferramenta como forma de minimizar os impactos financeiros nas tarifas, fazendo com que, através da prestação de serviços por meio de estatais e não em cada município, haja um rateio das despesas entre todos os parceiros envolvidos no processo.

Outra mudança importante promovida pela Lei 14.026/2020, trata da alteração do artigo 10 da Lei 11.445/2007, onde se permitia a utilização do contrato de programa entre o município titular da prestação de serviço e uma estatal, entretanto, com a alteração da lei supracitada, em seu artigo 8º, § 1º, inciso II, não há mais a possibilidade dessa transferência ocorrer via contrato

de programa, com a mudança, esta será realizada por meio de concessão, tramitada via licitação, conforme os termos do artigo 175 da Constituição Federal, abrindo oportunidade para que as empresas privadas possam concorrer com as estatais, sem que haja o “monopólio” por parte destas últimas. É importante frisar que o tema sempre foi encarado antes da Lei 14.026/2020 como uma restrição aos investimentos privados no setor de Saneamento, uma vez que não existia a abertura para a livre concorrência.

A impossibilidade de realização de contratos de programas trazidas pelo novo regramento é considerado um dos principais vetores para a injeção de investimentos no setor de Saneamento, isso levando em consideração a quantidade de concessões que deverão licitar os serviços e que não poderão repassar diretamente às estatais.

Apesar dessa expectativa, é imperioso destacar que essa alteração também é objeto de discussões jurídicas, principalmente pelo fato da titularidade dos serviços serem constitucionalmente dos municípios para o caso do Saneamento, levando em conta que a impossibilidade de firmar contratos de programa poderia “ferir” o poder de decisão por parte do titular desses serviços para escolher a quem delegar.

Corroborando com essa realidade, a Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESBE ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6882) junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, atacando a inconstitucionalidade da lei em tela, especialmente no que tange aos contratos de programa. Isso porque, a representante das Agências Estaduais entendeu que a nova lei impede os contratos de programa apenas para o Saneamento, considerando que essa permissão é estabelecida na Constituição, sendo assim, no entendimento da AESBE, seria necessário o ajuste na Carta Magna e não via lei ordinária. Contudo, a referida ADI já foi avaliada pelo relator e pelo pleno do STF e foi considerada improcedente. Vejamos o resumo da decisão do relator:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux (Presidente e Relator), vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Nesta assentada, o Ministro Nunes Marques reajustou seu voto para acompanhar, na íntegra, o Relator. Plenário, 2.12.2021.

Noutro giro, ainda sobre as mudanças relevantes trazidas pela nova lei é que permitiu-se o exercício da titularidade dos serviços mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do artigo 241 da Constituição Federal. Destaca-se neste ponto, que o próprio artigo também obriga que, caso seja realizado o convênio ou consórcio, deverá

transcorrer via licitação, corroborando com o já exposto em relação à obrigatoriedade da licitação.

Considerando a utilização dessa obrigatoriedade de licitar, há que se mencionar os leilões já ocorridos após a vigência da Lei 14.026/2020 nas cidades de Maceió e Rio de Janeiro, Amapá, onde as atuais prestadoras de serviços repassaram a responsabilidade para empresas privadas, já nos moldes do novo marco.

Com a nova lei, através da alteração do artigo 3º, inciso VI, da Lei 14.026/2020, autoriza-se a Prestação Regionalizada, que é uma modalidade de prestação de serviços integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de Saneamento em uma determinada região, cujo território abrange mais de um município. Essa alteração visou dar mais uniformidade ao tema, detalhando muito mais como essa modalidade pode ser utilizada.

Foi excluído do texto do Marco Legal do Saneamento, o parágrafo que previa que estaria facultado aos Municípios, detentores da titularidade do serviço, a participação nas prestações regionalizadas, atendendo jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, vide ADIns 796, 1.841, 2.809.

A justificativa para tal veto estabelece que:

a facultatividade dos Municípios, detentores da titularidade do serviço, a participação nas prestações regionalizadas, viola o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, ante a compulsoriedade da participação dos Municípios e regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, vide ADIns 796, 1.841, 2.809, 2020).

Vale notar que o Novo Marco manteve o art. 8-A, com redação semelhante ao dispositivo vetado, o que ainda poderá gerar discussões sobre o assunto. No entanto, esta suposta uniformidade pretendida, é difícil de ser alcançada, uma vez que, são os Estados que definem os agrupamentos, conforme está previsto no art. 25 §3º da Constituição Federal, e os Municípios determinam o seu interesse local.

No que tange ao mecanismo chamado de cobrança pela disponibilidade do serviço, a Lei 14.026/2020 passou a presumir que as edificações permanentes urbanas sejam conectadas às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamentos sanitários disponíveis e estão sujeitas ao pagamento de taxas, tarifas e outros preços públicos decorrentes da disponibilização e da manutenção da infraestrutura e do uso de tais serviços. Essa alteração está no §4º do artigo 45 da lei 14.026, onde a redação passou a estabelecer que o usuário estará sujeito aos

pagamentos previstos no *caput* do artigo, quando se referir aos serviços de esgotamento sanitário disponibilizados pela rede pública, onde é lhe é assegurando uma cobrança de uma quantia mínima pela utilização dos serviços, mesmo que se trate de edificação não atrelada à rede pública.

Vejamos:

Art. 45. As edificações permanentes urbanas serão conectadas às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeitas ao pagamento de taxas, tarifas e outros preços públicos decorrentes da disponibilização e da manutenção da infraestrutura e do uso desses serviços.

[...]

§ 4º Quando disponibilizada rede pública de esgotamento sanitário, o usuário estará sujeito aos pagamentos previstos no *caput* deste artigo, sendo-lhe assegurada a cobrança de um valor mínimo de utilização dos serviços, ainda que a sua edificação não esteja conectada à rede pública. (Lei 14.026/2020).

Deste modo, é importante observar que a solução para o impasse da cobrança pela disponibilização dos serviços de saneamento seria a permissão expressa e regulamentada dessa cobrança. Tal postura já é adotada em diversos setores e atividades privadas, em que se recolhe um valor base pela disponibilização do serviço. Observa-se neste ponto, uma notória coerência econômica, já que uma simples disponibilização de um serviço envolve custos, investimentos e responsabilidade ao prestador de serviço.

Sobre esses mecanismos abordados – Competência da ANA; Contratos de Programa; Prestação Regionalizada e Cobrança pela Disponibilidade dos Serviços – é importante destacar o papel de cada um na tentativa de forçar com que os serviços de saneamento básico sejam universalizados até 2033 (prazo da lei), uma vez que essas alterações tentam eliminar as dificuldades enfrentadas no passado pelas legislações esparsas e pouco objetivas sobre o tema. Ao encarar essa universalização como ponto importante de avanço para a sociedade brasileira, especialmente em relação a saúde da população, a sustentabilidade, estaremos mais próximos da tão almejada dignidade da pessoa humana.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Saneamento foi atualizada com o objetivo de promover a efetivação da universalização dos serviços de saneamento básico, por conseguinte, trouxe o acesso aos

direitos a um meio ambiente saudável e uma melhor qualidade de vida, e promoção da dignidade da pessoa humana.

Verificou-se que os impactos positivos do novo marco regulatório são evidentes no que diz respeito à estimativa para se atingir os prazos estipulados para a universalização do saneamento básico, e a geração de milhares de empregos em obras de infraestrutura específicas para esses serviços. Diante da escalada recente do desemprego, evidentemente, este é um aspecto positivo do novo marco regulatório.

Ao passo que, serviços universalizados e de boa qualidade reduzem doenças e são esperados por todos, contudo, existe a preocupação em não onerar de forma excessiva o consumidor final, visto que os serviços prestados pela iniciativa privada, via de regra são mais “caros” do que os prestados pelo poder público.

As empresas privadas prestam seus serviços levando em consideração a viabilidade econômica. Levar abastecimento de água e tratamento de esgoto, especialmente a pequenos municípios, pode não ser lucrativo na maneira em que o ente privado possa estar esperando, deixando os interesses da sociedade em segundo plano. Nesse sentido, para que isso não venha a ser na prática um ponto negativo, a expectativa é que haja regulamentação e fiscalização adequada e cuidadosa para que os interesses comuns sejam predominantes em relação aos interesses privados.

A insatisfação causada pela lei recém aprovada diz respeito à questão de que esta seria um excesso em relação ao poder delegado às instituições privadas, e este ponto, só poderá ser debatido com mais afinco após as diretrizes que deverão ser publicadas e posteriormente estiverem mais claras quanto a forma que essa transição em relação aos contratos de concessão ocorrerá. Isso porque ainda existem discussões e regramentos posteriores a serem estabelecidos. Há que se lembrar que a lei já deixa claro que os contratos de programa não mais deverão existir na conjuntura anterior, e que a concorrência deverá existir igualmente entre os entes públicos e privados envolvidos, o que pode de certa forma reforçar a tese de um possível excesso de delegação dos serviços aos entes privados.

De qualquer forma, o que se pode tirar de positivo nessa medida é que independentemente de serem contratos de concessão antigos ou novos e a maneira em que eles vão ser delegados, deverão ser previstas as metas de universalização do saneamento, de maneira que até 2033, 99% da população tenha acesso a rede de água e 90% a coleta e tratamento de esgoto, promovendo assim a dignidade da pessoa humana.

Apesar dessa expectativa de universalização, com o inegável aumento dos investimentos na área que se espera, se considerarmos o histórico, já relatado acima, pode-se perceber que as metas são ousadas poderão não serem alcançadas em algumas regiões do Brasil, tendo em vista o prazo estabelecido.

Não se pode deixar de registrar a análise da legislação nova considerando o momento pós-pandemia do Coronavírus. Cumpre pontuar que os serviços de higiene básica nunca foram tão valorizados quanto agora, e que o Saneamento Básico é uma ferramenta imprescindível para que exista os cuidados mínimos com a higiene da população. A atual situação em que o Brasil está vivenciando evidencia que o tema referente ao Saneamento Básico não é uma questão apenas de interesses econômicos, mas que está diretamente vinculado à proteção da vida das pessoas, da dignidade humana de cada cidadão.

Cabe apontar ainda, que há vantagem na utilização da nova lei que transfere para o particular a delegação do serviço, já que o real beneficiário da inclusão de metas de universalização é a própria sociedade.

Ademais, o processo de constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana significou a inclusão dos serviços de saneamento como um dos mecanismos para se alcançar a dignidade da pessoa humana, tendo-se que a interpretação fundada na dignificação humana, guia à conclusão de que deve prevalecer, neste caso, a missão de universalização, justamente por conceber a consolidação de critérios basilares para a boa vida e, por consecutiva, elemento que realiza, na prática, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Por servir de instrumento normativo que fomenta o atingimento de condições mínimas de existência para a população, é possível se dizer que, quando comparado com o regramento anterior, apresenta-se a Lei 14.026/2020 para concretizar, também, a própria justiça social. A utilização do princípio da dignidade da pessoa humana para avaliar a melhor interpretação da nova lei deve prevalecer e, além disso, a averiguação de que o novo regramento se presta a fomentar a justiça social.

Cumpre registrar que a Lei 14.026/2020, sancionada em julho de 2020, já gerou cerca de R \$72,2 bilhões em investimentos para o setor, segundo informações do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR). Ainda segundo o MDR, em menos de dois anos, foram garantidos recursos com a realização de nove leilões de concessão de serviços sob as regras da nova legislação. Ao todo, 19,3 milhões de pessoas foram beneficiadas em 212 municípios com

as licitações, que ocorreram nos estados de Alagoas, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Amapá, Rio de Janeiro, e nas cidades do Crato, no Ceará, e São Simão, em Goiás.

Para melhor aclarar os impactos já evidenciados em consequência da lei 14.026/2020, os primeiros leilões mais relevantes já realizados demonstram performances financeiras muito acima da expectativa, como por exemplo o Leilão do Estado de Alagoas, que desencadearam um ágio de 37.500% acima do lance mínimo exigido no leilão. Ainda no exemplo de Alagoas, o Estado deve receber R \$1,6 bilhão em outorgas com a concessão do serviço de 61 municípios para a iniciativa privada, com a previsão contratual de 2,9 bilhões em investimentos.

Nessa perspectiva, espera-se que a nova legislação, apesar de ainda ser muito nova e de carecer de regramentos suplementares, seja de fato um marco positivo no setor de saneamento, que por muitos anos deixou de ser pauta por não atrair público eleitoreiro e por não ser visto como as demais obras de infraestrutura e fomento ainda mais a promoção da dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Disponível em: <https://www.ana.gov.br/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

ATLAS ESGOTO, 2020. Disponível em: <http://www.snirh.gov.br/portal/snirh/snirh-1/atlas-esgotos> Acesso em 01 out. 2020.

BARROS, Rodrigo. **A história do saneamento básico na Idade Antiga**. Disponível em: <http://www.rodinside.com.br/historia-saneamento-basico-na-idade-antiga/> Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 02 jul. 2020.

_____. Presidência da República. **Lei nº 14.026/2020 de 15 de julho de 2020 (Marco Regulatório do Saneamento Básico)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em 20 jul. 2020.

_____. Presidência da República. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (Lei do Saneamento Básico)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em 02 ago. 2020.

_____. Senado Federal. **Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto, diz Instituto Trata Brasil.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>>. Acesso em 13 nov. 2019.

CAMPO GRANDE NEWS, 2020. Disponível em: <https://www.saneamentobasico.com.br/covid-19-cenario-saneamento/> Acesso em 01 out. 2020.

_____. LEI Nº 9.433, DE 8 DE JANEIRO DE 1997. **Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm> Acesso em 22 jun. 2020.

BORJA, Patrícia Campos. Política pública de saneamento básico: uma análise da recente experiência brasileira. **Saúde e Sociedade.** São Paulo, v. 23, n. 2, 2014, p. 432-447.

CARAM, Bernardo. **Para governo, empresas de saneamento valem até R\$ 140 bi de privatizadas.** Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wXCaFvM9ixAJ:https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/10/para-governo-empresas-de-saneamento-valem-ate-r-140-bi-se-privatizadas.shtml+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 30 mai. 2020.

CAVINATTO, Vilma Maria. Saneamento básico: fonte de saúde e bem-estar. 13. ed. São Paulo: Moderna, 1996.

DEMOLINER, Karine Silva. **Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRANZIEIRA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil.** 1ª Ed. São Paulo: Foco, 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Em apenas 3,6% dos municípios empresas privadas são responsáveis pelo abastecimento de água.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28325-em-apenas-3-6-dos-municipios-empresas-privadas-sao-responsaveis-pelo-abastecimento-de-agua>> Acesso em 22 out. 2020.

MANUAL ORIENTATIVO SOBRE A NORMA DE REFERÊNCIA Nº 1/ANA/2021 COBRANÇA PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS. Disponível em: <<file:///C:/Users/U16000014/Downloads/Manual%20orientativo%20sobre%20a%20norma%20de%20refer%C3%Aancia%20n%C2%BA%201.pdf>> Acesso em 08 de abr.2022.

MILARÉ, Édís. **Direito do meio ambiente: a gestão ambiental em foco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Victor Reis de Santiago. **O setor de saneamento básico no Brasil: Desafios e perspectivas.** Disponível em: <<http://monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10014809.pdf>>. Acesso em 30 mai. 2020. **PACTO PELO SANEAMENTO BÁSICO: Mais Saúde, Qualidade de Vida e Cidadania RESOLUÇÃO RECOMENDADA N° 62, de 3 de Dezembro de 2008.** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/planomsb/legislacao/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20N%C2%BA%2062%20DE%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202008%20-%20Pacto%20pelo%20Saneamento%20B%C3%A1sico.pdf>> Acesso em 27 jun. 2020.

PLANO NACIONAL DE SANEAMENTO – PLANASA. **Aspectos básicos.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/download/69995/67524>> Acesso em 30 mai. 2021.

REGIME ESPECIAL DE INCENTIVOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO SANEAMENTO Básico – REISB. **Comissão aprova estímulo a investimentos em saneamento básico.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/530445-comissao-aprova-estimulo-a-investimentos-em-saneamento-basico/> Acesso em 18 mai. 2021.

RIBEIRO, Júlia Weneck; ROOKE, Juliana Maria Scoralick. **Saneamento básico e sua relação com o meio ambiente e a saúde pública.** Disponível em: <<http://www.ufjf.br/analiseambiental/files/2009/11/TCC-SaneamentoSa%25C3%25BAde.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2021.

RIBEIRO, Thiago de Paula; MÜLLER, Janaína. **O que de fato muda com o Novo Marco Legal do Saneamento?** Disponível em: <<https://br.lexlatin.com/opiniao/o-que-de-fato-muda-com-o-novo-marco-legal-do-saneamento>> Acesso em 21 mai. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 796, 1.841, 2.809, 2020. <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773779/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1841-rj>> Acesso em 24 abr. 2021.

TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento 2019.** Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb/ranking-do-saneamento-2019>> Acesso em 13 jul. 2020.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. **Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto, diz Instituto Trata Brasil, 2019.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>> Acesso em 22 jul. 2020.

UJVARI, Stefan Cunha. A história e suas epidemias: a convivência do homem com os microrganismos. **Revista do Instituto de Medicina Tropical de São Paulo**. Vol. 45, n. 4, 2003, p. 212-212.

ZAHED FILHO, Kamel et.al. **Gestão ambiental e saneamento – conflitos com a urbanização**. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/70421726-Gestao-ambiental-e-saneamento-conflitos-com-a-urbanizacao.html>>. Acesso em 06 jun. 2021.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA:

A VULNERABILIDADE DO TITULAR DE DADOS ENQUANTO PESSOA
HUMANA

Camila Rodrigues e Silva¹

RESUMO: O presente trabalho procurou abordar o direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental na perspectiva jurídico brasileira, após o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), com enfoque na busca da vulnerabilidade do titular de dados pessoais em sede da sociedade contemporânea. O estudo mostra-se como pesquisa bibliográfica descritiva. Será analisada a doutrina vinculada ao tema, a jurisprudência e, amplamente, textos científicos, com prioridade para os estudos no período de 2019 a 2021. No ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento histórico no Brasil sobre o caráter de direito fundamental da proteção de dados pessoais. Sem dúvida, foi um precedente importantíssimo para a inserção dessa nova realidade social nos tribunais juntamente com a chegada da LGPD, a qual foi sancionada em 2018 e entrou em vigor em 2020. A pesquisa constatou que cada vez mais há divulgação de casos concretos que demonstram a vulnerabilidade do cidadão titular de dados frente aos diversos atores que manuseiam ou tratam seus dados pessoais, e os riscos que ele pode incorrer no que tange aos seus direitos e garantias fundamentais perante as novas mudanças sociais, sobretudo com o avanço da digitalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Geral de Proteção de Dados/LGPD. Direito fundamental. Vulnerabilidade do titular de dados.

ABSTRACT: The present work sought to address the right to the protection of personal data as a fundamental right in the Brazilian legal perspective, after the advent of the General Data Protection Law (LGPD), with a focus on the search for the vulnerability of the holder of personal data in the context of contemporary society. The study is shown as a descriptive bibliographic search. The doctrine related to the theme, jurisprudence and, broadly, scientific texts will be analyzed, with priority for studies in the period from 2019 to 2021. In 2020, the Federal Supreme Court (STF) established a historical understanding in Brazil about the fundamental right of personal data protection. Undoubtedly, it was an extremely important precedent for the insertion of this new social reality in the courts together with the arrival of the LGPD, which was sanctioned in 2018 and entered into force in 2020. The survey found that more and more concrete cases are being publicized that demonstrate the vulnerability of the data subject citizen to the various actors who handle or treat their personal data, and the risks that they may incur with regard to their fundamental rights and guarantees before new social changes, especially with the advancement of digitality.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI. E-mail: camilards1196@gmail.com

KEYWORDS: General Data Protection Law/LGPD. Fundamental right. Data subject vulnerability.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o direito fundamental à proteção de dados pessoais e a égide constitucional brasileira contemporânea 3. Conceitos básicos para a tutela de dados pessoais, os novos contornos da lei nº 13.709/2018, consentimento e a autodeterminação informativa 4. Demonstração de novas condutas no tratamento de dados pessoais e a vulnerabilidade do titular de dados no contexto informacional; 5. Considerações finais; 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, recentemente, entrou em vigor a lei nº 13.709/2018, intitulada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), um marco regulatório da temática no país. O Brasil foi o último país da América Latina a aderir a uma lei específica sobre proteção de dados. Em tese, o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia (GDPR) foi o primeiro a tratar integralmente sobre o tema, sendo a principal inspiração para a LGPD brasileira.

Em meados de 2016, uma problemática envolvendo a empresa Cambridge Analytica foi o estopim para a criação do GDPR europeu. O caso consistiu em um vazamento e posterior uso político de dados e informações pessoais em massa pelo Facebook-Cambridge Analytica, envolvendo aproximadamente 87 milhões de usuários (BOTELHO, 2020, p. 193).

O episódio repercutiu globalmente. A empresa adquiriu um grande volume de dados pessoais através de uma espécie de *quiz* (ou testes) dentro da plataforma Facebook e, com base nas respostas dos usuários, eram coletadas informações que posteriormente influíram na opinião pública em sede das eleições dos Estados Unidos.

Atualmente, é unânime a compreensão de que o mundo contemporâneo globalizado é um mundo continuamente conectado. Indivíduos de diversos países, continentes, milhares de pessoas estão constantemente *on-line*, pelas mais variadas razões, seja por entretenimento, por consumo, seja a trabalho.

A conexão em massa dos indivíduos faz com que eles fiquem cada vez mais expostos a riscos, no que diz respeito à privacidade. Todavia, o direito à proteção de dados pessoais vai muito além das questões do direito à privacidade. Nesse sentido, analisar-se-á a importância do entendimento da tutela de dados pessoais como um direito fundamental autônomo.

O presente estudo objetiva analisar o direito fundamental à proteção de dados pessoais sob a perspectiva da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), com foco na compreensão da vulnerabilidade do titular de dados pessoais informatizados.

A temática apresenta-se relevante porque, com a ascensão da tecnologia informacional nas relações jurídicas da contemporaneidade, os direitos fundamentais dos usuários da internet e titulares de dados estão suscetíveis a violações, requerendo atenção e tutela do Direito. No Brasil, recentemente as manchetes de jornais têm circulado cada vez mais denúncias de vazamento ou venda de dados de milhões de brasileiros. Com isso, há transgressão das nuances da nova LGPD, devido às formas irregulares com que os esses dados são tratados. Este trabalho mostra-se como pesquisa de revisão bibliográfica descritiva, na qual haverá exame da doutrina, dos textos científicos, da jurisprudência e da legislação.

Nos tópicos deste artigo, pretende-se enfatizar sobre o estudo da esfera constitucional contemporânea do direito à proteção de dados pessoais no Brasil, preservando os ditames dos direitos fundamentais e nuances dos direitos da personalidade, com a abordagem do recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, que conferiu o *status* de direito fundamental ao direito em estudo. A seguir, pretende-se explorar os novos contornos da LGPD, com a análise dos conceitos, princípios e institutos, bem como sobre as más práticas no tratamento de dados pessoais e a vulnerabilidade do titular de dados no âmbito digital e no contexto informacional.

2. A RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A ÉGIDE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

A inclusão das sociedades nos meios digitais manifesta uma rápida adequação social nesse âmbito, que segue em constante evolução. O advento da tecnologia da informação em quase todas as esferas sociais predispõe um desafio para o Direito contemporâneo diante dos impactos decorrentes de novas relações jurídicas. Surgiu uma necessidade global no fomento de legislações normativas sobre a tutela de dados pessoais.

Os direitos à privacidade e à intimidade como direitos da personalidade estão expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em sede do art. 5º, X. São direitos fundamentais autônomos que, apesar de não terem o mesmo significado, são inter-relacionados. Novelino (2020, p. 381) explica que os direitos da personalidade emanam diretamente da dignidade da pessoa humana. Para o autor, a privacidade seria o gênero e os demais seriam espécies (intimidade, vida privada, honra e imagem). Em síntese, define a privacidade como o direito do indivíduo de conduzir a própria vida, sem a intromissão alheia.

A seguir, Novelino (2020, p. 381) define intimidade como “o mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios”, e que “compreende os segredos e as informações confidenciais”. Vida privada, por sua vez, o autor define como “as relações do indivíduo com o meio social nas quais não há interesse público na divulgação”. Desse modo, acredita-se que a proteção dessas vertentes da personalidade além de objeto de estudo pelo direito civil, também o é pelo direito constitucional, no que tange aos ditames teóricos dos direitos fundamentais.

Um instrumento elencado pela Carta Constitucional é o *habeas data*, expresso no art. 5º, LXXII, da CRFB. Trata-se de remédio constitucional que visa assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante e para a retificação de dados (BRASIL, 1988). Ocorre que, quando se fala em proteção de dados pessoais, o supracitado *writ* mostra-se insuficiente em face da dimensão dos problemas do tratamento de dados pessoais do mundo contemporâneo.

Ainda segundo Novelino (2020, p. 486), o *habeas data* surgiu como uma reação perante a experiência constitucional brasileira anterior de ditadura militar, em que “os dados referentes às convicções e condutas dos indivíduos eram arquivados de forma sigilosa pelo governo, prática incompatível com o modelo-jurídico consagrado na nova ordem constitucional”. Ou seja, um instrumento pensado para atender a perspectiva social daquela época.

Com o surgimento da LGPD, a sanção operou em 14 de agosto de 2018, mas o marco inicial da entrada em vigor ocorreu apenas no ano de 2020 (ROMAN, 2020, p. 38). Essa lei trouxe um respaldo jurídico consistente para a tutela dos dados pessoais como instrumento de preservação da personalidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade.

Concomitante à entrada em vigor da LGPD em 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de decisão conjunta das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.387, nº 6.388, nº 6.389, nº 6.390, nº 6.393, julgou a matéria em uma decisão histórica para o

Brasil, que por tanto tempo se manteve silente sobre o tema urgente da proteção dos dados pessoais de seus cidadãos (MENDES; FONSECA, 2020, p. 1).

A mencionada decisão teve por objeto a Medida Provisória nº 954/2020 que, de acordo com Mendes e Fonseca (2020, p. 2), previa a possibilidade de empresas de telecomunicações fazerem o compartilhamento com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) dos dados de seus consumidores de telefonia móvel e fixa. Sobre a decisão, os autores teceram perfeita colocação, conforme votos dos ministros:

Como consequência, em segundo lugar, não é exagero afirmar que o significado histórico da decisão pode ser equiparado ao clássico julgamento do Tribunal Constitucional alemão, em 1983, acerca da Lei do Recenseamento daquele país. Ao fazer referência ao julgado, o STF expressamente mencionou o conceito de autodeterminação informativa, já também positivado na Lei 13.709/18 (LGL\2018\7222) (Lei Geral de Proteção de Dados), a fim de ressaltar o necessário protagonismo exercido pelo cidadão no controle do que é feito com seus dados, destacando a existência de finalidades legítimas para o seu processamento, bem como da necessidade de implementação de medidas de segurança para tanto. O Tribunal formulou, assim, uma tutela constitucional mais ampla e abstrata do que o direito à inviolabilidade da esfera íntima e da vida privada. Essa tutela poderá ser aplicada em inúmeros casos futuros envolvendo a coleta, o processamento e o compartilhamento de dados pessoais no Brasil (MENDES; FONSECA, 2020, p. 2).

A decisão tem pontos importantes, e um deles, centro deste estudo, foi o precedente brasileiro conferir o *status* de direito fundamental e a autonomia desse novo direito de tutela de dados pessoais. Sendo assim, importante salientar que:

apesar do nome sugestivo, é preciso destacar que o objeto de proteção desse direito fundamental não diz respeito exclusivamente aos dados em si, mas sim ao titular desses dados, tendo em vista que é ele quem arcará com os riscos do processamento dos dados, das decisões tomadas a partir das informações extraídas desse processamento, bem como das eventuais consequências prejudiciais oriundas dessas decisões (MENDES; FONSECA, 2020, p. 3).

Outro ponto relevante que Mendes e Fonseca (2020) bem apontam é o de que o precedente brasileiro não garante proteção ao titular de dados apenas em face do Estado brasileiro, mas também diante da esfera privada.

Recentemente, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 17/2019, que objetiva acrescentar o inciso XII-A no art. 5º da CRFB/88 incluindo no rol o direito à proteção de dados pessoais inclusive nos meios digitais. E também o inciso XXX, ao art. 22 da CRFB, incluindo, entre as competências da União, a de legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Até a presente data deste estudo, a PEC 17/2019 está em processo de tramitação nas Casas Legislativas, aguardando aprovação (SENADO FEDERAL, 2019).

Para Doneda (2019, p. 264), a proposta trará o que ele chama de “equalização” no impacto dos direitos fundamentais na formalização da tutela de proteção de dados pessoais em sede do art. 5º, da CRFB. Embora haja autores que acreditem ser o mencionado direito já disposto na seara constitucional de forma implícita (que falaremos mais adiante), de fato é um ganho sem precedentes para a tutela de dados pessoais informatizados.

Em relação aos direitos fundamentais, Novellino (2020, p. 309) alude que essa expressão surgiu na França no ano de 1789, durante o movimento político e cultural da época, período no qual se originou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em síntese, o mencionado autor diferencia os direitos fundamentais dos direitos humanos pelo plano em que estão positivados. Tangencia o significado de que os direitos fundamentais encontram reserva no plano interno da Constituição de cada país, ao passo que, os direitos humanos, no plano internacional (tratados e convenções internacionais).

Quando o autor dispõe sobre os direitos individuais, aduz que eles existem para “proteger diretamente a dignidade da pessoa humana, tendo nela seu núcleo axiológico” (NOVELINO, 2020, p. 345). Aprofundando-se mais um pouco na dignidade da pessoa humana, no estudo deste princípio, a busca de um conceito para tanto, na concepção de Sarlet, é a ideia de que:

Numa primeira perspectiva (não excludente das demais) a dignidade da pessoa humana, na acepção de Miguel Reale, consiste em uma espécie de valor-fonte, o que também foi objeto de reconhecimento pelo STF, alinhado com a tradição consagrada no direito constitucional contemporâneo, para quem a dignidade da pessoa humana constitui “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo” (SARLET, 2019, p. 339).

Nessa senda, veja-se a importância de uma busca axiológica na positividade da Carta Constitucional de 1988 para a conservação dos seus ditames e sua sistematicidade. Destaque-se o princípio da dignidade da pessoa humana como basilar para o ordenamento jurídico vigente. Nesse contexto, Sarlet (2019, p. 553) arremata, correlacionando com a reflexão do pensamento kantiano de que “o ser humano é um fim em si mesmo e jamais simples meio (mero objeto) na esfera das relações pessoais”.

Voltando-se para a ideia dos direitos fundamentais, sua busca por conceituação assim como outros institutos constitucionais não é uma equação pragmática. Sarlet (2019, p. 413) vai dividir essa conceituação em sentido formal e sentido material. Pondera que não é uníssona a

conceituação dos direitos fundamentais, uma vez que dependeria do contexto constitucional vigente. Em síntese, o sentido formal seria o ditame dos direitos fundamentais ser aqueles reconhecidos na Constituição. Contudo, adverte a insuficiência no caso brasileiro, uma vez que o art. 5º, § 2º da CRFB, admitiria a existência de outros direitos fundamentais que não os expressos no catálogo do Título II da Carta Constitucional.

Mantendo isso em mente, parte-se para o delineamento do conceito material de direitos fundamentais, em que Sarlet (2019) adverte que este só será exitoso se se levar em conta a ordem de valores dominantes bem como as circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais da ordem constitucional.

Destarte, direitos fundamentais, no sentido material, são aqueles que “apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais” (SARLET, 2019, p. 416). Desse modo, sob os aspectos literários do supracitado art. 5º, § 2º, da CRFB, tem-se que:

A partir das diretrizes textuais do art. 5º, § 2º, da CF, bem como mediante diálogo com as noções já traçadas, especialmente no que diz com a existência de direitos fundamentais em sentido formal (e material) e em sentido material, bem como no concernente à amplitude do conceito materialmente aberto consagrado pela Constituição Federal, é possível classificar os direitos fundamentais em dois grandes grupos: (a) direitos expressamente positivados, seja na Constituição, seja em outros diplomas jurídico-normativos de natureza constitucional; (b) direitos implicitamente positivados, no sentido de direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios constitucionais ou direitos subentendidos nas normas de direitos fundamentais expressamente positivadas, em suma, direitos que não encontram respaldo textual direto, podendo também ser designados de direitos não escritos (SARLET, 2019, p. 419).

Nessa senda teórica, o direito à proteção de dados pessoais informatizados é, sob o ponto de vista do aspecto material, como um direito fundamental implícito decorrente dos direitos à privacidade, intimidade e demais expressos no art. 5º, X, da CRFB, inclusos na ideia de direito geral da personalidade na ordem constitucional.

Na ideia sobre os direitos da personalidade, tem-se o direito geral de personalidade ou direito ao livre desenvolvimento da personalidade como “uma proteção abrangente em relação a toda e qualquer forma de violação dos bens da personalidade, estejam eles, ou não, expressa e diretamente reconhecidos ao nível da constituição” (SARLET, 2019, p. 563). No entendimento do autor, o art. 5º, § 2º, da CRFB, opera como cláusula de abertura a direitos fundamentais não expressamente positivados.

O autor ilustra exemplos de outros países, como da Alemanha, quando se refere ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, no qual se aglutinou uma série de posições jusfundamentais e, a seguir, o exemplo do direito constitucional norte-americano, em referência ao direito à privacidade, o qual não é expressamente positivado (SARLET, 2019, p. 563).

Por conseguinte, Sarlet (2019, p. 565) adverte sobre a abrangência da tutela do direito geral de personalidade e dispõe sobre o cuidado nessa nova perspectiva, levando-se em conta a metódica jurídico-constitucional, atentando-se para uma consolidação na tradição jurídica sobre os aspectos essenciais da personalidade, tal seja a necessidade de haver uma prévia delimitação infraconstitucional pelo legislador e pela jurisprudência.

Dessa maneira, acredita-se ser promissor o presente e o futuro do direito fundamental à proteção de dados pessoais, visto que, junto ao entendimento da Suprema Corte afirmando essa vertente, a legislação infraconstitucional e a teórica científica e doutrinária que vêm surgindo em torno da matéria, o Brasil tem os instrumentos alinhados para a tutela de dados pessoais.

3. CONCEITOS BÁSICOS PARA A TUTELA DE DADOS PESSOAIS, OS NOVOS CONTORNOS DA LEI Nº 13.709/2018, CONSENTIMENTO E A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

O advento da LGPD, de fato, representa um grande avanço do tema. A legislação infraconstitucional veio com a finalidade de superar a lacuna existente, tratando sobre a tutela de dados pessoais no Brasil.

Sobre o conteúdo desse novo direito de proteção de dados pessoais, pode-se dizer que “a proteção de dados pessoais é uma garantia de caráter instrumental, derivada da tutela da privacidade, porém, não limitada por esta; ainda, faz referência a um leque de garantias fundamentais que se encontram no ordenamento brasileiro” (DONEDA, 2019, p. 265). Com base nessa premissa, convém aduzir que, apesar de descender da privacidade, a abrangência da tutela de dados pessoais tem objeto distinto e vai muito além daquela, uma vez que abarca, como o próprio autor diz, um leque de direitos fundamentais.

A sociedade informacional e tecnológica em poucos anos colocou em cheque não só a privacidade dos indivíduos como também seus dados pessoais, suas liberdades em geral e em especial o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas. Sobre a evolução tecnológica e a sociedade informacional segue a seguinte ponderação:

A evolução na tecnologia da informática permite que as pessoas sejam catalogadas por bancos de dados informatizados, controlados por softwares, que cruzam dados e buscam informações, desde o seu nascimento até a sua morte. [...] Além desses, há os bancos de dados formados pelas pessoas jurídicas de direito privado, a partir da declaração voluntária de informações por parte do respectivo titular. As pessoas ao contratarem com agentes privados, respondem a uma série de questionários que solicitam informações pessoais, autorizando a composição de um específico banco de dados. [...] Paulatinamente, suas informações vão sendo disponibilizadas ao ponto de fragilizar a sua privacidade, especialmente com o uso de recursos tecnológicos que facilitam a sua manipulação, monitoramento e, conseqüentemente, devassa à intimidade. Assim, percebe-se a necessidade de controle destas informações por parte de seus titulares, que muitas vezes não têm ideia dos efeitos que a coleta, armazenamento e interconexão de dados pessoais podem trazer para a sua vida privada (MACHADO, 2018, p. 118 e 119).

Para Bioni (2019, p. 175), atualmente o processamento dos dados pessoais transcendeu a figura do Estado, porquanto houve um aumento da quantidade de atores e do número de bancos de dados a serem regulados-autorizados. O autor explica que o surgimento desse novo cenário exigiu uma nova estrutura normativa.

É importante expor nesse contexto a distinção de dados e informação. Na visão de Doneda (2019, p. 136), o autor diferencia os dois conceitos com a explicação de que dado seria uma espécie de “pré-informação”, por ser anterior a uma interpretação. A informação, por sua vez, seria além da representação do dado, uma depuração do seu conteúdo, carregando em si um sentido instrumental.

O art. 5º, I, da LGPD, traz o conceito de dado pessoal como a informação relacionada com a nomenclatura pessoa natural “identificada ou identificável” (BRASIL, 2018). Nessa senda, o conceito é amplo ao dispor que todo e qualquer dado de pessoa natural merece proteção da legislação. A Lei nº 12.527/2011, intitulada Lei de Acesso à Informação, de 2011, em seu art. 4º, IV, dispõe da mesma redação do art. 5º, I da LGPD, para fins de conceito, contudo, determina esse conceito para a expressão “informação pessoal” (BRASIL, 2011) e não dado pessoal, como na LGPD.

Os dados sensíveis por sua vez descrevem-se como dados mais frágeis, que trazem referência à individualidade das pessoas como, por exemplo, orientação sexual, religião, pensamento político, raça, estado de saúde, entre outros (art. 5º, II, LGPD). Bioni (2019, p. 119) elenca que esses dados têm o potencial de revelar os atributos da personalidade quando munidos de informações sensíveis a respeito dos indivíduos. Os dados sensíveis representam mais exposição e risco de discriminação.

No que tange ao conceito de dado trazido pela LGPD, observa-se que, da ideia normativa, devem ser levados em conta igualmente os desdobramentos que o tratamento de dados pode resultar em relação ao indivíduo em si. Sendo assim, é necessária a observância das consequências do uso dos dados pessoais. Essa seria a sistemática do art. 12, § 2º, da lei, que aponta que os dados anonimizados também podem ser considerados como dados pessoais, quando utilizados para a formação do perfil comportamental de determinada pessoa identificada (BIONI, 2019, p. 114).

Com a ascensão da sociedade tecnológica, a circulação de dados e informações tornou-se cada vez mais simultânea, e seu tratamento irregular lesiona direitos fundamentais. De acordo com o art. 5º, X, da LGPD, o tratamento de dados pode envolver várias ações, desde coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (BRASIL, 2018). Cada atitude desse tipo faz parte do tratamento de dado e deve observar os ditames da lei.

Por conseguinte, em dada síntese entre os artigos mais discutidos, no que se refere aos princípios e fundamentos da norma, é importante manter em mente que a LGPD é uma legislação principiológica, cuja norma deve ser observada de forma sistematizada, observando-se seus fundamentos e princípios basilares. Logo no art. 2º, a LGPD constitui expressamente seus fundamentos, a saber:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
I - o respeito à privacidade;
II - a autodeterminação informativa;
III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;
VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018).

O art. 3º da lei trata da definição de competência, a qual não é definida pela nacionalidade e sim pela localização geográfica, ponto importante para o mundo globalizado. Desse modo, “quando do tratamento em território brasileiro, da oferta de serviços a qualquer pessoa que esteja em território nacional ou quando os dados forem coletados aqui, mas o tratamento se der em outro país, a incidência sempre será pela LGPD” (COELHO, 2019, p. 43).

O art. 6º por seu turno expõe, através dos seus incisos, sobre os princípios básicos da legislação em estudo e seus respectivos conceitos. Leia-se:

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

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

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (BRASIL, 2018).

Outro aspecto da lei importante para o presente estudo é o consentimento. O art. 5º, XII, determina o conceito para consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018). O art. 7º, I, determina que a realização do tratamento de dados pessoais só será possível quando constituído o consentimento pelo titular dos dados (BRASIL, 2018). A seguir, uma conceituação teórica bem sintetizada para o termo consentimento:

O consentimento é concordância de vontades em uma relação jurídica. É o mútuo consenso, mediante a uniformidade de opinião, de forma que duas ou mais expressões volitivas destinam-se à produção de efeitos legalmente permitidos e desejados pelas partes (ROMAN, 2020, p. 56).

Isto posto, é imprescindível o fato de que devem estar presentes os requisitos de manifestação livre, informada e inequívoca, para que o consentimento seja validado, caso

contrário, este será nulo. De igual modo, deve estar presente a finalidade específica e determinada (ROMAN, 2020, p. 60).

Outro significado fundamental para o estudo da proteção de dados fundamentais é da autodeterminação informativa. Na ideia de autodeterminação informacional ou autodeterminação informativa, Bioni (2019) esclarece que a expressão surgiu através da Corte Constitucional Alemã, ao julgar um caso referente à Lei do Censo alemã, no ano de 1983. Na LGPD brasileira, a autodeterminação informativa está expressa no art. 2º, II, já demonstrado neste tópico, entre os fundamentos da legislação de dados.

Na busca de conceituação de uma das expressões pilares da matéria, a autodeterminação informativa pode ser caracterizada como o “[...] direito do indivíduo de decidir quem utiliza, para quem são repassados e com que finalidades de dados e informações pessoais são utilizados” (SOUSA; SILVA, 2020, p. 11). Por conseguinte, os mencionados autores continuam com o esboço de que:

Essa afirmação conduz ao entendimento de que a permissão do titular em todas as fases do processamento e utilização da informação a partir do consentimento torna-se importante no momento de definir o sentido e o alcance do fundamento da autodeterminação informativa. Isto para que, o referido termo, como instrumento de exteriorização do referido fundamento, possua aplicabilidade prática e possa cumprir seu papel com eficiência (SOUSA; SILVA, 2020, p. 11).

Consequentemente, entende-se que a autodeterminação informativa ou informacional confirma a ideia do consentimento, uma vez que o direito de autodeterminação informativa funcionaria como um instrumento que permite ao titular decidir e ter controle sobre seus dados pessoais no viés prático. Devido à vulnerabilidade do titular, que por vezes não faz ideia de quantas pessoas ou organizações estão por trás do tratamento de seus dados, essa instrumentalização mostra-se necessária como norte da LGPD, para garantir a possibilidade de o titular dispor de um consentimento válido.

Sendo assim, vale a pena a leitura do capítulo III da LGPD, que trata sobre os direitos do titular de dados. No bojo do art. 17, está disposta a seguridade de que toda pessoa natural predispõe da titularidade de seus dados pessoais em correlação aos direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade (BRASIL, 2018).

4. DEMONSTRAÇÃO DE NOVAS CONDUTAS NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E A VULNERABILIDADE DO TITULAR DE DADOS NO CONTEXTO INFORMACIONAL

Com a nova realidade da sociedade da informação e o tráfego de dados pessoais informatizados, o tratamento de dados dentro da grande cadeia informacional demonstra algumas facetas específicas. Conforme se constatou no tópico anterior, a LGPD, dentre várias outras pretensões, objetiva assegurar o tratamento regular de dados pessoais, de modo que sejam preservados os direitos fundamentais dos indivíduos, tais como a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade.

Bioni (2019, p. 47), um dos precursores dos estudos da temática no Brasil, bem expõe que, sob o prisma de um novo modelo negocial, os ajustes econômicos entre o titular de dados, plataforma e anunciante mostram-se como uma relação “plurilateral”, indo além das relações negociais bilaterais que tradicionalmente conhecemos. Não se adentrará por inteiro nesse conteúdo em razão da sua amplitude, uma vez que carece de mais espaço e tempo para aperfeiçoamento.

A questão é que existem práticas nesses novos modelos tecnológicos que afiguraram a vulnerabilidade do indivíduo titular de dados pessoais. Nesse contexto, apresentar-se-á o termo vulnerabilidade de forma mais ampla, não especificamente dentro da matéria consumerista. Nessa vertente, sobre o tratamento de dados pessoais informatizados, Bioni explica que:

Como será aprofundado mais à frente, mediante uma análise crítica da autodeterminação informacional, o titular dos dados não sabe, ao certo, como eles serão utilizados ou com quais outros pedaços de informação serão cruzados. [...] Além disso, a coleta dos dados pessoais é contínua. Na medida em que se usufrui de um produto ou serviço, várias informações estão sendo coletadas e agregadas, sendo incerto o fluxo informacional e o que dele se pode extrair (BIONI, 2019, p. 49).

Doneda (2019, p. 151), por sua vez, delinea que dentre as formas de tratamento de dados pessoais, estas vão manter base na “utilização de novos métodos, algoritmos e técnicas”. Nessa senda, o autor apresenta a técnica de elaboração de perfis de comportamento (*profiling*), na qual, de forma breve, dispõe que, “com ela, os dados pessoais são tratados com o auxílio de métodos estatísticos e de técnicas de inteligência artificial [...], que consistiria numa síntese dos hábitos preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa”.

Um perfil virtual desse porte somado a muitos outros representa riscos urgentes para o controle de dados pessoais, visto que não se sabe ao certo como e com que finalidade estes poderão vir a ser utilizados em larga escala.

Nesse viés, a tecnologia seria uma vilã? Evidente que não, porém, quando iniciativas públicas e privadas começam a processar, coletar ou transmitir, por exemplo, dados pessoais de maneira danosa ou irregular sem o conhecimento dos titulares e sem alcance de uma eficiente regulamentação legal, pode desencadear (e desencadeia) transgressão de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, segue o entendimento:

A partir do momento em que um perfil eletrônico é a única parte da personalidade de uma pessoa visível a outrem, as técnicas de previsão de padrões de comportamento podem levar a uma diminuição de sua esfera de liberdade, visto que vários entes com os quais ela se relaciona partem do pressuposto que ela adotaria um comportamento predefinido, tendo como consequência uma potencial diminuição de sua liberdade de escolha, visto que muitas de suas possibilidades podem ser pré-formatadas em função destas ilações (DONEDA, 2019, p. 152).

Outra técnica demonstrada pelo autor é a intitulada mineração de dados (*data mining*). Segundo Doneda (2019, p. 154-157), “consiste na busca de correlações, recorrências, formas, tendências e padrões significativos a partir de quantidades muito grandes de dados, com o auxílio de instrumentos estatísticos e matemáticos”. O autor aponta que essas são algumas das representações básicas das inúmeras que existem de obter utilidades a partir de dados pessoais.

A LGPD constituiu os ditames para a funcionalidade da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). O art. 5º, XIX, da mencionada lei, apresenta o termo “autoridade nacional” como sendo o “órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional” (BRASIL, 2018). O art. 52 da LGPD atesta sobre a sujeição de sanções e multas administrativas que a ANPD está sujeita a aplicar. Por conseguinte, o capítulo IX da lei aduz disposições, competências e composição no que tange à ANPD. Quanto ao teor da Autoridade Garante, Doneda discorre sobre sua importância e ressalta acerca da necessidade de sua autonomia e independência. A saber:

A Autoridade é um elemento indispensável para garantir a adaptação da lei a novas circunstâncias sem que se abra mão da segurança jurídica, [...] Ela pode ainda estabelecer parâmetros para a aplicação da lei conforme as características de cada setor ou mercado, objetivando ações que sejam mais eficazes para a proteção de direitos do cidadão e garantindo a proporcionalidade na sua aplicação (DONEDA, 2019, p. 316).

Atualmente, a ANPD já conta com seis meses de existência e efetivou a chamada lista tríplice, com indicação para os integrantes do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, o CNPD (AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, 2021, p. 1).

Com base na busca da legítima tutela dos dados pessoais dos brasileiros em tempos de contemporaneidade nas bases informacionais, destaque-se uma teoria bastante elucidativa e determinativa sobre a proteção do indivíduo e dos seus direitos fundamentais, a da privacidade contextual, que explica a privacidade com lastreio na ideia da análise social, extraída inicialmente por Helen Nissenbaum, professora da New York University, em seus textos científicos, como o “Privacy as Contextual Integrity” (NISSENBAUM, 2004, p. 106). Nessa vertente, Bioni leciona a respeito da importância do contexto informacional e da análise contextual para a compreensão do trânsito informacional dos dados pessoais:

Cada contexto tem, portanto, uma linguagem (informacional) que determina a lógica do fluxo informacional interna e externamente: internamente, quais são os tipos de informações a serem trocados entre emissor e recipiente; externamente, quem são os terceiros que podem ingressar no fluxo informacional. Ao final, cada contexto exprime as expectativas de privacidade que o titular das informações deposita, na condição de emissor, no recipiente, e de como esse fluxo informacional fluirá interna e externamente. [...] A todo momento, os indivíduos estão transmitindo informações em múltiplos contextos. E, nesse sentido, o desenvolvimento da personalidade deles está condicionado por tal trânsito informacional, a fim de que seus papéis sociais sejam executados em suas respectivas esferas (BIONI, 2019, p. 301).

O autor traz exemplos do enredo teórico, disponibilizando a explicação prática de que a “opinião religiosa de um cidadão pouco ou nada tem a acrescentar nas suas relações de cunho profissional”. Se a sua crença religiosa influenciar as suas aspirações profissionais, esse fluxo informacional será, muito provavelmente, inapropriado” (BIONI, 2019, p. 299).

Por isso, os dados pessoais não podem ser passíveis de uma mercantilização total. Eles detêm um valor social a cumprir que impõe barreiras para sua negociabilidade limitada. O relato da privacidade contextual deve ser encarado como uma vertente normativa complementar à autodeterminação informacional para restringi-la aos espaços que não esvaziem a importância do papel social desempenhado pela proteção dos dados pessoais (BIONI, 2019, p. 303).

Ademais, com o avanço da tecnologia e a possibilidade de criação de perfis comportamentais cada vez mais intrusivos, chega ao ponto de inferir e subtrair até mesmo o estado emocional das pessoas, geralmente com a finalidade publicitária. O autor explica que uma economia pautada na vigilância “é a observação permanente do comportamento dos

indivíduos que a movimenta, sendo as suas informações pessoais a matéria-prima a ser explorada para a geração de riqueza” (BIONI, 2019, p. 63 e 64).

Neste ano de 2021, noticiou-se na mídia nacional o "mega vazamento de dados" de mais de 223 milhões de brasileiros, número maior que o da própria população do país, estimada em 212 milhões de habitantes. Isso se deve ao fato de que o vazamento também abrange dados pessoais de pessoas já falecidas, com um volume bem diversificado de informações pessoais (PORTAL G1, 2021).

À vista disso, veja-se a necessidade de uma proteção legal do indivíduo que se afeta como vulnerável frente às expansões tecnológicas e à grande quantidade de sujeitos que transacionam dados pessoais com inúmeras finalidades, sejam elas econômicas, políticas, dentre outras. Bioni (2019, p. 223) comprova essa ideia em seu texto quando ressalta que “o cidadão, em meio ao mercado informacional, deve ser identificado como um sujeito vulnerável”.

Posteriormente, Bioni (2019, p. 228) remete à expressão “(hiper)vulnerabilidade” do cidadão titular de dados, devido à urgência dessas problemáticas informacionais envolvendo mau uso dos dados pessoais.

O problema pode ser difícil até mesmo de ser identificado, visto que existem barreiras psicológicas que “mistificam por completo a capacidade de o indivíduo controlar as suas informações pessoais” (BIONI, 2019, p. 112). Ou seja, além de o cidadão ser vulnerável no contexto informacional, muitas vezes não sabe nem mesmo identificar os problemas para dispor do controle de seus dados, uma vez que há embaraços psicológicos que o ludibriam, em sede de redes sociais recreativas, por exemplo.

Cite-se um exemplo pertinente ocorrido em 2018, no qual houve a suspeita de venda de dados pessoais por parte do Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO). De acordo com o Ministério Público do Distrito Federal, ocorreu uma venda milionária de dados envolvendo informações como data de nascimento, nome da mãe, endereço, sexo etc. Essas informações foram comercializadas pelo SERPRO (ANDRADE; BARRETO, 2020, p. 62).

O MPDFT alega que há um esquema comandado pelo Serpro de venda de dados pessoais e sensíveis, inclusive, para a própria Administração Pública, cujo valor ultrapassa R\$ 270 mil (Contrato nº 027/2013, com o Conselho da Justiça Federal). A investigação teve início quando o site Consulta Pública passou a disponibilizar – de forma muito atualizada e estruturada – dados (como nome, data de nascimento, CPF, endereço, nome da mãe, entre outros) da população brasileira. De acordo com o

MPDFT, esse foi um indicativo de que sua origem era a própria Administração (GONÇALVES, 2019, p. 80).

Ressalte-se que, conforme já evidenciado por meio de exemplos de casos concretos, eles não pairam apenas sobre a esfera pública, mas, igualmente, sobre a iniciativa privada, restando demonstrada a superação da dicotomia entre público e privado nas nuances dos desafios da proteção de dados pessoais no direito brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, na sociedade informacional e tecnológica em que se vive atualmente, o ritmo do tráfego de informações é instantâneo. As amplitudes de elementos como inteligência artificial ou algoritmos, bancos de dados e técnicas de utilização baseadas nessas estruturas possibilitam feitos que vão além do que era a vida em sociedade antes do avanço tecnológico e sua efetiva inserção no cotidiano das pessoas e nas relações jurídicas contemporâneas.

Nesse sentido, a presente pesquisa buscou dar uma contribuição, tanto para a sociedade, no que diz respeito à importância dos dados pessoais para os seus titulares e à necessidade de controle, como também para o desenvolvimento da dogmática jurídica em matéria de proteção de dados, sem a pretensão de esgotar o tema, pois se trata de matéria que ainda carece de respostas a diversos questionamentos, sobretudo aqueles previstos na recente legislação.

Assim, compreendeu-se a importância da visão do direito à proteção de dados pessoais como fundamental e autônomo, a partir da ideia da dimensão jurídico-social contemporânea, indo além das questões de privacidade. O julgamento conjunto do STF, no ano de 2020, classifica o direito à proteção de dados pessoais como fundamental, conferindo maior proteção jurídico-constitucional ao cidadão titular de dados, para que ele não seja tratado como número ou como um meio ou objeto, mas como pessoa humana, seja no ambiente virtual ou fora dele.

O surgimento da LGPD como instrumento legal desse direito traz consigo importantes elementos para o enfrentamento da tutela do titular de dados pessoais. De início, os fundamentos da legislação protecional, os conceitos das novas terminologias advindas como do dado em si, dados sensíveis, tratamento, consentimento, autoridade nacional, dentre outros. No que tange aos dados (sensíveis ou não), foi evidenciado que, quando tratados, são suscetíveis a manipulações diversas, seja com intento político, econômico ou até mesmo discriminatório.

Percebeu-se que a LGPD dispõe além de princípios próprios, institutos peculiares como o consentimento, o qual deve ser livre, informado e inequívoco e, com base nas percepções obtidas no presente estudo, não deve haver desprezo à dimensão contextual para uma proteção satisfatória do cidadão. Nessa linha, atrela-se a ideia da autodeterminação informativa, que confere autonomia ao indivíduo de obter controle e decidir sobre seus dados pessoais.

Em vista disso, é de suma importância a ótica da tutela de dados pessoais como um direito da personalidade, como prolongamento da pessoa humana, cuja proteção alcança outros direitos e garantias fundamentais como a liberdade geral do indivíduo, a privacidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Outrossim, destacou-se a relevância da condição de vulnerabilidade do titular de dados pessoais como parte mais frágil nas relações jurídicas plurilaterais (além da tradicional ideia negocial bilateral que conhecemos), em sede do âmbito digital e informacional. E os embaraços psicológicos que ludibriam o indivíduo titular de dados informatizados nas plataformas digitais.

Diante de todo o exposto, o campo jurídico e acadêmico deve se ater a essas questões para a efetiva proteção da pessoa humana diante de todas as suas esferas. A transgressão de direitos humanos e/ou fundamentais do cidadão por meio de dados pessoais é uma realidade, não apenas no Brasil, mas no mundo. Desse modo, é crescente a necessidade da conscientização das pessoas em geral e dos juristas sobre as facetas da tutela de dados pessoais.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; BARRETO, Roberta Hora Arcieri. **A AUSÊNCIA DA ATIVIDADE FISCALIZADORA NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SUA INEFICÁCIA**. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 2, p. 61-73, ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5407/pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. **ANPD DIVULGA LISTAS TRÍPLICES PARA O CNPD**. Disponível em: < <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-divulga-listas-triplices-para-o-cnpd>>. Acesso em: 09 mai. 2021.

_____. **AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS COMPLETA 6 MESES DE EXISTÊNCIA EM CRESCENTE INTERLOCUÇÃO COM A SOCIEDADE**. Disponível em: < <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/autoridade->

nacional-de-protecao-de-dados-completa-6-meses-de-existencia-em-crescente-interlocucao-com-a-sociedade>. Acesso em: 09 mai. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: A FUNÇÃO E OS LIMITES DO CONSENTIMENTO**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOTELHO, Marcos. **A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho-PR, Brasil, n. 32, 2020, p. 191-207.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 17/2019**. Proposta de Emenda à Constituição. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

_____. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **REGULA O ACESSO A INFORMAÇÕES PREVISTO NO INCISO XXXIII DO ART. 5º, NO INCISO II DO § 3º DO ART. 37 E NO § 2º DO ART. 216 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; ALTERA A LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990; REVOGA A LEI Nº 11.111, DE 5 DE MAIO DE 2005, E DISPOSITIVOS DA LEI Nº 8.159, DE 8 DE JANEIRO DE 1991; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. **PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 17, DE 2019**. Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

COÊLHO, Amanda Carmen Bezerra. **A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS BRASILEIRA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa. 2019, p. 53.

DONEDA, Danilo. **DA PRIVACIDADE À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ELEMENTOS DA FORMAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. **GESTÃO DE DADOS PESSOAIS E SENSÍVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: DESAFIOS, MODELOS E PRINCIPAIS IMPACTOS COM A NOVA LEI**. 2019. 147 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília (Uniceub), 2019. Disponível em: <https://www.uniceub.br/arquivo/144ng_20190730051313*pdf?AID=3007>. Acesso em: 24 abr. 2021.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. **A TUTELA DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL**. Porto Alegre, RS: Fi, 2018. Disponível em: <<https://www.editorafi.org/494joana>>. Acesso em: 09 mai. 2021.

MEGAVAZAMENTO DE DADOS DE 223 MILHÕES DE BRASILEIROS: O QUE SE SABE E O QUE FALTA SABER. Portal G1 – Seção Economia, 28 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **STF RECONHECE DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS. COMENTÁRIOS SOBRE O REFERENDO DA MEDIDA CAUTELAR NAS ADIS 6387, 6388, 6389, 6390 E 6393**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 130, jul./ago. 2020, p. 471-478.

NISSENBAUM, Helen. **PRIVACY AS CONTEXTUAL INTEGRITY**. Washington Law Review, Vol. 79:xxx, 2004, p. 101-139. Disponível em: <<https://crypto.stanford.edu/portia/papers/RevnissenbaumDTP31.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. 976 p.

PRESIDÊNCIA da república autoridade nacional de proteção de dados. **ANPD DIVULGA LISTAS TRÍPLICES PARA O CNPD, 2021**. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/deliberacoes-do-conselho-diretor-1/cd3/ata-despacho-retificacao.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2021.

ROMAN, Juliana. **A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA LEI Nº 13.709/2018: UMA ANÁLISE SOBRE CONSENTIMENTO E DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**. In: CONGRESSO ESTADUAL DE MAGISTRADOS, Porto Alegre-RS, v. 1, n. 1, jan., 2020. Anais... Porto Alegre: 2020.

SALDANHA, P. et al. **O QUE ESTÃO FAZENDO COM OS MEUS DADOS? A IMPORTÂNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS** (Coord. Paloma Mendes Saldanha). Recife: SerifaFina, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____; SAAVEDRA, Giovani Agostini. **FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS E ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**. RDP, Brasília, vol. 17, n. 93, 33-57, maio/jun. 2020. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315>>. Acesso em: 25 de abr. de 2021.

SOUSA, Devilson da Rocha. **A FUNDAMENTALIDADE DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 17/2019: A PROTEÇÃO DE DADOS NOS MEIOS DIGITAIS**. In: CONGRESSO ESTADUAL DE MAGISTRADOS, Porto Alegre-RS, v. 1, n. 1, jan., 2020. Anais... Porto Alegre: 2020.

SOUSA, Rosilene Paiva Marinho de; SILVA, Paulo Henrique Tavares da. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS CONTORNOS DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA**. Inf. & Soc.: Est., João Pessoa, v. 30, n. 2, p. 1-19, abr./jun. 2020.

OS CONTORNOS JURÍDICOS DO ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL

Natalia Ferreira Nepomuceno¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar os contornos jurídicos acerca do instituto doutrinariamente denominado de abandono afetivo inverso no Brasil. Para tanto, aborda-se a problemática acerca de em que medida haverá ou não um dano passível de indenização nos casos onde o abandono afetivo é praticado por filhos maiores e capazes aos seus pais. No desenvolvimento do trabalho, constatou-se que o objeto de pesquisa apresenta um dúbio entendimento no meio doutrinário e jurisprudencial. Parte da doutrina defende, juridicamente, a existência de obrigações imateriais dos filhos maiores para com seus pais, garantindo a estes amparo e convivência, baseado no princípio da afetividade e solidariedade familiar. Todavia, em contrariedade ao entendimento anterior, outros autores pronunciam não haver possibilidade de realização dessas obrigações filiais, com a aplicação da indenização por abandono imaterial, visto que não existe afeto. Utiliza-se do método dedutivo, por meio da revisão de literatura em pesquisas qualitativas e quantitativas de doutrinas, jurisprudências e da legislação afeta ao tema. Verificou-se, então, que cada caso deve ser analisado individualmente, para apurar se houve ou não um dano passível de indenização.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono Afetivo Inverso; Dano; Idosos.

ABSTRACT: ABSTRACT: This article aims to analyze the legal contours about the institute doctrinally called inverse affective abandonment. Therefore, the problem is addressed about the extent to which there will be or will not be a damage that can be compensated in cases where affective abandonment is practiced by older children capable of their parents. In the development of the work, it was found that the research object presents a double understanding in the doctrinal and jurisprudential environment. Part of the doctrine legally defends the existence of immaterial obligations of the older children to their parents, guaranteeing these support and coexistence, based on the principle of family affection and solidarity. However, contrary to the previous understanding, other authors state that there is no possibility of carrying out these subsidiary obligations, with the application of indemnification for immaterial abandonment, since there is no affection. It uses the deductive method, through the literature review in qualitative and quantitative research of doctrines, jurisprudence and legislation affecting the theme. It was found, then, that each case should be analyzed individually, to determine whether or not there was a damage that could be indemnified.

KEYWORDS: Inverse Affective Abandonment; Damage; Elderly.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Estatuto do Idoso e a

¹ Graduanda pelo Centro Universitário UNIRB. E-mail: nataliafnepomuceno@gmail.com

Constituição brasileira de 1988 como instrumentos de prevenção ao abandono afetivo inverso; 3 Dos deveres dos filhos maiores para com seus pais idosos; 3.1 Abandono afetivo inverso; 3.2 Abandono e institucionalização; 4 Responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo inverso; 5 Considerações finais; 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem seu foco no instituto do abandono afetivo inverso. A propósito, é muito mais habitual na sociedade, a falta de afeto de pais para com seus filhos. Apesar disso, outro fato corrente, mas não com tanta notoriedade, é o abandono afetivo cometidos por filhos maiores aos pais, o que têm-se chamado doutrinariamente de abandono afetivo inverso.

O trabalho se justifica pela sua relevância social e atualidade, sobretudo neste cenário pandêmico no qual o mundo inteiro enfrenta dificuldades cotidianas voltadas para os relacionamentos familiares. Não seria diferente para a classe dos idosos, definidos pelo Estatuto do Idoso como pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos.

Nesse sentido, o problema cuja solução empenha-se, por meio deste artigo, em encontrar, rodeia a investigação sobre em que medida haverá ou não um dano passível de indenização nos casos de abandono afetivo inverso. Haja vista que o idoso, ao sofrer o abandono afetivo, perde também o seu propósito de envelhecer, sendo desamparado, envelhecendo e adoecendo mais rapidamente.

A Constituição Federal de 1988 traz um deslinde a respeito do dever de ajudar e amparar o idoso em sua velhice nos seus artigos 229 e 230. Sobre a matéria, Sanson destaca, *ipsis litteris*: “ao perder o contato com seus filhos e com a família, em sentido amplo, os idosos são privados da convivência familiar, ou seja, deveres de assistência imaterial que os filhos têm para com seus pais” (SANSON, 2017, p.9). Direito este, assegurado também pela lei 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso).

Em que pese essa ser uma temática multidisciplinar, apenas serão levados em consideração os desdobramentos jurídicos. Explique-se: por mais que algumas áreas das ciências naturais e a psicologia também tenham o condão de acender o senso crítico, analisando

os fenômenos e processos que melhorem as condições de vida do idoso diante da situação do abandono, o recorte do tema não permite nelas adentrar.

Do exposto, e para uma melhor compreensão, é necessário que se observem algumas etapas de verificação científica. Partiremos do estudo ao Estatuto do Idoso e da CRFB/1988 no tocante ao abandono afetivo inverso. Uma vez que estes dispositivos legais amparam, dentre outros, “alguns dos direitos básicos do Idoso, e os meios processuais para que ele, ou alguém por ele, reivindique, nos órgãos competentes, esses direitos” (SANSON, 2017, p.4).

Desta feita, no capítulo posterior serão investigados os deveres da família para com o idoso. Haja vista não apenas o múnus moral de cuidado inerente aos filhos para com seus pais idosos, mas também a obrigação legal disposta no art. 98 do Estatuto do Idoso. Essas são prerrogativas do poder familiar que, quando exercido desacertadamente, causam na grande maioria das vezes, o sentimento de perda da dignidade humana, princípio amplamente tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Já no último capítulo, aborda-se a relação jurídica entre a responsabilidade civil e o abandono afetivo perpetrado contra o idoso. Se por um lado os idosos são considerados grupos vulneráveis, devido à sua fragilidade quando comparado com a classe adulta, sendo, por esse motivo, possível atribuir o dever de pagamento de indenização. Em outro prisma, a indenização por abandono imaterial seria inútil ao idoso, pois não proporcionaria para ele uma aproximação familiar justamente por não inexistir afeto.

O método utilizado para que se obtenha a melhor resposta ao problema será o dedutivo. Na condução do estudo, utiliza-se da revisão de literatura em pesquisa qualitativa e quantitativa de jurisprudências, legislação e doutrinas bem referenciadas nacional e internacionalmente.

2. O ESTATUTO DO IDOSO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 COMO INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO AO ABANDONO AFETIVO INVERSO

O prematuro século XXI está sendo marcado por polêmicos e necessários debates de cunho social. Alguns mais complexos que outros, porém, todos igualmente importantes. Nesse contexto, uma pauta em especial tem sido pouco tratada. Trata-se da chegada da senioridade, usualmente chamada de velhice, fenômeno absolutamente natural e cada vez mais comum entre os brasileiros.

Esse processo de envelhecimento ocasiona algumas limitações para o grupo dos idosos.

Por esta razão, com o intuito de promover a devida inclusão social e assegurar direitos de cidadãos desse grupo considerado minoritário, a Constituição vigente no Brasil, conjuntamente com outros dispositivos legais, em especial o Estatuto do Idoso, tem promovido proteção e tutela especial aos idosos. Nesse sentido, Viegas e Barros, explanaram sobre o tema:

A Constituição da República de 1988 obteve um papel de destaque para as transformações do Direito de Família, que deixa de ser um instituto submetido às vontades impostas pelo Estado e por uma tradição patriarcalista, passando os seus componentes a gozarem de suas individualidades e outros direitos essenciais. Nesse contexto, o idoso recebeu status de cidadão, contemplado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, inciso III, da CF/88, recebendo amparo específico, nos artigos 229 e 230 da Carta Maior. [...] Não se trata, portanto, de mera faculdade atentar-se para as necessidades do idoso, mas sim um dever que a família, a sociedade e o Estado estão destinados a cumprir, sob pena de responder civilmente pela omissão. (VIEGAS; BARROS, 2016, p. 8-9)

De acordo com uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), estima-se que em 2039 o número de idosos com mais de 65 anos superará o de crianças de até 14 anos, o que irá acelerar a trajetória de envelhecimento da população²¹.

Nesse diapasão, nada mais justo do que o fornecimento de amparo jurídico para esse grupo de pessoas. Haja vista que, como dito por Viegas e Barros (2016, p.8) “é especialmente nessa fase da vida que se faz necessário o amparo familiar e o respeito das garantias impostas pela legislação.”

Diante de alguns descasos padecidos pelos idosos, tanto o direito como o Estado, passaram a salvaguardá-los, na forma da lei. A vigência de dispositivos direcionados a esta parcela da população no ordenamento jurídico, fez-se indispensável. Atualmente constam na CRFB/1988, no Código Civil Brasileiro (CCB) e nas leis específicas - Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), Lei nº 8.842/1994 (Política Nacional do Idoso) e por fim, não menos importante, a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/1993).

Tendo em vista a constitucionalização de todos os dispositivos legais, tanto recepcionados como criados a partir da atual Constituição brasileira, analisaremos, de agora em

²¹ Essas informações podem ser acessadas integralmente no portal G1. A matéria foi elaborada por Darlan Alvarenga e Carlos Brito e divulgada no portal de notícias em 27 de julho de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060-aponta-ibge.ghtml>

diante, os trechos inerentes à referida Carta Magna. Iniciando pelos artigos 229 e 230 transcritos nas próximas linhas.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

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

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

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (BRASIL, 1988).

O caput do artigo 229 é uma norma constitucional de eficácia limitada. Isso significa que ela necessita de intervenção legislativa para incidir sobre a matéria tutelada. Nas palavras de Cunha Júnior (2019, p.156) “[...] o constituinte, por qualquer motivo, não lhes emprestou normatividade suficiente para isso”.

Nesse sentido, a interpretação destes artigos, tanto o art. 229 como o art. 230, com destaque para o 229, expressam de maneira cristalina o intuito do legislador em revestir de juridicidade o dever de amparar os idosos nos seus momentos de carência. Deveres esses que transcendem os limites morais, tornando possível observar a própria essência do princípio da solidariedade familiar como meio de combate ao abandono afetivo inverso.

As normas registradas no Estatuto do Idoso dispõem de diversos direitos direcionados às pessoas com mais de sessenta anos. Dentre eles, merece destaque especial o artigo 8º do Estatuto do Idoso, que preleciona: “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente” (BRASIL, 2003). Deveras, envelhecer é algo intimamente ligado ao direito à vida, uma vez que é do nascimento com vida que tem início o processo de envelhecimento, dia após dia.

Outro dispositivo do supramencionado Estatuto que possui uma redação importante é o § 3º, do artigo 10, senão vejamos: “é dever de todos **zelar pela dignidade do idoso**, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL, 2003, grifo nosso). Neste ponto particularmente, cabe uma importante ressalva devido a colossal abrangência que possui a palavra ‘dignidade’. É válido

frisar sua associação a autonomia da vontade, a não coisificação do ser humano e a integridade psicossocial.

Um pouco a frente, no artigo 43, incisos I e II, observa-se mais uma disposição legal relevante. Meios de resguardar o idoso daquele que lhe cause mal ou de situação perigosa para os direitos previstos no Estatuto. Vejamos a dicção legal:

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II- por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; (BRASIL, 2003).

É notável que após a CFRB/1988 o idoso passou a ser tratado, ainda que de maneira embrionária, com um pouco mais de protagonismo, tanto que foi necessário a criação do Estatuto do Idoso para integrar a previsão constitucional e garantir uma ampla gama de direitos.

Ainda assim, mesmo com todo avanço proporcionado pelo Estatuto do Idoso, é importante ressaltar que, por si só, não conseguirá eliminar imediatamente todos os tipos de abusos, violência e omissão perpetrados contra as pessoas da terceira idade. Prova disso são os casos de abandono afetivo inverso que vem acontecendo até hoje, após dezoito anos de existência da lei 10.741 de 2003. O Estatuto mostra-se como um instrumento a mais, direcionado à preservação e a construção de um espaço mais digno e adequado para as necessidades do público a quem se dirige.

Assim, para encaminhar a uma conclusão o primeiro capítulo, premente salientar que a previsão constitucional e infraconstitucional da dignidade humana e da afetividade, dentre outros princípios, refletem o ponta pé inicial para concretização de uma vida mais digna ao idoso. Passando a surgir ausência desses princípios é o momento de incidência do abandono afetivo ou material em prejuízo ao idoso, com possibilidade de ensejar direito de indenização.

3. DOS DEVERES DOS FILHOS MAIORES PARA COM SEUS PAIS IDOSOS

É público e notório na sociedade brasileira que o dever de cuidado para com os idosos sempre produziram acaloradas discussões, sobretudo da perspectiva de uma responsabilidade acerca de suas necessidades frequentes do dia a dia. Existe, de um lado, o ponto de vista do

idoso com todas as suas demandas, sejam elas materiais ou imateriais, do outro, as expectativas, planos, dinâmicas e organização das famílias pós-modernas.

A definição de família, constantemente modificada, traz em sua essência a ideia de grupo de pessoas unidas por laços consanguíneos ou afinidade que são a base de qualquer sociedade. Sobre a matéria em destaque, Gonçalves (2010, p. 17) aduz: “Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.”

Em qualquer etapa da vida humana, a família desenvolve uma relevante função para os seus membros, mesmo que apresentem alguns problemas, em especial aqueles voltados para a dificuldade de receber e entender o envelhecimento de um membro. Dificultando, conseqüentemente, o relacionamento familiar.

3.1 ABANDONO AFETIVO INVERSO

Antes de adentrar ao abandono afetivo inverso é necessário ter conhecimento do que poderia ser o abandono. Nas palavras de Viegas e Barros, (2016, p. 15): “No campo jurídico, o abandono se dá quando alguém se abstém de forma negligencial em relação a uma pessoa ou a um bem em determinada situação, causando conseqüências jurídicas.”

Será considerado abandono material quando o idoso tem restringido o acesso a coisas básicas para sua vida digna, seja alimentação, roupas, medicação ou outros itens de igual importância, a depender de cada situação. Condutas como essas, além de contrariar dispositivos legais, ainda comprometem a expectativa de vida do idoso.

O abandono material, nesse sentido, é caracterizado pela omissão sem justificativa em prestar assistência familiar. De maneira mais simplificada, é quando o responsável pelo sustento de alguém, deixa de colaborar para a subsistência material, neste caso, do idoso. Não lhe proporcionando o essencial para uma vida digna.

Em outro ângulo, temos o chamado abandono imaterial. Amparado juridicamente ao dever obrigacional de prestar ou cumprir obrigações fundadas na convivência familiar, solidariedade familiar e amparo ao idoso. Dessa forma, Silva traz um importante esclarecimento acerca do tema:

[...] o conviver que é basicamente afetivo enriquecido com uma convivência mútua alimenta o corpo, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar. É nesse momento que existem divergências doutrinárias acerca do assunto. Juridicamente, existem obrigações imateriais dos filhos para com os pais idosos, como convivência familiar e amparo. Porém, vários doutrinadores afirmam que não há como realizar essas obrigações de filiais, se não existe afeto. (SILVA, 2000, p. 123)

Essa modalidade de abandono é veementemente combatida tanto pela Constituição brasileira atual, no já mencionado art. 229, quanto pelo próprio Estatuto, nos artigos 4º, 98 e seguintes, senão vejamos:

Art. 4º: Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

[...]

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. (BRASIL, 2003)

Por sua vez, o abandono afetivo, seja ele material ou imaterial, quando cometido de maneira inversa, se evidencia pela falta de cuidado dos filhos maiores para com os seus pais. Em palavras mais simplificadas, trata-se da falta de afeto às avessas na relação de parentalidade.

3.2 ABANDONO E INSTITUCIONALIZAÇÃO

A legislação brasileira prevê proteção e amparo à população idosa, seja ela oferecida pelo Estado, pela sociedade ou, preferencialmente, pela família. O idoso deve gozar de participação na comunidade, saúde, dignidade e mais uma vasta gama de direitos. Como a lei prioriza o atendimento realizado pela própria família, caso não exista possibilidade da assistência familiar, surge a figura da assistência oferecida pelas casas de longa permanência ou asilos.

Cabe, neste ponto, uma ressalva muito importante. O simples fato de optar pela assistência asilar, não caracteriza o abandono. A depender da situação, os filhos e a família não conseguem cumprir com afinco a responsabilidade de cuidar de um idoso. O que não quer dizer que estejam cometendo abandono ao procurar assistência especializada. Nesse sentido, cabe a análise da explanação de Medeiros:

Em muitas situações, o abandono/asilamento é reflexo da perda de afetos, representada pela perda do companheiro, de filhos, familiares e amigos. A condição de abandono também pode estar relacionada a situações de fragilidade em que o idoso com incapacidade funcional é gradativamente isolado do circuito familiar, aumentando seu sentimento de dependência pelos limites impostos pela incapacidade. (MEDEIROS, 2012, p. 7).

Conforme podemos observar, o abandono do idoso está relacionado com a perda da importância de sua história, com o afastamento de sua família e com o esquecimento de características particulares de cada ser humano perante todas as relações interpessoais criadas durante o percurso da vida. Nesse momento, em virtude de inúmeras fragilidades físicas e psicológicas, o sentimento de solidão e tristeza acometem os membros da terceira idade, ocasionando, de fato, o abandono.

Esse sofrimento impede o indivíduo de viver e conviver plenamente e de permanecer inserido na família, no grupo e na cultura. O estar indefeso, a falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social e de interesse com a própria vida (HERÉDIA; CORTELLETTI; CASARA, apud MEDEIROS, 2012, pgs. 7-8).

Há quem defenda a ideia de que transferir o idoso de sua residência habitual para instituições de longa permanência seja extremamente prejudicial, causando danos graves, alguns até irreversíveis. É o que defende a Alves, Moura e Silva:

Fatores como limitações físicas, dependência funcional verificado nos idosos residentes em ILPI, associam-se ao isolamento e à negação da percepção de um ambiente que pode não lhes ser agradável, afetando profundamente seus sentimentos, contribuindo para o desenvolvimento de doenças não apenas físicas como também psicológicas (ALVES; MOURA; SILVA, 2017, p. 1)

Por outro lado, existem também quem ache um ato de cuidado e demonstração de carinho quando filhos impossibilitados de zelar pelo bem estar de seus pais, optam pela institucionalização desse idoso sem que configure abandono. Indo visitá-los com frequência, acompanhando suas rotinas e prezando pela manutenção do laço afetivo.

Ao dar significado à sua própria vida, os idosos estabelecem um modelo de caráter prático que corresponde àquele vivenciado em seu momento atual, em que estão presentes a alegria, o contentamento e a serenidade, dando um sentido positivo à institucionalização. Um fato que torna a ILPI um local bom para morar é a relação que se desenvolve com os profissionais que nela trabalham e a convivência com os outros idosos. (OLIVEIRA, 2014, sem número de páginas)

Com isso, pode-se afirmar que os filhos, têm o dever de cuidar, proteger e zelar de seus pais durante a velhice, suprindo necessidades materiais e imateriais. O Estado e a sociedade concorrem para este fim, sendo prioritariamente dever dos filhos maiores exercer assistência aos seus progenitores nos termos da lei

4. RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO INVERSO

Conforme já apontado, o dever dos filhos maiores em relação aos pais na velhice tem ampla tutela legal, não se limitando apenas ao Estatuto do Idoso. Ainda assim, o debate, seja ele político ou exclusivamente jurídico, acerca da vulnerabilidade desse grupo de pessoas, tem gerado diversas discussões ao longo do tempo. Entretanto, no íntimo dessa problemática, resta o questionamento: afinal, quais as consequências jurídicas produzidas pelo abandono afetivo inverso?

De antemão, para um entendimento mais nítido, partiremos de dois conceitos essenciais, quais sejam: responsabilidade e vulneráveis. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.47): “responsabilidade, para o direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada de um dever jurídico sucessivo de assumir as consequências de um fato”.

Já os vulneráveis, nas palavras de Sanson (2017, p. 8): “[...] são aqueles em que a legislação, assim os considerando, destina maior amparo jurídico com o intuito de tentar equilibrar as suas relações com a sociedade.” Desta maneira, assim como adolescentes e crianças necessitam de cuidados especiais e amparo legal específico, também precisam os idosos de maior defesa dos seus direitos.

Embora o dever de cuidado dos filhos para com seus pais possuam tutela jurídica específica, existe uma incumbência de cunho moral determinada pelos laços afetivos e familiares. Todavia, muitos progenitores acima de sessenta anos sofrem por abandono, em sentido amplo, sem a mínima satisfação de suas necessidades básicas.

É importante deixar claro que, de acordo com boa parte da doutrina, especialmente a de Wilson Melo da Silva, a falta de amor não é ilícito, uma vez que ninguém é obrigado a amar o outro. Não obstante, a partir de quando os filhos maiores deixam de cumprir a obrigação, seja ela material ou imaterial, estabelecida pela lei, surge o ato ilícito.

As obrigações jurídicas imateriais, quando não cumpridas, geram incalculáveis danos emocionais. Devido ao grau de subjetividade, apenas os idosos que sofreram o abandono podem traduzir em palavras o sofrimento vivenciado. Toda essa situação representa afronta direta à dignidade humana, considerada parâmetro e princípio a ser observado por todo ordenamento jurídico brasileiro.

Uma outra observação relevante para ser trazida, é o fato de que a indenização devida em casos de abandono afetivo inverso não tem como objetivo forçar os filhos a amarem seus pais, antes, apresentam um caráter sancionatório. Nesse sentido aduz Sanson:

Assim, o filho que deixar de amparar seus pais na velhice, deixará de cumprir uma obrigação imaterial, cometendo assim, um ato ilícito, podendo gerar danos de ordem moral. Entretanto, essa indenização, não tem como finalidade obrigar os filhos a amarem seus pais, mas sim apresentar um caráter punitivo, compensatório e pedagógico. [...] O caráter punitivo tem como objetivo punir o filho por abandono imaterial ao seu pai idoso, desobedecendo, assim, uma obrigação jurídica e gerando um dano moral. O caráter compensatório tem como finalidade compensar os pais por terem sido privados da convivência com a família e de serem amparados em um momento tão frágil de sua vida, e assim cobrir os custos dos respectivos tratamentos de saúde. Além disso, o caráter pedagógico seria no sentido de prevenir outros comportamentos semelhantes. (SANSON, 2017, p.10)

Apesar de ser a expressão “indenização” tradicionalmente utilizada por parte da doutrina e jurisprudência, o rigor técnico nos obriga a reconhecer a inadequação deste termo. Percebe-se que a noção de indenização está intrinsecamente relacionada com a restituição dos prejuízos de maneira a eliminá-los. O que, obviamente, não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial ou moral. A denominação mais adequada seria, neste caso, reparação. O dinheiro pago desempenharia função compensatória pelo dano sofrido.

Nesse sentido, o dever de reparar proveniente do abandono afetivo inverso parte do pressuposto da existência de um dano concreto à personalidade do indivíduo, do nexo de causalidade e da culpa existente entre a ação dos filhos maiores e o resultado danoso causado aos pais. Vejamos algumas disposições legais no Código Civil que abordam o tema:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Conforme depreende-se da legislação civil, a conduta, seja ela comissiva ou omissiva, que violar direito alheio deve ser reparada. Frise-se! Ainda que seja exclusivamente de ordem moral. É exatamente com base nos artigos retromencionados, que doutrina e jurisprudência passaram a enxergar a possibilidade de reparação dos danos morais por abandono afetivo inverso. Entendendo tal prática como contraventora dos princípios da solidariedade familiar e afetividade.

Seja qual for a situação intitulada como abandono afetivo inverso, se faz mister analisar cada caso em particular, averiguando se houve ou não um dano passível de reparação. Uma vez que a honra quando violada, jamais será restituída ao *status quo ante*.

Ao analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, torna-se possível perceber uma dúvida corrente de pensamento. A primeira e majoritária defende que existe dever jurídico de prestar o auxílio imaterial, em respeito aos preceitos constitucionais, os princípios gerais do direito e específicos do direito de família. É o caso dos escritos de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³².

A segunda vertente considera não ser possível haver reparação pecuniária por abandono afetivo inverso. Um exemplo é o que defende Wilson de Melo Silva quando afirma que ninguém

³² Veja-se como exemplo desse tipo de abordagem da autora, o artigo intitulado: “Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material”. Disponível no site do IBDFAM : Instituto Brasileiro de Direito de Família, através do link: <https://ibdfam.org.br/>.

está obrigado a amar ninguém. Sendo o afeto, o carinho e o amor sentimentos que devem ser construídos e conquistados paulatinamente.

Os Tribunais do Brasil, no que se refere à responsabilidade civil pelo abandono afetivo, vem aos poucos direcionando tanto os seus preceitos quanto os seus fundamentos em decisões, dando mais importância ao afeto assim como aos vínculos familiares. Foi exatamente nesse sentido que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal⁴³, amparado nos artigos 229 e 230 da CFRB/88 e no princípio da efetividade máxima das normas constitucionais, concedeu a segurança para permitir a redução da remuneração e carga horária de um filho único para cuidar de seu pai, já idoso e doente.

Conforme visto, existem discordâncias sobre o assunto, por esses e outros motivos, ele tem sido objeto de muitos debates. Ademais, existe um ponto de interseção entre todos esses posicionamentos doutrinários e jurisprudências, qual seja: o cuidado familiar merece atenção jurídica, tanto que casos de omissões podem gerar uma obrigação com intuito de reparar o dano causado, seja quem for o lesado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O interesse pelo assunto abordado nesse artigo se deu pelos recorrentes casos de abandono afetivo cometido pelos filhos maiores aos pais idosos. Existe um número grande de pessoas na terceira idade sofrendo pelo abandono em asilos ou nas suas próprias casas, sem atenção, cuidado ou qualquer outra demonstração afetuosa, gerando consequência de ordem moral e jurídica muitas vezes irreparáveis.

Pode-se verificar que, após a promulgação da Constituição brasileira de 1988, os idosos passaram a ter um pouco mais de visibilidade e tutela legal, prova disso foi a instituição do Estatuto do Idoso para regulamentar, integrar e garantir ainda mais a gama de direitos inerentes ao grupo para o qual se destina. Mesmo assim, com todo avanço, ainda há o que ser aprimorado.

Neste contexto, o instituto do abandono afetivo inverso, tem gerado entusiasmados debates, em especial, sobre a perspectiva da responsabilidade civil do filho quando o dever moral de afeto e cuidado pode se tornar dever jurídico. Daí surgem os problemas e conflitos,

⁴³ Esta foi a essência da ementa do acórdão (AC) 20050110076865 do TJDF, que teve como relator o desembargador João Egmont, julgado em 08/11/2006, 5ª Turma Cível e publicado no DJU em 26/04/2007, pág.: 104.

que, conforme vimos, a depender das circunstâncias de cada caso individualmente, podem ensejar direito à reparação dos danos morais ou materiais causados.

Assim, diante de investigação de doutrinas especializadas e jurisprudências, notou-se que, de fato existe o dever da prole de amparar os pais idosos durante a velhice, em amplo aspecto. Este amparo tem fundamentação principiológica e legislativa almejando um envelhecimento saudável, com dignidade, liberdade e afeto.

Por meio da responsabilidade civil, qualquer idoso que se sentir desamparado pelos filhos, material ou imaterialmente, tem a possibilidade de exigir seus direitos por meio de ação indenizatória que, conforme esclarecido no escrito, possui caráter punitivo, compensatório e pedagógico.

Assim, não é compreensível qualquer violação aos direitos do idoso, de maneira que, caso ocorra comprovadamente, em especial na modalidade do abandono afetivo inverso, nada obsta a busca pela reparação. Tudo com base na conservação dos direitos dos idosos.

6 REFERÊNCIAS

BARROS, Bruna Guzzatti de. **ABANDONO AFETIVO DE PAIS IDOSOS: POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO.**

2013. 73f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, SC, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/100270/Monografia%20Bruna%20Guzzatti%20de%20Barros.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994.** Dispõe sobre a Política Nacional, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1994/L88842compilada.htm. Acesso em 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro de 2002.** Brasília, 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10046compilada.htm. Acesso em 15 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10741compilada.htm. Acesso em 15 abr. 2021.

CARVALHO, Ana Carla Magalhães de. **RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO INVERSO**. 2018. 37f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/27744/1/Monografia.%20Responsabilidade%20civil%20pelo%20abandono%20afetivo%20inverso.Ana%20%281%29.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DA SILVA ALVES, Eduarda Michaelle; DE MOURA, Karina Santos; DA SILVA, Lucas Kayzan Barbosa. **OLHAR SOBRE A SAÚDE MENTAL DO IDOSO INSTITUCIONALIZADO: RELATO DE EXPERIÊNCIA DE VISITAS OBSERVACIONAIS DE ACADÊMICOS DE TERAPIA OCUPACIONAL**. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/cieh/2017/TRABALHO_EV075_MD4_SA14_ID869_23102017195420.pdf. Acesso em 15 mai. 2021.

DA SILVA, CAMILA VALERIA. ABANDONO AFETIVO INVERSO: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS. **Interfaces Científicas-Direito**, v. 6, n. 2, p. 19-34, 2018. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/4948>. Acesso em 19 mai. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos—além da obrigação legal de caráter material. **Repertório de Jurisprudência IOB**, v. 3, n. 18, p. 1-29, 2006. Disponível em: https://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/os_contornos_juridicos_da_responsabilidade_afetiva.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

LEITE, Glauber Salomão; SILVA, Camila Valéria da. ABANDONO AFETIVO INVERSO: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS. **Interfaces Científicas**, v.6, n. 2, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Interf-Dir_v.06_n.2.03.pdf. Acesso em 20 mai. 2021.

MEDEIROS, Paulo. Como estaremos na velhice? Reflexões sobre envelhecimento e dependência, abandono e institucionalização. **Polêm! ca**, v. 11, n. 3, p. 439-453, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/3734>. Acesso em 17 mai. 2021

OLIVEIRA, Janine Melo de; ROZENDO, Célia Alves. Instituição de longa permanência para idosos: um lugar de cuidado para quem não tem opção?. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 67, n. 5, p. 773-779, 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672014000500773&lng=pt&tlng=pt. Acesso em 15 mai. 2021.

OLIVEIRA, Roberto Bascherotto. Responsabilidade civil no abandono afetivo inverso. **Direito-Braço do Norte**, 2018. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/27744/1/Monografia.%20Resposta bilidade%20civil%20pelo%20abandono%20afetivo%20inverso.Ana%20%281%29.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/27744/1/Monografia.%20Resposta%20civil%20pelo%20abandono%20afetivo%20inverso.Ana%20%281%29.pdf). Acesso em: 17 abr. 2021.

RABELO, Hallana Franciely Costa. **ABANDONO AFETIVO: O DEVER DOS FILHOS INDENIZAR OS PAIS POR DANO MORAL**. 2018. 71f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://www.bdm.unb.br/bitstream/10483/21956/1/2018_HalannaFrancielyCostaRabelo_tcc.pdf. Acesso em: 17 mai. 2021.

SANSON, Leandro Carvalho. O INSTITUTO DO ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL E AS SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS. **Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16917>. Acesso em 16 abr. 2021.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano Moral e sua Reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS**, v. 11, n. 3, 2016. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610>. Acesso em 17 abr. 2021.

POSSE DE DIREITOS:

UM OLHAR CRÍTICO SOBRE OS DEBATES-CHAVES PREGRESSOS DO INSTITUTO (IM)POSSÍVEL

Caio Pryl Ocke¹

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo principal analisar um provável conceito do instituto da posse de direitos, sua importância e possibilidade/impossibilidade. Para isso, foram escolhidos três momentos-chaves de debates sobre este instituto: a discussão teórica de Savigny e Ihering sobre o tema no contexto alemão, o debate de Rui Barbosa com os negadores da tese na época do nascedouro da Primeira República brasileira em momento anterior à primeira codificação civil e, ao fim, às polêmicas sobre a possibilidade ou não do instituto e até o sentido das palavras da legislação, em especial os parágrafos únicos sobre posse presentes no art. 520 e no art. 524 do Código Civil de 1916 até o fim de sua vigência. Ao fim do trabalho, concluímos que o conceito da posse de direitos, apesar de ser deveras complicado, teve grande importância histórica e foi considerado possível por um longo período, sendo utilizado para defesa de direitos que originalmente não seriam defendidos e fazendo nascer institutos jurídicos atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Posse; Posse de direitos; Rudolf von Ihering; Rui Barbosa; Direitos reais.

ABSTRACT: The main purpose of this paper is to analyze a probable concept of the institute of possession of rights, its importance and possibility/impossibility. For this, three key moments of debates about this institute were chosen: the theoretical discussion of Savigny and Ihering on the subject in the German context, the debate of Rui Barbosa with the thesis deniers at the time of the birth of the First Brazilian Republic at an earlier time to the first civil codification and, at the end, the controversies about the possibility or not of the institute and even the meaning of the words of the legislation, in particular the unique paragraphs on possession present in art. 520 and in art. 524 of the Civil Code of 1916 until the end of its validity. At the end of the work, we concluded that the concept of the possession of rights, despite being very complicated, had great historical importance and was considered possible for a long period, being used to defend rights that originally would not be defended and giving rise to current legal institutes.

KEY-WORDS: Possession; Possession of rights; Rudolf von Ihering; Rui Barbosa; Rights in real estate.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Exterioridade como condição à posse na teoria de Ihering: posse de direitos como expectativa de direitos e decisão provisória?; 3 Rui Barbosa

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Teoria e Filosofia do Direito pela PUC-MG. E-mail: caioptylocke@gmail.com

e a quebra do desenvolvimento histórico do conceito: posse de direitos como qualquer direito?; 4 A discussão sobre a posse de direitos nos parágrafos únicos do art. 520 e do art. 524 do Código Civil de 1916; 4.1 Parágrafo único do art. 520: posse de direitos como possibilidade legal?; 4.2 Os interditos possessórios da propriedade artística: posse de direitos como dilema da propriedade dos direitos autorais?; 5 Considerações finais ou existe, é possível ou importante a posse de direitos?; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A posse de direitos sempre foi tema de polêmica junto às discussões de teorias da posse. Alguns autores a tratam como total impossibilidade, enquanto outros debatem seus limites e amplitudes. De toda maneira, apesar das polêmicas de sua possibilidade, tem-se notado certa injustiça por parte de doutrinadores modernos em tratar rasamente tal tipo de posse com certa superficialidade ou então total impossibilidade, sem, ao menos, aprofundar-se nos debates históricos do conceito e suas diversas transformações ao longo do tempo.

Este trabalho tem exatamente esta função: resgatar o que foi debatido ao entorno da posse de direitos em momentos-chaves de forma a, se possível, esboçar um conceito de posse de direitos e realçar sua possibilidade/impossibilidade e importância ao longo de tais momentos. Foram escolhidos três momentos a permear este trabalho, que acabaram por culminar também numa divisão de três partes: (a) discussão teórica de Savigny e Ihering sobre o tema no contexto alemão; (b) o debate de Rui Barbosa com os negadores da tese na época do nascedouro da Primeira República brasileira em momento anterior a primeira codificação civil; e (c) as polêmicas sobre a possibilidade ou não do instituto e até o sentido das palavras da legislação, em especial os parágrafos únicos sobre posse presentes no art. 520 e no art. 524 do Código Civil de 1916 até o fim de sua vigência. Não se optou pelo debate em torno da codificação de 2002, pois, como se verá já na codificação anterior, no momento imediatamente anterior à sua vigência, o debate encontrava-se minguante, sem quase nenhuma expressão na comunidade jurídica, ao passo que, com a mudança do código, tornou-se completamente obsoleto, não

justificando a abertura de novo tópico neste trabalho para expor um diálogo que não mais existia.

2. EXTERIORIDADE COMO CONDIÇÃO À POSSE NA TEORIA DE IHERING: POSSE DE DIREITOS COMO EXPECTATIVA DE DIREITOS E DECISÃO PROVISÓRIA?

Apesar das diversas conceituações que foram sendo construídas sobre a posse ao longo dos estudos seculares (em especial no direito romano²), é na teoria de Ihering que se encontra a maior lapidação e esmero para definir com precisão o que seria então a posse.

Para compreender seu conceito, há que se retornar ao seu antecessor, Savigny, que, lente da conhecida Escola Histórica do Direito (BOBBIO, 1995a), estabeleceu duas condições essenciais à posse: *animus domini* e o *corpus*. Por *animus domini* ele entende como a vontade ou intenção do sujeito de ter a coisa tal como se sua fosse, enquanto que por *corpus* seria a capacidade física de ter a coisa como sua – o efetivo contato. Sendo assim, tendo estes dois elementos, o direito lhe garantiria proteção suficiente contra qualquer invasor, desde que sua proteção legal fosse maior que a dele, o que, por vezes, não seria o caso, tal como quando se litiga em face do real proprietário. Tal teoria teve duas grandes críticas: a questão da transferência provisória da posse (credores pignoratícios, locatários e demais casos) e os bens de impossível contato físico constante. Em vistas de solucionar a primeira questão, Savigny foi superficial, alegando que seria possível a transferência de posse para um terceiro que a exerceria sem *animus domini*, porém ela deveria estar prevista em lei (MIRANDA, 2003); além disso, o detentor da posse não poderia defendê-la de invasores, devendo recorrer ao verdadeiro possuidor para tanto (GOMES, 2001). No tocante à posse de terras e de outros bens que podem ser deixados sem o contato físico permanente – já que, apesar do *animus* poder estar sempre presente, o *corpus* é impossível de se manter constante –, Savigny defende que a lesão quanto

² Há que se realizar uma necessária ressalva a este trabalho: não haverá preocupação da análise e precisão de como a posse e suas peculiaridades eram tratadas no direito romano, pois tal tarefa é impossível. Isto decorre do fato de que muitos estudiosos do direito romano, ainda dentro do período da Roma antiga, estudaram conceitos e institutos discutidos séculos antes, o que comprometeu a solidez dos conceitos e deu vazão a uma vagueza desproporcional, levando o direito romano a ser aplicável em qualquer sociedade exatamente por esta questão, sua vagueza (HESPANHA, 2012). Com o instituto da posse não foi diferente; antes de Savigny já existiam mais de 70 teorias diferentes para explicar a posse naquele direito (GOMES, 2001), o que demonstra a dificuldade de conceituação e a impossibilidade de se fazê-lo neste trabalho. Assim, o que será feito é uma análise das interpretações dos estudiosos do direito romano, os quais criaram conceitos e conclusões muito próprias e suas.

ao *corpus* apenas ocorre quando o possuidor toma conhecimento de que existe um terceiro buscando cessar-lhe a posse (POSNER, 2000). Ora, podemos resumir tal teoria da posse como uma teoria de Savigny, mas também um resumo e aperfeiçoamento do que foi a teoria romana da posse.

De outro lado, Rudolf von Ihering via problemas na teoria de seu conterrâneo. Para ele, entender o *animus* como requisito para a constituição da posse restringiria demasiadamente os casos que factualmente ocorrem e que ainda assim se constituem como posse. O que importa, diz o alemão, é a exterioridade, o uso da coisa tal como se dono aparentasse ser, a manifestação real da vontade de dono (IHERING, 2005). Além disso, o *corpus*, definido anteriormente como requisito para posse, também é descabido, pois existem certos objetos que não podem ser mantidos sempre ao lado do possuidor (os animais, as plantas e outros bens móveis/semoventes), mas, a despeito disto, ele os possui. Com isso, não é o contato físico ou as amarras do corpo que garantem a posse, mas sim, mais uma vez, a exteriorização da coisa tal como sua numa situação normal – é ela que cria o substrato jurídico apto a impedir que a posse seja expropriada por terceiros (IHERING, 2005). Pode-se dizer, portanto, que a teoria unifica o *animus* com o *corpus*.

Para diferenciar situações normais, em que há uma defesa da posse, e as anormais, em que a defesa é dificultada, Ihering nos fornece o exemplo dos lenhadores que cortam seus troncos no alto da montanha e o jogam ao curso do rio para que seus assistentes os peguem na foz. Caso um terceiro da região passe e veja o tronco cortado, entenderá que se trata de um tronco de lenhador, uma situação normal do cotidiano, e caso o pegue será um ladrão; de outro modo, um terceiro que vê uma cadeira ao córrego do rio sem nenhuma pessoa por perto, verá uma situação anormal e provável de objeto abandonado, podendo resgatá-la sem que haja uma defesa jurídica da posse do dono anterior do objeto (IHERING, 2005). Dessa maneira, é seguro dizer que o conceito de posse empregado por Ihering tem uma forte ligação para com a percepção dos terceiros perante a posse do autor.

A evolução dessa teoria, que conseguiu abarcar quase que a totalidade das situações fáticas atinentes à posse, fez com que ela fosse abraçada pelo primeiro Código Civil brasileiro, o de 1916, tendo a melhor conceituação já vista naquela época dentre os demais países ocidentais, pois abstraiu o conceito de *animus* e *corpus* da posse, aderindo, portanto, à teoria de Ihering (MIRANDA, 2003).

Já ao fim de seu livro *Teoria simplificada da posse*, Ihering (2005) trata do tema que é de nosso interesse, a possibilidade da posse de direitos. Para estudiosos da teoria objetiva de Ihering, sua conclusão na possibilidade de tal espécie de posse decorre do levar os fundamentos de sua teoria às últimas consequências (GOMES, 2001). Para Ihering, a posse de direitos seria possível, em primeiro passo, pois o instituto já existiria no direito romano através da posse dos direitos de usufruto, uso, gozo, servidão e superfície (IHERING, 2005). Nesse instituto, pode o possuidor (aquele que exterioriza um mero direito de servidão de passagem, por exemplo) exercê-lo perante terceiros, pois o direito deve sempre garantir a proteção jurídica ao “dono” da exterioridade. O direito romano busca proteger sempre o proprietário do direito, porém, um efeito indesejado e necessário é proteger também aquele que aparenta ter o direito, o possuidor, sob pena de restringir toda a esfera jurídica de proteção ao seu exercício pleno daquele. Não haveria prejuízo ao proprietário, diz o alemão, pois ele é o único autorizado a fazer cessar o exercício provisório do direito por um mero possuidor. Além disso, pouco importa que o direito efetivamente exista, pois da mesma forma que o possuidor da terra adentra ela sem saber a verdadeira natureza da propriedade ou quem seria o seu dono, também o possuidor do direito se apossa da exterioridade sem saber ao certo todos os seus contornos (IHERING, 2005).

Diante de tal lógica, Ihering conclui que, levando ao extremo os fundamentos de sua obra, diante da exterioridade do exercício de um direito, a posse de direitos é uma pretensão de direitos, uma mera expectativa de exercer futuramente um direito pleno ou contemporaneamente uma parcela menor deste (IHERING, 2005). Ele admite ainda que a posse de direitos pode ser derivada do provimento provisório do magistrado que acudir o pleito do possuidor do direito até a decisão final, ensaiando que entende que a posse de direitos é também a concessão provisória do direito por respaldo judicial que lhe garante a legitimidade do uso (IHERING, 2005).

Chega-se a falar que haveria uma má-interpretação do texto de Ihering pelos seus estudiosos, pois ele teria limitado a posse de direitos apenas aos direitos pessoais aferíveis economicamente, obrigacionais, ligados a uma coisa corpórea, ou então estaria ele confundindo a posse com o exercício de todo e qualquer direito, o que realmente possibilitaria haver posse de qualquer direito (GOMES, 2001). Difícil compactuar com tal assertiva – da eventual confusão dos intérpretes de Ihering –, pois o próprio autor utiliza exemplos de quase posse de direitos intangíveis, como, por exemplo, quando diz que:

Respondendo a esta ideia é como, ainda em caso de oposição à validade do matrimônio ou da legitimidade de um filho, se concedia uma ação para proteger a quase posse da qualidade de esposo ou de filho; mais ainda, seguindo esse caminho, o direito aos títulos de nobreza, e até o título de douto, chegaram a ser objeto da quase posse (IHERING, 2005, p. 87-88).

Parece muito mais correto, portanto, acompanhar a observação de Ihering, quando este diz que o importante é a operacionalização do instituto e não o seu nome, o que será discutido adiante.

De toda maneira, em conclusão parcial, pode-se dizer que o aceite completo à teoria objetiva de Ihering – exterioridade como elemento característico da posse – leva, invariavelmente, o estudioso a aceitar a posse de direitos. E, aceitando a posse de direitos, deve entendê-la no aspecto da expectativa de direito e/ou no provimento judicial provisório, independente do nome que seja dado.

3. RUI BARBOSA E A QUEBRA DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO: POSSE DE DIREITOS COMO QUALQUER DIREITO?

No alvorecer da Primeira República brasileira, Rui Barbosa, famoso jurisconsulto à época, promoveu a defesa de diversos professores públicos que foram usurpados em seu direito perante o poder público. Tal postulação judicial foi compilada e conhecida como obra em livro denominada *Posse de direitos pessoais*. Através de tal obra, é possível ver a defesa extrema de Rui Barbosa à posse de direitos pela teoria objetiva de Ihering (GOMES, 2001), mas, principalmente, por outros fatores não explorados pelos juristas da época, como o direito canônico.

O caso concreto analisado com patrocínio de Rui Barbosa tratava de diversos professores (lentes) da Escola Politécnica que haviam sido suspensos por três meses, sem vencimentos, por certas críticas à administração da instituição. Contra o ato, o baiano, fervoroso defensor da possibilidade da posse de direitos pessoais, adentrou com um interdito possessório buscando o “retorno” do direito pessoal que havia sido “retirado” dos professores. Para Barbosa, os dispositivos legais nacionais da época autorizariam o interdito de direitos pessoais com vinculação patrimonial ou não (BARBOSA, 1976). Correia Telles, doutrinador que Barbosa muito estimava, também admitia o uso da posse para quaisquer coisas, patrimoniais ou não, corpóreas ou incorpóreas, incluindo direitos em abstrato (TELLES, 1865). A única restrição ao

interdito seria a aplicação do *jus imperii*, o que se conhece hoje por ato discricionário, pois não haveria como deturpar a esfera de vontade da ordem política do poder público. Todas essas conclusões se confirmariam ainda mais quando Barbosa amoldou sua teoria ao exposto por Ihering, que delimita como condição da posse a exterioridade (IHERING, 2005). Assim, qualquer direito é exteriorizável; logo, qualquer direito é suscetível de posse.

Há uma inspiração clara e confessa no *writ of mandamus* inglês, que, em seu primeiro *leading case* moderno de 1762 (HOWELL, 1985), trata da violação do direito como uma violação da posse do direito (*possession of right*), em que o jurisdicionado busca a corte por ter sido desapossado de um direito que possuía ou deveria legalmente possuir (ENGLAND, 1762), compactuando, de certa forma, com a tese da possibilidade de uma posse de direitos.

A questão então se estendeu ao conceito de coisa previsto nas Ordenações Filipinas³. Os críticos da época se centralizaram na teoria de Savigny, que repele o uso da posse a bens não corpóreos ou direitos. Barbosa se defende de muitos críticos desta teoria ao dizer que a possibilidade de tal posse decorreu não do direito romano, mas sim da sua junção com o direito canônico, profundo influenciador das leis portuguesas, ainda vigentes no Brasil na época da discussão. Enquanto os romanos entendiam a posse gerada através do solo, a Igreja compreendia que a posse deveria ser gerada através da jurisdição da Igreja sobre a área, possibilitando, assim, a posse do direito do dízimo, da aduana e tantos outros direitos (BARBOSA, 1976). Isso ocorria porque o direito canônico criava uma íntima relação entre o cargo/função que a pessoa ocupava e sua ingerência sobre determinada área ou bens (DANTAS, 1979). A influência do direito canônico era tanta que diversos julgamentos portugueses admitiam e concediam pleitos de posse de direitos entre particulares ou entre particulares e o poder público (BARBOSA, 1976). Além disso, o conceito de coisa apenas foi limitado à primeira vez em solo nacional a objetos corpóreos de valor econômico com a proposta de codificação de Teixeira de Freitas (1983); antes disso, todas as demais legislações, especialmente as Ordenações Filipinas (com precedentes judiciais lusitanos), não faziam distinção da coisa entre objetos corpóreos e incorpóreos, inclusive direitos, ao contrário do que buscavam seus críticos, bem como o Código Civil português, que é a continuação lógica das

³ Na passagem mais citada por Rui Barbosa ao longo de seus argumentos, as Ordenações Filipinas diziam que, “(...) se algum se temer de outro, que o queira offender na pessoa, ou lhe queria sem razão ocupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao Juiz que segure à ele as suas cousas do outros, que o quiser offender, a qual segurança que o Juiz dará (...)” (Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 09 abr. 2021).

Ordenações naquele país no século XIX, o qual expressamente previa a possibilidade da posse de direitos⁴ (BARBOSA, 1976).

Admitir que não é possível a posse de direitos é fazer com que se quebre um círculo de progresso que começou no direito romano, perpassando pela sua conjugação com o direito canônico e precedentes lusitanos até desaguar no direito brasileiro, tudo por conta de uma teoria alemã que se tornou famosa por não admitir o instituto, tendo em vista que apreende diretamente do direito romano, ignorando todo e qualquer desenvolvimento promovido ao longo dos anos.

Um dos argumentos mais fortes trazidos por Barbosa para defender seu ponto de vista gira em torno da posse da liberdade, alegada por muitos escravizados para concessão de sua alforria, documentalmente comprovada na jurisprudência da época escravagista (PAES, 2016), que foi utilizada largamente, sem respaldo legal, e aceita por muitos tribunais a ponto de ser um consenso na época imperial (BARBOSA, 1976). Pode-se dizer que, possivelmente – apesar de não termos comprovação documental –, muitos dos doutrinadores brasileiros contrários à tese originavam sua resistência a partir do revés que isso causaria nos tribunais a favor do movimento abolicionista daquela época.

Em que pese as mais variadas críticas à problemática do direito brasileiro daquela época (ANZOÁTEGUI, 1999) e o marginalismo intelectual e jurídico (VIANA, 1999) que Rui Barbosa e tantos outros trouxeram ao direito brasileiro, ainda é possível afirmar que suas contribuições ao debate sobre a posse de direitos demonstram um ponto fora da curva: critica-se a quebra do desenvolvimento do instituto através da máxima adesão ao direito romano, apesar de ainda se basear e prestigiar demasiadamente os autores portugueses, os quais inevitavelmente auxiliaram na construção dogmática brasileira daquele tempo.

Em verdade, analisando o conflito sob a ótica atual, os juristas daquela época, sem qualquer tipo de respaldo legal e contrariamente aos precedentes lusitanos, baseados numa teoria alemã alienígena – que extraiu conceitos diretos do direito romano por questões históricas próprias do local (BOBBIO, 1995a) e foi lida de uma maneira deturpada por muitos (REIS, 2015) –, começam a construir um pensamento limitador de institutos legais construídos historicamente para proteger direitos pessoais ameaçados de lesão. Tal conduta se assemelha muito ao que se vê contemporaneamente com o bacharelismo do ramo jurídico (KOZIMA,

⁴ O Código Civil português, citado por Rui Barbosa, denominava a posse, em seu Art. 474, como a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direito (BARBOSA, 1976). O jurista baiano também traz exemplos de outros códigos com o mesmo dispositivo, como o holandês, o italiano, o francês, o chileno, alguns alemães e o russo.

2006), em que se relega até a coerência mais rudimentar no sentido dworkiniano (DWORKIN, 1999) para dar lugar a uma retórica vazia. Os argumentos de Rui Barbosa não poderiam estar mais corretos; a defesa dos direitos pessoais, ainda não conhecidos como fundamentais, deveria ocorrer de alguma maneira, e o instituto da posse, com a legislação e os precedentes existentes, dava amplitude para sua utilização, o que foi feito na questão da libertação judicial de escravizados. Era a solução possível e viável que, posteriormente, seria superada – de início, pelo *habeas corpus*; depois, pelo mandado de segurança em 1934.

Seguindo o debate promovido por Rui Barbosa na época, concluimos parcialmente que o instituto da posse de direitos foi largamente utilizado nos tribunais portugueses na sua aplicação das Ordenações Filipinas e se derivou do desenvolvimento do direito canônico, que já o aceitava, com os institutos antigos do direito romano, bem como da sua reiterada aplicação nacional para a liberação de escravizados e da inspiração do *writ of mandamus* inglês, que também aceitava a posse de direitos. Muitos juristas brasileiros foram contrários à proposta, pois se encontravam embebidos na teoria de Savigny, derivada diretamente do direito romano, que vinculava a posse ao solo, o que quebra todo o desenvolvimento próprio do instituto. Todavia, Barbosa adere e leva ao extremo a teoria de Ihering, que afasta os dois conceitos principais de Savigny, fazendo com que haja, assim, a posse de todo e qualquer direito.

4. A DISCUSSÃO SOBRE A POSSE DE DIREITOS NOS PARÁGRAFOS ÚNICOS DO ART. 520 E DO ART. 524 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Por mais que o debate realizado por Rui Barbosa e tantos outros tenha sido frutífero a ponto de chegarem a tomar conclusões sólidas sobre a temática, devemos lembrar que ele foi realizado em um momento de pré-codificação. O Brasil ainda se encontrava na vigência das Ordenações Filipinas, o que lhe retirava grande autonomia legislativa para atender às peculiaridades de suas relações jurídicas. Assim, em 1916, é aprovado o primeiro Código Civil brasileiro, que teve a missão de normatizar todas as discussões doutrinárias acerca de vários institutos – dentre eles, a posse.

O código não foi isento de críticas e apontamento de falhas – havia uma demasiada preocupação com o seio familiar, um privatismo doméstico exacerbado, enquanto que outras questões jurídicas foram postas de lado ou regulamentadas ainda nos costumes tradicionais, sem pensar no futuro, tal como a excessiva proteção ao vendedor do bem imóvel. De outro lado,

avançou em outros aspectos, extirpando a complicada legislação portuguesa, já nem mais utilizada na antiga metrópole, e implementou institutos modernos criados poucos anos antes, o que acabou também provocando um deslocamento das suas ideias com a realidade local (GOMES, 2003). A partir desse ponto – a vigência do Código Civil brasileiro –, pode-se entrar na discussão sobre se haveria ou não posse de direitos no novo ordenamento jurídico civil nacional.

Ao contrário do Código Civil português, o brasileiro preferiu conceituar o possuidor ao invés da posse, subdividindo o conceito entre domínio e propriedade⁵. Tal divisão ocorreu por insistência de Rui Barbosa, legislador à época, que conseguiu incluir o termo “ou propriedade”, o que fez com que se criasse uma discussão doutrinária sobre o que significaria domínio, já que ele estaria à parte da propriedade, apesar de serem termos sinônimos no direito romano (RESENDE, 2000). O domínio seria o exercício dos poderes da propriedade da coisa corpórea; a propriedade, num sentido amplo, englobaria outros direitos reais ou pessoais de cunho patrimonial – o que subverteu o conceito de posse do direito clássico romano e permitiu a possibilidade de posse de direitos (DANTAS, 1979).

Vários foram aqueles que apontaram que o código contemplou a teoria objetiva de Ihering (GOMES, 2001), com destaque para a manifestação de Beviláqua (RESENDE, 2000), apesar de que, para afirmarmos tal conclusão, o artigo legal precisaria ser complementado com o seguinte texto: aquele que exerce o domínio/propriedade necessariamente deve estar aparecendo para terceiros como verdadeiro proprietário. Todavia, contrariamente a tal texto, a teoria de Savigny também está presente no código, quando diz que a aquisição da posse ocorre com a apreensão da coisa⁶ – elemento do *corpus* da teoria subjetiva, não presente na objetiva. Assim, parece mais correto afirmar que o código não elencou qualquer uma das teorias, mas sim um complexo e dificultoso misto entre as duas, o que impede que se utilize as teorias em abstrato, especialmente a subjetiva, que nega para afastar a possibilidade de uma posse de direitos no código.

Analisando dogmaticamente o artigo através de uma análise abstrata, isenta de partidos e atenta à coerência do sistema (ATIENZA, 2013), verificamos que ele escolhe a forma de posse possível na legislação quando institui que a posse é o exercício do domínio ou da

⁵ “Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade” (BRASIL, 1916).

⁶ “Art. 493. Adquire-se a posse: I - Pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito (...)” (BRASIL, 1916).

propriedade e, subsequentemente, determina que propriedade é uso e disposição de bens⁷. Recaindo na próxima camada de interpretação, salientamos que não há explicitamente, no código, a determinação de que bens seriam sempre corpóreos. Toda a regulação de bens, porém, traz características corpóreas (imóvel/móvel, fungível/infungível, divisível/indivisível e singular/coletivo); dessa maneira, houve também uma escolha implícita por determinar que bens sempre seriam corpóreos.

Ocorre que, quando menciona as formas de aquisição de posse, o próprio código diz que poderá ocorrer quando da apreensão da coisa ou do exercício do direito; tais palavras foram completamente desvirtuadas por Beviláqua na análise do instituto, forçando, sem motivos, a compreensão para uma posse apenas de bens corpóreos ao dizer que o “direitos” do inciso se trata do direito de posse, no que lemos: “Diz o código, no mesmo inciso I, que a posse do direito se adquire pelo exercício deste; mas o exercício do direito já é a posse. Nada adianta essa indicação da lei” (BEVILÁQUA, 2003, p. 53).

Não parece correto que se interprete illogicamente o artigo para justificar o descarte de suas palavras expressas, ao invés de interpretá-lo da melhor e mais lógica maneira e chegar à conclusão de que a aquisição de posse pelo exercício do direito apenas pode decorrer da posse de direitos. Beviláqua estende seus argumentos à retórica, ao invés da crítica racional, o que não é recomendado em um estudo dogmático (ATIENZA, 2013), possivelmente pela sua vacilação em qual posição adotar (GOMES, 2001). Em outras passagens do código, é possível notar a menção a direitos quando se trata da posse⁸.

Para aumentar a tensão sobre a existência ou não da posse de direitos, dois parágrafos foram introduzidos no código e provocaram discussões que perduraram até o fim de sua vigência. São eles o parágrafo único do art. 520, que fala sobre a perda da posse de direitos, quando impossíveis de exercer ou não exercidos no tempo determinado, e o parágrafo único do art. 524, que regula a propriedade literária, científica e artística, portanto, bens incorpóreos. Ambos quebram a coerência do instituto da posse do sistema do código como um todo, o que precisa ser sanado para restaurar o equilíbrio do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995b).

⁷ “Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua (...)” (BRASIL, 1916).

⁸ Para citamos alguns exemplos elucidativos, o art. 488 – “Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada uma exercer sobre o objeto comum atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros com possuidores” (BRASIL, 1916) – e o art. 490 – “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede da aquisição da coisa, ou do direito possuído” (BRASIL, 1916).

4.1 PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 520: POSSE DE DIREITOS COMO POSSIBILIDADE LEGAL?

A análise dos trabalhos de Beviláqua, principal autor do projeto que levou à constituição do código civil, nos leva à constatação de que ele compreende a posse como sendo sempre de bens corpóreos, pois esta foi a escolha do código (BEVILÁQUA, 2003). Ocorre que, em complementação à aquisição da posse de direitos, também foi introduzido, na disposição sobre a perda da posse, um elemento da posse de direitos – o parágrafo único do art. 520⁹. Sendo assim, iniciou-se um debate doutrinário acerca de qual seria o entendimento correto sobre a frase “perde-se a posse dos direitos”: estaria ela autorizando a posse de direitos e demonstrando como perdê-los ou haveria uma outra interpretação?

Inicialmente, de forma a adentrar na discussão, há que se estabelecer a clássica distinção entre direitos reais e pessoais, pois os autores divergem do que seriam os “direitos” mencionados nos dispositivos. Na teoria clássica, os direitos reais são aqueles que exercem poder sobre uma coisa, e os pessoais são aqueles relativos a uma relação jurídica. Todavia, há direitos reais que não exercem poder sobre coisa alguma, como as garantias e as servidões negativas, e há direitos pessoais que exercem poder sobre alguma coisa, como a locação e o comodato. Assim, a melhor forma de se definir um direito real é aquela em que o legislador diz o que é direito real – o princípio da tipicidade – para, por exclusão, chegarmos aos direitos pessoais ou obrigacionais (GOMES, 2001). Há ainda a discussão pertinente de que o Código Civil de 1916 não promoveu sequer a tipicidade dos direitos reais, pois, pela ótica da vontade do legislador (FERRAZ JÚNIOR, 2013), no manuscrito de Beviláqua encaminhado à apreciação da comissão legislativa, haveria a frase “somente são direitos reais, além da propriedade”, a qual constaria no art. 674 daquele código. Todavia, a redação original acabou sendo “são direitos reais, além da propriedade”, demonstrando que não se pretendia fazer uma restrição aos direitos reais possíveis no ordenamento jurídico (FURTADO, 2020).

Retomando a questão do parágrafo único, percebemos que Beviláqua entende que os direitos mencionados seriam os direitos reais. Na parte em que menciona a posse, a qual seria um exercício do direito de propriedade tal como dito pelo código, haveria uma exceção à posse

⁹ “Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossível exercê-los, ou não se exercendo por tempo, que baste para prescreverem” (BRASIL, 1916).

exclusiva da propriedade, que também poderia ser dos demais direitos reais (BEVILÁQUA, 2003)¹⁰. Todavia, sendo o direito pessoal uma exclusão do direito real, pode haver posse sobre direitos pessoais vinculados a coisas corpóreas (RESENDE, 2000) – apesar das polêmicas e inseguranças que tais construções obrigacionais possam criar (VANZELLA, 2009) –, ou então direitos pessoais que deveriam ser reais, mas a legislação, por escolha, não os elencou a tanto – como, por exemplo, o direito de superfície (GOMES, 2001).

Outro argumento utilizado é o de que não é possível uma posse sobre coisa não corpórea, devendo haver alguma exterioridade do uso (RESENDE, 2000). Ocorre que, na lógica do Código Civil, podem existir direitos reais sobre coisas incorpóreas ou outros direitos. Orlando Gomes afirma que “admite-se que o usufruto e o penhor possam ser objeto de outro direito real” (GOMES, 2001, p. 9), o que recai em um círculo que denota tal possibilidade.

Diante de tantos argumentos e réplicas – afinal, é a controvérsia teórica mais difícil de solucionar (DWORKIN, 1999) –, Orlando Gomes foi sintético ao dizer que não há como afastar dúvidas sobre a possibilidade de uma posse de direitos de cunho patrimonial, pois Ihering teria vinculado a exterioridade à propriedade, que apenas pode ser patrimonial, enquanto que todos os direitos extrapatrimoniais seriam impossíveis de posse por não terem vinculação com a propriedade – do contrário, diz ele, estaríamos falando de propriedade do nome ou propriedade do emprego. A principal justificativa para a busca constante pela possibilidade de direitos pessoais é o alargamento dos interditos possessórios como institutos processuais aptos à defesa dos direitos, especialmente os mais importantes, o que, com o tempo, foi perdendo o sentido, tendo em vista a criação do mandado de segurança (GOMES, 2001).

Anos depois, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda na vigência do Código Civil de 1916, se viu confrontado com a situação atípica de discussões judiciais sobre eventual usucapião de linha telefônica, na época que tal produto era de alta relevância econômica. Dentro do tribunal, houve duas vertentes¹¹: (a) uma que acreditava ser impossível a usucapião por diversos motivos e (b) outra que acreditava ser possível por ser um direito real de uso da linha telefônica¹². Em primeiro ramo teórico, o ministro Eduardo Ribeiro, em voto-vista do julgado

¹⁰ Esse mesmo sentido também é validado por Dantas (1979).

¹¹ Para discutir essa questão jurisprudencial, usamos a compilação promovida pelo próprio tribunal para edição da súmula do caso. Disponível em <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_14_capSumula193.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

¹² Antes, nos cabe fazer a ressalva de um precedente que chegou a ser citado nas discussões. O Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 1978, em momento anterior à Constituição Federal, quando ainda lhe cabia a análise do direito infraconstitucional, decidiu, muito brevemente, em Recurso Extraordinário (RE) nº 86.172, que o direito

Recurso Especial (REsp) nº 24.410, o mais antigo proferido, entendeu que a usucapião seria impossível, pois se tratava de mero uso de linha telefônica por contrato bilateral com a concessionária de telefone, inexistindo posse num direito pessoal contratual. De outro lado, o ministro Dias Trindade, em voto de relatoria de mesmo REsp nº 24.410, concluiu que seria possível a usucapião, pois o uso da linha telefônica é usufruto limitado ou direito real de uso, podendo, portanto, sofrer prescrição (aplicação direta do parágrafo único do art. 520) e ser defendido perante terceiros, bem como ser exercida a posse sobre o direito real, o que consubstancia o caminho à usucapião. Os demais julgados colacionados pelo STJ para justificar a edição da súmula de jurisprudência de nº 193 pouco contribuem ao debate e simplesmente repisam os fundamentos do REsp nº 24.410. Ao fim, foi editada a súmula, que ficou com o seguinte texto: “o direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião”. Assim, apesar de todas as posições doutrinárias contrárias, o STJ, tribunal relevante para a comunidade jurídica no debate infraconstitucional, reconheceu a possibilidade da posse (e usucapião) de um direito real sobre coisa não corpórea, tendo em vista que o enfoque era o direito (de uso) e não o objeto (telefone).

Em conclusão parcial, temos que, apesar de constantemente contrariado pela doutrina especializada da época, o Código Civil de 1916 não criou nenhum impedimento à posse de direitos reais. Do contrário, expôs dispositivos legais que expressamente a autorizam (muitos por influência direta de Rui Barbosa), o que militou pela sua possibilidade legal ao longo dos anos de vigência daquele código e fez com que fosse possível a solução da celeuma da posse do direito de uso de linha telefônica no âmbito do STJ.

4.2 OS INTERDITOS POSSESSÓRIOS DA PROPRIEDADE ARTÍSTICA: POSSE DE DIREITOS COMO DILEMA DA PROPRIEDADE DOS DIREITOS AUTORAIS?

real de uso de linha telefônica pertencia ao assinante. Assim, não cabia à concessionária impedir a alienação de tal direito a terceiros, por ser ela titular apenas do aparelho – naquela época ainda dado em comodato nos contratos de telefonia. Tal julgado, apesar de prévio à discussão no STJ, é produto da zona de autarquia produzida pelos julgadores brasileiros, que não fundamentam explicitamente suas premissas ou as “escondem” no seu íntimo, o que impossibilita uma compreensão total do julgado (RODRIGUEZ, 2013), apesar de ter sido citado por vezes como base de fundamentação pelos ministros do STJ.

Uma outra discussão que permeou todo o Código Civil de 1916 trata da possibilidade ou não do uso de interditos proibitórios – clássico instituto processual de defesa da posse – para tutelar direitos autorais.

Toda a celeuma nasceu da definição legal que o código utilizou para tratar os direitos autorais, os quais seriam uma propriedade como quaisquer outras (parágrafo único do art. 524¹³), mas de natureza móvel (inciso III do art. 48¹⁴). Ocorre que, uma das noções de propriedade é exatamente a possibilidade do esbulho do verdadeiro titular da sua exclusividade sobre o objeto. Assim, quando o código permite que seja considerada propriedade um direito autoral, que não pode ser esbulhado de tal maneira a ponto de impedir o uso exclusivo pelo seu verdadeiro titular, estaria ele desvirtuando o conceito de propriedade definido classicamente pelo direito romano (RESENDE, 2000).

Todavia, a presença da possibilidade no texto legal fez com que fosse muito difícil para a doutrina defender a impossibilidade de uma posse sobre coisas não corpóreas, pois o texto, apesar da imensa crítica, dizia exatamente o contrário (GOMES, 2001). Assim, o direito autoral foi usado como uma exceção à regra de forma a mantê-la coerente (RESENDE, 2000), apesar do suposto erro legislativo (ASCENSÃO, 1997). Havendo a opção legal pela possibilidade da posse de direitos, o STF, em RE nº 14.144 e nº 14.874, ainda antes da vigência das primeiras leis de direitos autorais, decidiu ser possível o uso dos interditos possessórios para a defesa da posse de direitos autorais, pois seriam eles previstos na legislação e admissíveis de posse por se tratarem de direitos reais. Tal entendimento não se deu de forma pacífico e gerou diversos debates na doutrina e jurisprudência, assim como a própria noção de propriedade dos direitos autorais.

Após a promulgação das primeiras leis de direitos autorais, a propriedade artística foi convertida para mero direito autoral que se subdivide em direito moral e patrimonial. Assim, pendeu-se a discussão para o lado daqueles que entendiam ser impossível a propriedade de direito autoral. Com isso, retornou-se à validade ou não do que foi decidido no RE nº 14.144 e nº 14.874.

A discussão permeou os processos judiciais na época, que acabaram desaguando no STJ. O mais antigo REsp sobre a matéria, o de nº 41.813, decidiu que, baseando-se no julgado pelo

¹³ “Art. 524. (...) Parágrafo único. A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do capítulo VI deste título” (BRASIL, 1916).

¹⁴ “Art. 48. Consideram-se móveis para os efeitos legais: (...) III - os direitos de autor” (BRASIL, 1916).

STF anteriormente e nos dispositivos legais existentes no Código Civil, estaria o interdito possessório possibilitado, não havendo novidades. Após ele, os recursos subsequentes divergiram dessa possibilidade, não por não considerarem mais o direito autoral como uma propriedade (pois, em verdade, não houve nenhuma alteração legal substancial para tanto), mas por entender que o direito autoral seria uma propriedade que não comporta esbulho ou usurpação, e sim simples concorrência de usos. A partir deste ponto, foi editada a súmula nº 228 do STJ, que diz que “é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral” (BRASIL, 1999).

O STJ, sem dúvidas, priorizou os comentários da doutrina ao instituto legal da propriedade como estava estipulado no Código Civil – o que não deveria ter sido permitido sem censuras pela comunidade jurídica à época. Até 1998, com a Lei nº 9.610, que revogou diversas disposições legais sobre direitos autorais, o conceito destes como propriedade, passível de proteção de posse, ainda estava plenamente vigente. Portanto, a disposição legal deveria ter sido considerada, apesar de tecnicamente incorreta aos olhos de parcela da doutrina, até sua efetiva revogação tácita/expresa, incompatibilização no caso concreto e/ou declaração de inconstitucionalidade, que são as alternativas possíveis para afastar a disposição expressa de lei. As decisões do STJ que levaram à edição da súmula, todas anteriores à lei de 1998, apesar de caminharem no sentido da doutrina, expõem a arbitrariedade de nossos tribunais em tomar decisões com base em opiniões pessoais ou em fundamentos de autorreferência – o que se chama de zona de autarquia (RODRIGUEZ, 2013) –, desvirtuando o conceito legal de propriedade no direito brasileiro, que, naquela época, necessariamente abarcava bens incorpóreos, tais como os direitos autorais (DANTAS, 1979).

Com isso, em conclusão parcial temos que, na vigência do Código Civil de 1916, apesar da imprecisão técnica do elenco dos direitos autorais como propriedade legal e como bem corpóreo, especialmente por conta da ausência de exclusividade da sua propriedade e impossibilidade de sua usurpação (sendo, em verdade, concorrência), houve uma aceitação por parte da comunidade jurídica em relação à posse de direitos autorais, o que levou a diversas demandas de proteção destes por meio de interditos proibitórios. Sem a mudança legal adequada, o STJ, baseando-se nos comentários contrários à lei de parcela da doutrina, entendeu ser incabível a proteção possessória dos direitos autorais, por eles não se amoldarem ao conceito de propriedade da doutrina, apesar de autorização legal, o que levou à solidificação de entendimento em súmula.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS OU EXISTE, É POSSÍVEL OU IMPORTANTE A POSSE DE DIREITOS?

Perpassando todas as definições e debates importantes sobre a posse de direitos, chega-se a uma conclusão-definição do desenvolvido até então. É seguro afirmarmos que a posse de direitos existiu, tanto no âmbito puramente teórico, com desenvolvimento da teoria de Ihering, aceita por muitos doutrinadores brasileiros e estrangeiros, quanto na prática da comunidade jurídica, com o uso dos interditos possessórios pelos escravizados para garantir a posse de sua liberdade no período escravocrata, com a contribuição aos contornos do *mandamus* brasileiro ou, ainda, tais com o uso do instituto para defesa dos direitos autorais (naquela época, propriedade artística), aceito pelo STF em dois julgados. A posse de direitos foi ganhando muitos contornos e conceitos, confundindo-se com a defesa de todo e qualquer direito, com Rui Barbosa, ou até se transmutando, ora em apenas direitos reais, ora em direitos pessoais, através do debate ao longo do Código Civil de 1916. Torna-se dificultoso até mesmo conceituar precisamente qual seria o conceito definitivo ao instituto, pois, diante de tantos debates que progridem e regridem, com visões que aceitam ou não a legislação vigente na época, surge uma linha de raciocínio teórico inacabada. Apesar disso, a importância do instituto não deixa de ser evidente. Não fosse pela possibilidade da posse de direitos em épocas passadas, escravizados não seriam libertados, não teríamos a teoria brasileira do mandado de segurança e diversos outros direitos careceriam de proteção, por falta de uma proteção específica, sendo salvaguardados pela defesa da posse.

O tempo fez com que o instituto perdesse a contemporaneidade, pela grandiosidade da utilidade dos demais arcabouços jurídicos que surgiram; porém, retirar-lhe a importância histórica e, superficialmente, dizer que o instituto é impossível pura e simplesmente, é prática que beira à injustiça com todos os direitos e histórias individuais que foram sendo tutelados e apoiados ao longo do caminho histórico. Sendo assim, os manuais e doutrinadores contemporâneos que declaram o instituto desta forma carecem de um melhor aprofundamento sobre a matéria, o que pode partir da leitura dos debates-chaves trazidos neste trabalho.

REFERÊNCIAS

ANZOÁTEGUI, Vitor Tau. **Las ideas jurídicas em la Argentina: siglos XIX-XX**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa: posse de direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. v. 23, tomo 3.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Brasília, DF: Conselho Editorial do Senado, 2003. v. 1. (Coleção História do Direito Brasileiro).

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995a.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília, 1995b.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jan. 1916.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 228. É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral. **Diário da Justiça**, segunda seção, Brasília, DF, 20 out. 1999.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil III**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGLAND. Court of King's Bench. Rex versus Barker. **English Report**, n. 97, E. R. 823. Hilary Term, 2 Geo. 3, B.R. 23 jan. 1762. Disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/cs2/97ER823.html>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

FREITAS, Antônio Teixeira de. **Código civil: esboço**. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília, 1983. v. 2.

FURTADO, Gabriel Rocha. O direito comum das situações jurídicas patrimoniais. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 25, n. 3, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/issue/view/517>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. São Paulo: Almedina, 2012.

HOWELL, Robert. An historical account of the rise and fall of mandamus. **Victoria University of Wellington Law Review**, Wellington, p. 127-145, 1985. Disponível em: <<http://www5.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/1985/12.html>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 308-326.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Campinas: Bookseller Editora, 2003. v. 10.

PAES, Mariana Armond Dias. O procedimento de manutenção de liberdade no Brasil oitocentista. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 58, p. 339-360, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21862016000200339>. Acesso em: 09 abr. 2021.

POSNER, Richard Allen. Savigny, Holmes, and the law and economics of possession. **Virginia Law Review**, n. 86, p. 535-567, 2000. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/207054844.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

REIS, Thiago. **Teixeira de Freitas leitor de Savigny**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13836/RPS%20121_Revisado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 abr. 2021.

RESENDE, Astolpho. **A posse e sua proteção**. 2. ed. São Paulo: LEJUS Editora, 2000.

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

TELLES, José Homem Corrêa. **Doutrina das acções: acomodada ao foro de Portugal com adições da nova legislação do código commercial portuguez e do decreto n. 24 de 16 de maio de 1833 e outros**. 6. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1865. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000091.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **Numerus clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição**. 2009. 340 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília, DF: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira).

UMA ANÁLISE DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO PERÍODO PANDÊMICO

Júlia Matos de Almeida¹
Keila Winnie de Oliveira dos Santos²

“A violência contra as mulheres é mais presente do que se imagina, aqui e em qualquer parte do planeta, não conhece barreiras geográficas, econômicas e sociais, e acontece cotidianamente.”

Jacira Melo, diretora executiva do Instituto Patrícia Galvão.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar de maneira aprofundada as repercussões da violência contra as mulheres no que se refere às bases legais existentes e eficazes para ampará-las, bem como observar como se deu a incidência da violência doméstica durante a Pandemia da Covid-19. Para isso, foram executadas pesquisas observando artigos científicos, fontes bibliográficas e legislações sobre a temática. O estudo retratado apresenta como primeira etapa, a realização de uma breve análise histórica sobre a violência contra as mulheres, além de abordar o surgimento da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha e quais foram as mudanças surgidas após a sua publicação. Em segunda etapa, serão exibidas as formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres, como também será evidenciada a incidência da violência doméstica no período pandêmico. Desse modo, a finalidade precípua do artigo, será demonstrar a pertinência desta problemática e empreender apontamentos das possíveis hipóteses de solução.

PALAVRAS-CHAVE: Violência contra as mulheres; Lei Maria da Penha; Pandemia da Covid-19; Proteção; Direitos das mulheres.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze in depth the repercussions of violence against women with regard to the existing and effective legal bases to support them, as well as to observe how the incidence of domestic violence occurred during the Covid-19 Pandemic. For this, researches were carried out observing scientific articles, bibliographic sources and legislation on the subject. As a first step, the portrayed study presents a brief historical analysis of violence against women, in addition to addressing the emergence of Law 11.340/2006, known as the Maria da Penha Law and what were the changes that emerged after its publication. In the second stage, the forms of domestic and family violence against women will be shown, as will the incidence of domestic violence in the pandemic period. In this way, the main purpose of the article will be to demonstrate the relevance of this problem and to undertake notes of possible hypotheses of solution.

¹ Graduanda em direito pela Universidade Estadual da Bahia. E-mail: juliamatosalmeida1@gmail.com

² Graduanda em direito pela Universidade Estadual da Bahia. E-mail: keilasantos672@gmail.com

KEYWORDS: Violence against women; Maria da Penha Law; Covid-19 pandemic; Protection; Women's rights.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve análise histórica sobre a violência contra as mulheres. 2.1 Surgimento da lei maria da penha. 2.2 O que mudou com a lei maria da penha. 3 As formas de violência. 4 Incidência da violência no período pandêmico. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como finalidade realizar uma análise da violência doméstica contra as mulheres no Brasil durante o período pandêmico. Por certo, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a Pandemia de Covid-19, diante do célere aumento de contaminações e mortes causadas pelo vírus SARS-CoV-2. Nessa conjuntura, dentre as recomendações do Conselho Nacional de Saúde ao Estado Brasileiro, tem-se o isolamento social como uma tentativa de diminuir os casos de contaminação pelo Coronavírus.

Entretanto, esta é uma situação preocupante para mulheres vítimas de violência doméstica, pois os dados da 3ª Edição do relatório Visível e Invisível (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; 2021, p.12) mostram que no tocante à vitimização de Mulheres no Brasil, a residência é apontada como um local inseguro para a mulher, visto que, foi nesse espaço que graves violências aconteceram. Não obstante, os crescentes índices de feminicídios noticiados pelo Banco Mundial (NAÇÕES UNIDAS,2020) denotam que o aumento de 22% desses casos na pandemia é uma grave realidade que cerca a vida social.

Isto posto, com a finalidade de punir e erradicar a violência contra a mulher, em 7 de agosto de 2006, houve a promulgação da Lei 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. A instauração do supracitado dispositivo legal, possibilitou às mulheres vítimas de violência doméstica irem em busca de assistência, bem como exercer e garantir os seus direitos. (BRASIL, 2006).

Por outro lado, com o intuito de promover o fortalecimento das vítimas, o Senado Federal constituiu serviços especializados de atendimento à mulher. Desta feita, foram criadas as Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher (DEAMs) que são espécies repressivas e preventivas como também, os Centros Especializados de Atendimento à Mulher que são locais que possuem suporte psicológico e social para a mulher. Destarte, como há um direcionamento para o âmbito jurídico, além desses serviços especializados podem ser encontrados outros que juntos acolhem as mulheres vítimas de violência.

À vista disso, este trabalho justifica-se em razão do aumento significativo de denúncias de violências registradas pelas mulheres na plataforma “Ligue 180” (CARTA CAPITAL, 2020), sobretudo no período marcado por determinações de afastamento social em estados e municípios. Outrossim, a problematização consiste em redarguir a seguinte questão norteadora: De que maneira a Lei Maria da Penha trouxe as contribuições para o âmbito jurídico no que se refere à proteção dos Direitos das mulheres no período Pandêmico?

Sendo assim, o artigo possui como objetivo principal analisar como a Lei Maria da Penha auxiliou as mulheres vítimas de violência doméstica no período pandêmico. Em razão disso, destacam-se como os objetivos específicos: realizar uma breve análise histórica sobre a violência contra as mulheres, apresentar as formas de violências existentes e os dispositivos legais utilizados para combatê-las. Ademais, irá evidenciar quais foram as principais causas da violência contra as mulheres no período pandêmico.

Por isso, com o propósito de sistematizar melhor o conteúdo e a fim de demonstrar a pertinência desta problemática, foi necessário apresentá-lo em forma de tópicos. Primeiramente, realizou-se uma breve análise histórica sobre a violência contra a mulher, bem como o surgimento da Lei Maria da Penha e o que mudou com a implementação da lei. Posteriormente, serão apresentadas as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, além de destacar a incidência da violência no período pandêmico.

2. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

Indubitavelmente, a consolidação do sistema capitalista agravou as mazelas da desigualdade no exercício do poder que reflete nas atuais relações de dominante e dominado (DIAS, 2007). Com efeito histórico, vê-se na prática que o titular do poder designa as diferenças e torna-se referência neutra, enquanto, o diferente torna-se objeto de controle e sobre ele incide

o meio considerado eficiente para a manutenção de tal objetivo, qual seja: a violência. (BIANCHINI, 2014)

No atual cenário, ditados populares amplamente disseminados no âmbito social como “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher!” e “toda mulher gosta de apanhar!”, revelam como a sociedade, infelizmente, ainda legitima condutas violentas. Ato contínuo, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a taxa de feminicídio - violência contra as mulheres em virtude do seu gênero - no Brasil assume a quinta posição no tocante ao ranking mundial (BRASIL, 2016). Outrossim, a violência se tornou, desde a década de 90, um problema de saúde pública (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p.20).

Logo, pode-se depreender que a banalização da violência contra a mulher perpassa as paredes históricas, não sendo proveniente de uma época, nem de uma localidade, nem classe social, e por conseguinte, refletem ainda hoje a invisibilidade desse crime brutal, tendo em vista a sucessão dos seus efeitos multiplicadores no tempo (DIAS, 2007).

De outro lado, o silêncio das mulheres que um dia foram vítimas das inúmeras agressões demonstram que, historicamente, esse emblema não esteve não adstrito a qualquer classe social:

“Os indivíduos da classe alta ou média, pertencentes à elite, eram tão violentos quanto os que pertenciam às classes populares, ou seja, a mídia fez a violência contra as mulheres vir a público, no início dos anos 70, expondo aquilo que já se sabia: a violência não tem classe, não se esconde sob as necessidades materiais de cada um, nem se distingue entre os sujeitos de maior poder aquisitivo ou entre aqueles que vivem no limite ou abaixo da linha de pobreza”(MACHADO, 1998 *apud* SILVA, 2010).

Noutra quadra, é fundamental elucidar as variadas particularidades do desenvolvimento da violência contra as mulheres:

Na sociedade de classes, a violência contra as mulheres é produto não apenas do patriarcado, mas da imbricação com outros sistemas de hierarquia e dominação ou sistemas estruturantes: o racismo e o capitalismo. Nessa perspectiva, tais sistemas se consubstanciam na chamada sociedade patriarcal-racista-capitalista, que produz as relações sociais de sexo/gênero, classe, raça/etnia e, conseqüentemente, a exploração-opressão que dela deriva. Logo, a violência contra as mulheres não é apenas produto: é, do mesmo modo, condição para tais relações e, portanto, condiciona a experiência feminina (BARROSO, 2019, p. 142, *apud* LEITE *et al*, 2021, p. 204).

Por conseguinte, é indispensável uma observação acerca da interseccionalidade de gênero, raça e classe social (COLLINS, 2000; KING, 1988, *apud* ROMIO, 2013). Nesse sentido, quando realizada uma análise quanto aos registros de raça, conforme dados do Atlas

da Violência de 2020, em 2018, 68% das mulheres assassinadas eram negras, isto corresponde a soma de pretas e pardas. Além disso, observando o período de 2008 e 2018, ao passo em que a taxa de homicídios de mulheres não negras, ou seja, a soma de brancas, amarelas e indígenas, demonstrou uma diminuição no percentual de 11,7%, houve um aumento de 12,4% para mulheres negras (IPEA, 2020).

Já quando analisado o Atlas da Violência de 2021, verifica-se que 66% das mulheres no Brasil vítimas de assassinato eram negras, ressalta-se que o índice de homicídios de mulheres negras foi de 4,1, enquanto que mulheres não negras foi 2,5 (IPEA, 2021). Quanto aos feminicídios, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, em 2019, as mulheres negras vítimas de feminicídio correspondiam a 66,6% (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Desse modo, resta notório que as mulheres negras estão mais expostas às agressões, tal como percebe-se que isso acontece devido às fundamentações antepassadas que encontram guarida no racismo e que certamente contribuem com essas situações elencadas no Brasil.

Note-se que é essencial destacar que a nomenclatura utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para categorização de cor e raça corresponde a preta para aquelas pessoas que se declaram pretas, e negras para a soma de pretos e pardos.

Destarte, não se pode olvidar que os avanços legislativos estabelecidos para erradicação do problema, surgiram de forma extremamente tardia no Brasil. Decerto, durante muito tempo o Estado omitiu-se de sua obrigação de punir, transmitindo apenas à vítima o dever de efetivar subjetivamente a penalização (DIAS, 2007) do seu agressor, vez que, antes da promulgação da Lei 11.340, o mesmo respondia pelas agressões em liberdade.

À vista do exposto, não restam dúvidas que enquanto a violência contra as mulheres prosseguir “não poderemos dizer que progredimos efetivamente em direção à igualdade, ao desenvolvimento e à paz” (ANNAN, 1999).

2.1 SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA

Conforme dados encontrados no site do Instituto Maria da Penha (IMP), Maria da Penha Maia Fernandes, nascida em fevereiro de 1945, era farmacêutica bioquímica e em 1983 sofreu tentativa de feminicídio duas vezes, praticada na época por seu marido Marco Antônio Heredia

Viveiros. A primeira tentativa foi utilizando uma arma de fogo, que deixou Maria da Penha paraplégica. Já na segunda tentativa ele tentou eletrocutá-la.

Ante o exposto, familiares e amigos auxiliaram Maria da Penha, através de suporte judiciário, para que fosse possível que ela saísse de casa e essa ação não fosse classificada como abandono de lar por conta das suas filhas. (IMP, 2018).

Ainda que o agressor tenha ido a julgamento por duas vezes, o Instituto ressalta que em 1991 e 1996, ele não teve a sua sentença de condenação cumprida. Dessa forma, iniciou-se uma incansável busca por justiça por Maria da Penha, pois ela e outros órgãos realizaram uma denúncia sobre a negligência brasileira frente ao caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

Sendo assim, a Comissão enviou quatro ofícios para o Brasil, durante os anos de 1998 e 2001, e após insistentes tentativas, o Brasil foi advertido. Conforme dispõe o Instituto Maria da Penha: “O Estado foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras.” (IMP, 2018). Culpabilizado pelo descaso frente às situações de violência doméstica contra as mulheres, a Comissão encaminhou ao Brasil várias recomendações. Após toda a situação e repercussão do caso, em 2003 o ex-marido de Maria da Penha foi finalmente preso.

Na época não existiam providências legais para que fosse possível a concretização de políticas públicas que visassem assegurar os direitos humanos a mulheres vítimas de violência doméstica, por isso, em 2002, Organizações Não Governamentais (ONGs) Feministas se associaram para o desenvolvimento de uma lei que combatesse a violência doméstica e familiar contra a mulher. Depois de várias discussões, debates, análises, e audiências públicas, foi sancionada em 7 de agosto de 2006 a Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, para homenageá-la.

É necessário ressaltar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos determinou como uma das suas indicações que o Estado do Ceará pagasse a ela uma indenização. Destaca-se que a determinação foi realizada após sete anos, em 2008, e o valor pago foi de R\$60.000,00 (sessenta mil reais). Com a promulgação da lei foi possível que as mulheres passassem a ter seus direitos estabelecidos e que os agressores tivessem a punição adequada. Atualmente Maria da Penha apresenta a sua história de vida, bem como divulga informações para a prevenção da

violência doméstica e familiar contra a mulher, evidenciando assim, a Lei 11.340/2006, além disso, ela demonstra a importância da acessibilidade para pessoas com deficiência (IMP, 2018).

2.2 O QUE MUDOU COM A LEI MARIA DA PENHA

Urge expor que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998) foi um marco para a promoção dos direitos humanos da mulher e o reconhecimento da sua cidadania plena, posto que pela primeira vez a igualdade entre homens e mulheres fora tido como um direito constitucional basilar (TELES; MELO, 2002).

Nesta senda, a instituição da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) visa atender precipuamente ao compromisso constitucional, previsto no art. 226, § 8º do Texto Maior, no qual o Estado “assegurarà à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Por certo, os avanços propiciados pela nova previsão normativa foram significativos, em razão das alterações conceituais na maneira como o Brasil enfrentava esse tipo de violência (DIAS, 2007) bem como, por garantir igualdade de direitos e o necessário amparo legal de assistência à vítima.

Desde a sua promulgação, uma das maiores conquistas de combate à violência de gênero foi a criação dos Juizados especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFMs), prevista no art. 14 da referida Lei (BRASIL, 2006), tal como as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs).

Para mais, a legislação em seu art. 8º, inciso I, favoreceu a criação de uma rede de atendimento e acolhimento à mulher em situações de violência que envolve um sistema multidisciplinar composto por membros do Poder Judiciário, Ministério Público e da Defensoria Pública juntamente com os diversos setores da assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.

A partir de então, as políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres foram ampliadas e passaram a incluir ações de prevenção, de garantia de direitos e de responsabilização dos agressores. Desse modo, no eixo da assistência, a rede de atendimento foi redimensionada, passando a compreender outros serviços que não somente os abrigos e as DEAMs. Pode-se observar que o número de serviços especializados aumentou em 161,75% no período compreendido entre 2003 e 20 de setembro de 2011.

Nesse viés, a atualização e o levantamento dos serviços da rede de atendimento são coordenados pela Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e tem como base informações multifacetadas, que provêm de diferentes atores sociais e espaços institucionais envolvidos no enfrentamento à violência contra as mulheres, tais como: Câmaras Técnicas (Federal, Estaduais e Municipais) e reuniões com as gestoras do Pacto Nacional; Ouvidoria da Secretaria de Políticas para as Mulheres; serviços e órgãos integrantes da rede de enfrentamento à violência contra a mulher; organismos de políticas para as mulheres e institutos de pesquisa (SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, 2011, p. 22).

Noutra quadra, certamente, os serviços de atendimento começaram a ganhar espaço em diversos setores, a exemplo do “Ligue 180”, canal de denúncias do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) específico para mulheres, que ampliou as plataformas, ganhou em acessibilidade e facilitou o acesso aos canais de denúncia.

Além disso, a ofendida passa a ser pessoalmente notificada quando o agressor for preso ou liberado da prisão (art. 21). Impende ainda destacar quanto a outras conquistas, que o juiz deverá adotar medidas que façam cessar a violência, determinando, por exemplo, o afastamento do agressor do lar e através de medidas de segurança, impedi-lo que se aproxime de casa, vedando o seu contato familiar (art. 22).

A lei prevê expressamente a proibição de aplicação de penas pecuniárias, multas ou entregas de cestas básicas (art. 17), ordenando taxativamente a punição ser efetivada com a prisão preventiva do ofensor. Um dos dispositivos de suma relevância é o art. 45, no qual prevê o caráter obrigatório do comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação. Tal dispositivo merece destaque pois percebe-se que o legislador traz à tona o relevante papel que a educação proporciona ao agressor, haja vista promover o combate não apenas ao ato, mas efetivar a mudança no indivíduo.

Ocorre que tal reabilitação ainda ocorre de forma tímida e reduzida no Brasil (BIANCHINI, 2014, p.249) pois, infelizmente, tais instaurações ainda sofrem resistência do Poder Judiciário que não vê com bons olhos a efetividade das penas alternativas como forma de resolver o problema da violência contra as mulheres, visto que há o estigma histórico de que Estado deve se fazer presente, coibindo as diversas violências contra as mulheres e responsabilizando e punindo seus autores.

Isso porque, com a redemocratização do Brasil e a retomada do pluripartidarismo em 1980, os movimentos sociais passaram a reivindicar mais atenção do Estado em nome da cidadania. No caso dos movimentos em combate à violência contra as mulheres, eles apoiaram e participaram diretamente da criação de novas instituições por meio de políticas de atendimento e defesa de direitos, as chamadas políticas sociais, assumidas pelo Estado, dentre elas o Conselho Estadual da Condição Feminina (CECF) em 1983, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em 1985 e a Delegacia de Defesa da Mulher (DDM).

Dessa forma, tal entendimento é perpassado até os dias atuais. Prova disso, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça através de entendimento consolidado na Súmula 588 reafirmou que não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de crime contra a mulher mediante violência ou grave ameaça em ambiente familiar (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

3 AS FORMAS DE VIOLÊNCIA

O art. 7º da Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, tem por objetivo expor as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

- I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
- II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
- III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
- IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
- V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006).

Evidenciadas as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, é necessário ressaltar que a violência psicológica se tornou crime a partir da publicação da Lei 14.188, de 28 de julho de 2021, como dispõe em seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), altera a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e cria o tipo penal de violência psicológica contra a mulher. (BRASIL, 2021).

Dessa forma, deve-se destacar que a violência psicológica possui enfoque nas situações em que se constitui a incidência de ameaças, manipulação e outras circunstâncias, mas sobretudo, ela se caracteriza pelos episódios que se fundamentam pelo prejuízo emocional. (BRASIL, 2006).

Mencionadas as formas de violência, é imprescindível destacar as situações e fases que englobam a violência doméstica, visto que são questões que merecem destaque e relevância para que seja possível a identificação dos cenários de violência.

Desse modo, de acordo com as informações retiradas do Instituto Maria da Penha, a psicóloga norte-americana Lenore Walker detectou a existência de um ciclo que engloba situações que acontecem na maioria das vezes de forma sequencial, por isso, elas são separadas em três fases. (IMP, 2018).

A primeira fase é o momento de observar os comportamentos do agressor, pois é nesse período que ele começa a apresentar atitudes agressivas, diante de uma situação específica, ou sem nenhuma razão. Por isso que essa etapa é conhecida como aumento da tensão, já que o autor da violência destrói objetos, e faz com que o sentimento de motivação se estabeleça na parceira.

Diante da situação, o sentimento que perdura na mulher é o de que ela é culpada por todos os incidentes da relação, além disso, ela busca tranquilizar o agressor, e tenta não externalizar esses acontecimentos, possuindo como justificativa de que é uma coisa passageira. (WALKER, 1979 *apud* AJURIS, 2020).

Perdurando o episódio, existe a evolução para a segunda fase que consiste no ato de violência, dessa forma, tem-se a violência física, psicológica, patrimonial, podendo existir

também as outras formas. Com base nisso, a mulher pode ter a incidência de insônia, ansiedade, medo, vergonha etc. É nessa fase em que ela pode buscar ajuda e denunciar o agressor. (IMP, 2018).

Após todo esse contexto, tem-se a terceira fase, com características de o agressor aparecer com um comportamento gentil, carinhoso e de arrependimento, é a fase denominada “lua de mel”. Em consideração a isso, a vítima pode optar por retomar a relação. Tal ação poderá contribuir para que as fases do ciclo aconteçam novamente e em um período menor, bem como os ataques podem acontecer sem seguir a ordem prevista no ciclo. (WALKER, 1979 *apud* AJURIS, 2020).

Por essa razão, é necessária a disseminação de informações de como denunciar, como também de amparo e apoio às vítimas, para que seja possível o afastamento do agressor, pois, em alguns casos o desfecho pode ser fatal advindo do feminicídio.

4 INCIDÊNCIA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO PERÍODO PANDÊMICO

O fenômeno da violência contra a mulher ganhou repercussão e notoriedade no período da Pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2), causador da doença COVID-19, isso porque uma das principais medidas determinadas pela Organização Mundial da Saúde e repercutidas nacionalmente na lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020), impôs que para haver o combate eficiente ao vírus, seria necessário a prática do isolamento social.

Note-se, portanto, que a crise sanitária tem ocasionado a direta violação dos direitos humanos das mulheres, porquanto tal isolamento social faz com que o ambiente doméstico seja propício ao aumento de discussões, brigas e agressões que sequer são ouvidas ou vistas pela vizinhança, no dado contexto.

Nessa perspectiva, o quadro dicotômico estabelecido entre o crescente contato da vítima com o agressor e a diminuição do convívio da vítima com pessoas de sua confiança assevera, de forma cristalina, a incidência abrupta desse tipo de violência durante a Pandemia do novo Coronavírus.

Destarte, o levantamento realizado pelo Fórum de Saúde Pública (2020) revelou um aumento de 431%, entre fevereiro e abril de 2020, dos relatos de brigas entre casais com indícios de violência doméstica. O cenário de confinamento, fechamento do comércio e crise em

diversos setores da sociedade, dificultou ainda mais a efetivação das denúncias de violência estimuladas por lei. Como efeito disso, a redução do número de inquéritos policiais e processos ocorreu devido às suspensões de prazos judiciais, ocasionadas em razão do período Pandêmico, e que de maneira direta agravou a resolução dos casos de violência (MARIANI; YUKARI; AMÂNCIO, 2020).

Lado outro, a pesquisa “Visível e Invisível”, demonstrou que no tocante aos marcadores raciais das mulheres vítimas de violência, verifica-se que o menor índice de violência se refere às mulheres brancas, pois corresponde ao percentual de 23,5%. Conseqüentemente, as mulheres pretas foram as que mais sofreram, em virtude da taxa ser equivalente a 28,3%. Em relação às mulheres pardas a parcela foi de 24,6%.

Além disso, segundo os dados do “Ligue 180”, a quarentena recomendada pelos governos estaduais e municipais provocou um aumento de quase 9% no número de ligações para o canal que recebe denúncias de violência contra a mulher (CORONAVÍRUS, 2020), fato que levou a instauração de novos canais de denúncia para as vítimas, as quais deixaram de buscar auxílio nas delegacias, como ocorria antes (BATTISTELLA, 2020).

Outrossim, no que pertine à análise da incidência da violência contra a mulher sob o viés da classe social no contexto pandêmico, constata-se que, infelizmente, ainda existem poucas publicações sobre esse fenômeno, o que atesta enorme carência de dados sobre este tipo de violência nas mais diversas camadas sociais no Brasil visto que muitas mulheres depositam esperança numa possível regeneração do agressor, ou tem vergonha das humilhações sofridas ou medo que o agressor cumpra as ameaças, e por isso permanece em silêncio (FOLHA BV, 2018).

No entanto, os dados disponibilizados pelo Observatório da Mulher contra a Violência (SENADO FEDERAL, 2016), ratificam que a violência afeta mulheres de todas as classes sociais, posto que hoje a violência contra as mulheres “é entendida não como um problema de ordem privada ou individual, mas como um fenômeno estrutural, de responsabilidade da sociedade como um todo”.

Note-se a propósito que no período pandêmico, a pesquisa intitulada “Visível e invisível: A vitimização de mulheres no Brasil Mulheres”, realizada pelo Fórum de Segurança Pública no ano de 2021 (p.10) atestou que no caso das mulheres, especificamente, a mudança

na rotina em função da Pandemia se deu em razão do aumento do trabalho remoto, no qual esteve concentrado naquelas com nível superior (41%), das classes A e B (45% e 37%).

Frente ao cenário desenvolvido de um sistema de domínio e subordinação decorrentes da relação social, verifica-se que na pandemia muitas mulheres se sentiram atarefadas por conta das variadas demandas impostas, nesse sentido, conforme informações da pesquisa “Visível e Invisível”, 50,9% das mulheres atribuíram a elevação nos níveis de estresse em casa em razão da pandemia, enquanto que os homens apresentaram 37,2%.

Não se pode olvidar que o trabalho remoto surgiu como uma necessidade sanitária e para muitos uma solução bem recebida devido a comodidade e economia, porém, indubitavelmente, durante o período de pandemia do Covid-19, as mulheres encontram-se muitas vezes em situação de vulnerabilidade, uma vez que estiveram distantes das suas redes de proteção social, assim reduzindo a possibilidade de buscarem ajuda, além de estarem em convivência constante com seu parceiro e agressor, corroborando diretamente para o aumento dos índices de violência e inviabilização institucional das necessidades específicas das mulheres ocupantes das classes abastadas.

Por outro lado, os sucessivos abalos econômicos, perdas de renda e aumento do desemprego corroboraram para o agravamento da adversidade, vez que a escassez de recursos financeiros e extinção do poder econômico por parte de muitos homens é uma das causas do aumento do fator de stress e conseqüente explosão da violência doméstica. De mais a mais, a incerteza profissional e financeira, o aumento do consumo de álcool, convivência extrema e, sobretudo, o caráter violento do agressor, acabam também vitimando as mulheres (SOUPIN, 2020).

Acerca do tema tratado, a diretora executiva da ONU, Ása Regnér, recentemente explanou o seguinte entendimento:

As rápidas mudanças na vida cotidiana que todos e todas experimentamos têm diferentes impactos sobre homens e mulheres. De repente, famílias inteiras se vêem em período integral em pequenos espaços, sob estresse econômico, com a educação das crianças se tornando on-line. (ONU Mulheres, 2020)

Ocorre que as diversas conseqüências ocasionadas em virtude do período pandêmico, têm acometido, sem desvios, a família brasileira e por conseguinte, as mulheres. Infelizmente, à medida que o colapso no sistema de saúde avoluma, os abrigos de violência estão atingindo a

sua capacidade limite de ocupação e ainda, tal gravidade é expandida quando “os centros são reaproveitados para serem utilizados como uma resposta adicional à Covid-19” (ONU Mulheres, 2020).

A fim de reduzir os efeitos das diversas formas de violência no período pandêmico, diversas medidas de combate foram realizadas como forma de concretizar as normas previstas na Lei Maria da Penha. Nessa oportunidade, a aprovação da lei nº 14.022 (BRASIL, 2020) dispôs sobre deliberações de enfrentamento à violência doméstica e familiar durante a emergência de saúde pública ocasionada pelo Coronavírus. Oportuno destacar que com fulcro no art. 3º e 8º, é dever do poder público adotar medidas objetivando garantir a manutenção do atendimento presencial das mulheres em situação de violência e além disso, promover campanhas informativas sobre a prevenção da violência e acesso a mecanismos de denúncia.

No Brasil, houve a criação do aplicativo intitulado “Direitos Humanos Brasil”, uma plataforma digital que recebe denúncias, solicitações e pedidos de informação sobre temas relacionados a direitos humanos e família, de forma anônima ou não. (SOUPIN, 2020). Desta feita, segundo os dados disponibilizados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (2021) o Painel de Dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos registrou em 2021, 69.407 denúncias de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Noutro giro, em alguns estados como São Paulo, Espírito Santo e Rio de Janeiro a Secretaria de Segurança Pública disponibilizou o Boletim de Ocorrência eletrônico para vítimas de violência doméstica, permitindo assim, a efetivação do registro da ocorrência pela internet, diante da instauração das medidas restritivas na Pandemia (FÓRUM, 2020).

Para mais, outras iniciativas têm sido implementadas também pelos membros da sociedade. O Mapa do Acolhimento, plataforma que conecta mulheres que sofreram violência, uma equipe formada por advogadas e psicólogas voluntárias, lançou o #TôComElas, iniciativa para reunir voluntárias dispostas a apoiar no contato com os serviços já mapeados. Outros grupos como o Instituto Justiça de Saia, Bem Querer Mulher e Nelson Willians, estão reunindo membros voluntários para oferecer orientação jurídica, psicológica e assistência social gratuitas às vítimas de violência em todo o Brasil por meios eletrônicos como o WhatsApp e o telefone (FÓRUM, 2020).

Diante dos substratos fáticos expostos, sem dúvidas, a problemática da violência contra a mulher é um mal que ainda persiste e deve ser combatido diariamente na sociedade brasileira. Nesse viés, acrescenta-se o entendimento Hartiano (RÊGO, 2016), no qual a não aplicabilidade das normas na sociedade é resultante dos preceitos morais que afetam o Direito.

Isto é, para Hebert Hart, uma norma é cumprida porque é aplicável moralmente e está de acordo com as crenças sociais. Desse modo, para que seja dirimida de vez a violência contra a mulher, é necessário existir não apenas garantias legais, mas uma mudança em todas as esferas do âmbito social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa, buscou-se apresentar uma breve análise histórica sobre a violência doméstica contra a mulher, além da importância do surgimento da Lei Maria da Penha demonstrando a garantia dos direitos das mulheres, como também sendo uma fonte de apoio e auxílio para as vítimas de violência doméstica.

Além disso, foram expostas as formas de violência, ressaltando ainda a criação da Lei 14.188/2021. Similarmente, foi mencionado o ciclo da violência e a necessidade da propagação de informações para que a mulher identifique o cenário. Outrossim, houve a exposição da incidência da violência doméstica no período pandêmico.

Dessa forma, pode-se evidenciar que a violência contra as mulheres afeta todas as classes sociais e em sua maioria, mulheres negras. No entanto, o contexto pandêmico em que a sociedade está inserida e a crise econômica imposta por tal situação, são fatores contribuintes para que a violência se propague, pois, os agressores se apoiam em questões relacionadas a carências de recursos, isto é, utilizam como ponto de partida para a violência fatores cotidianos relacionados à exaustão emocional e física, condições estas encontradas principalmente na fase 1 do Ciclo da Violência. Da mesma maneira, tem-se o elevado consumo de bebidas alcoólicas que contribuem também para a prática da violência.

Ademais, é necessário mencionar a invisibilidade muitas vezes existente frente a violência contra a mulher, uma vez que essa é uma situação que advém de processos históricos, especialmente no que se refere a consolidação do sistema capitalista e o seu agravamento das desigualdades, sobretudo no que se expõe sobre as relações de poder. Além de que as punições ao agressor não correspondiam com a gravidade do crime, razão pela qual tornou-se comum a

existência de atos de violência contra a mulher, com incidência até os dias atuais, apesar da existência de punições descritas em legislações específicas.

É perceptível, portanto, que a Lei Maria da Penha além de ser um instrumento eficaz para combater esse ilícito contra as mulheres de forma mais efetiva, trouxe contribuições para o âmbito jurídico no que se refere a proteção dos direitos das mulheres, pois, como foi mencionado, anteriormente não existiam bases legais para assegurar os direitos femininos, e que visassem ampará-las, bem como fornecesse o apoio jurídico necessário para que o autor da violência tivesse a punição adequada.

Perante essas perspectivas, deve-se ressaltar também que em muitos casos, a saída da mulher de casa para ir para o trabalho, ou para visitar familiares e amigos, funciona como um momento de conforto por estar distante do agressor. Além disso, os vínculos existentes são fatores que podem contribuir e elevar os índices de denúncias, pois essas pessoas podem auxiliar e apoiar a mulher para a realização delas e na busca de ajuda.

No entanto, apesar das diversas conquistas garantidas de forma legítima em combate à violência, insta acentuar que para que haja a sua concretização da norma instaurada no âmbito social deve haver uma mudança na mentalidade dos indivíduos e assim, seja possível uma consequente eficácia. Em tal cenário, percebe-se ainda a necessidade de recorrentes debates sobre a violência contra as mulheres e a urgência de reforçar iniciativas já instituídas legalmente que atendam e acolham essas vítimas, principalmente tendo em vista o contexto pandêmico que acirrou grandemente tal emblema, a fim de que seja promovida segurança e valorização das mulheres como sujeitos de direitos.

6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Maria da Penha recebe indenização do estado do Ceará e critica machismo.** Disponível em: <https://agencia-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/57856/maria-da-penha-recebe-indenizacao-do-estado-do-ceara-e-critica-machismo#comments>. Acesso em: 01 ago. 2022.

AJURIS. **Ciclo da Violência Doméstica contra a Mulher.** Disponível em: http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/images/Texto_Ciclo_da_Viol%C3%Aancia_Dom%C3%A9stica.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

ANNAN, Kofi. Secretário- Geral da ONU. **Um mundo livre da violência contra as mulheres.** 1999.

BATTISTELLA, Clarissa. **Denúncias de violência doméstica caem 65% em SC em quarentena do coronavírus; polícia redobra atenção.** NSC Total, 25 mai. 2020. Disponível em: [_https://www.nsctotal.com.br/noticias/denuncias-de-violencia-domestica-caem-65-em-sc-em-quarentena-do-coronavirus-policia](https://www.nsctotal.com.br/noticias/denuncias-de-violencia-domestica-caem-65-em-sc-em-quarentena-do-coronavirus-policia). Acesso em: 9 set. 2021.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL Lei (2020). **Lei nº 14.022.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei (2020). **Lei nº 13.979.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e,o bjetivam%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20da%20coletividade. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei (2021). **Lei nº14.188.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. Nações Unidas. **ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução.** 2016. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/72703-onu-taxa-de-feminicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-muno-diretrizes-nacionais-buscam>. Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Lei (2006). **Lei Maria da Penha.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

CARTA CAPITAL. **Violência doméstica na quarentena: como se proteger de um abusador?** Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/saude/violencia-domestica-na-quarentena-como-se-protoger-de-um-abusador/>. Acesso em: 18 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Lei Maria da Penha.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em 30 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Ministério da Saúde. **RECOMENDAÇÃO Nº 027, DE 22 DE ABRIL DE 2020.** Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1132-recomendacao-n-027-de-22-de-abril-de-2020>. Acesso em: 07 set. de 2021.

CORONAVÍRUS: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena. BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, mar. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas->

as-noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena. Acesso em: 9 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ENGEL, Cíntia Liara. **A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_d_a_violencia_contra_mulher.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

FOLHA BV. **Violência doméstica está presente em todas as classes sociais, diz juíza**. Disponível em: <https://folhabv.com.br/noticia/CIDADES/Capital/Violencia-domestica-esta-presente-em-todas-as-classes-sociais--diz-juiza/37669>. Acesso em: 01 ago. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; DATAFOLHA. **VISÍVEL E INVISÍVEL: A VITIMIZAÇÃO DE MULHERES NO BRASIL 3ª EDIÇÃO - 2021**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>. Acesso em: 07 set. 2021.

GAZETA. **Preto ou negro? IBGE explica classificação de cor e raça em pesquisas**. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/gv/preto-ou-negro-ibge-explica-classificacao-de-cor-e-raca-em-pesquisas-1118>. Acesso em: 02 ago. 2022.

GOV.BR. Casa Civil. **Lei Maria da Penha: 14 anos de avanços no atendimento à mulher em situação de violência**. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/agosto/lei-maria-da-penha-14-anos-de-avancos-no-atendimento-a-mulher-em-situacao-de-violencia>. Acesso em: 08 set. 2021.

GUIMARÃES, Thiago. **Onze coisas que as mulheres não aguentam mais ouvir no Brasil (e por quê)**. BBC News. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36522791>. Acesso em: 06 set. 2021.

IMP, INSTITUTO MARIA DA PENHA, **Ciclo da Violência**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>. Acesso em: 27 ago. 2021.

IMP, INSTITUTO MARIA DA PENHA. **QUEM É MARIA DA PENHA**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 26 ago. 2021.

IMP, INSTITUTO MARIA DA PENHA. **TIPOS DE VIOLÊNCIA**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html>. Acesso em: 30 ago. 2021.

IPEA. **Atlas da Violência 2020.** Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/3519-atlasdaviolencia2020completo.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

LEITE, R. L. *et al.* **Violência contra a mulher e raça: uma análise interseccional da pandemia de COVID-19.** Disponível em: <http://www.conhecer.org.br/enciclop/2021A/violencia.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

MARIANI, Daniel. YUKARI, Diana. AMÂNCIO, Thiago. **Assassinatos de mulheres dobram em SP durante a quarentena por coronavírus.** Folha de São Paulo, São Paulo, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/assassinatos-de-mulheres-em-casa-dobram-em-sp-durante-quarentena-por-coronavirus.shtml>. Acesso em: 9 set. 2021.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Painel com dados de denúncias de violações de direitos humanos recebidas pela ONDH no ano de 2021.** Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/painel-de-dados/2021>. Acesso em: 31 de ago. 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Impacto da violência na saúde dos brasileiros.** Série B, Textos básicos de saúde. Brasília/DF, 2005, p.20.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **CICLO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia_Domestica/O_que_voce_precisa_saber/Mulheres_adultas/vd_mais/ciclo_violencia_domestica. Acesso em: 27 ago. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. ONU News: Perspectiva Global Reportagens Humanas. **Banco Mundial analisa aumento de violência de gênero durante a Covid-19 no Brasil.** Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/09/1726642>. Acesso em: 10 set. 2021.

NÚCLEO DE ESTUDOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, FAMILIAR E DE GÊNERO DA ESCOLA DA AJURIS. **CICLO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER.** Disponível em: http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/images/Texto_Ciclo_da_Viol%C3%Aancia_Dom%C3%A9stica.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

ONU, Mulheres.Brasil. **ONU Mulheres faz lista de checagem de ações governamentais para a inclusão da perspectiva de gênero na resposta à Covid-19.** 03 mar. 2020. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-faz-lista-de-cheragem-de-aco-es-governamentais-para-inclusao-da-perspectiva-de-genero-na-resposta-a-covid-19/>. Acesso em: 10 set. 2021.

ONU, Mulheres.Brasil. **Violência contra as mulheres e meninas é pandemia invisível, afirma diretora executiva da ONU Mulheres.** 07. abr. 2020. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>. Acesso em: 10 set. 2021.

RÊGO, Antonio Moreno Boregas. **Kelsen e Hart: Diferenças e similitudes**. 1 de jun. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/kelsen-e-hart-diferencas-e-similitudes/>. Acesso em: 9 set. 2021.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Maria da Penha recebe indenização depois de sete anos de espera**. Disponível em: conjur.com.br/2008-jul-07/maria_penha_recebe_indenizacao_depois_sete_anos. Acesso em 01 ago. 2022.

ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira. A vitimização de mulheres por agressão física, segundo raça/cor no Brasil. **Dossiê Mulheres Negras retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil**. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3039/1/Livro-Dossi%C3%AA_mulheres_negras-retrato_das_condi%C3%A7%C3%B5es_de_vida_das_mulheres_negras_no_Brasil. Acesso em: 01 ago. 2022.

SENADO FEDERAL. Observatório da mulher contra a Violência. **A violência contra a mulher**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/menu/entenda-a-violencia/a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 30 jul. 2022.

SENADO FEDERAL. **Serviços Especializados de Atendimento à Mulher**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/acoes-contra-violencia/servicos-especializados-de-atendimento-a-mulher>. Acesso em: 04 set. 2021.

SENADO FEDERAL. **Nos 15 anos da Lei Maria da Penha o combate à violência ainda exige avanços**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/08/06/nos-15-anos-da-lei-maria-da-penha-combate-a-violencia-ainda-exige-avancos>. Acesso em: 08 set. 2021.

SILVA, A. *et al.* **Entre machismo e racismo, mulheres negras são as maiores vítimas de violência**. Disponível em: <https://azmina.com.br/reportagens/entre-machismo-e-racismo-mulheres-negras-sao-as-maiores-vitimas-de-violencia/>. Acesso em: 01 ago. 2022.

SILVA, Sergio Gomes da. **Preconceito e Discriminação: As Bases da Violência Contra a Mulher**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/rzhdT5gCxp8sfQm4kzWZCw/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

SOUPIN, Elisa. **Como os países estão combatendo a violência contra a mulher na pandemia?** UOL/Universa, abr. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/04/28/como-os-paises-estao-combatendo-a-violencia-contra-a-mulher-na-pandemia.htm>. Acesso em: 9 set. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Não é possível substituição da pena privativa de liberdade em caso de violência doméstica contra mulher**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-08-13_09-58_Nao-e-possivel-substituicao-da-pena-privativa-de-liberdade-em-caso-de-violencia-domestica-contra-mulher.aspx. Acesso em: 01 ago. 2022.

TELES, Paula do Nascimento Barros González. **Lei Maria da Penha – Uma história de Vanguarda.** Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero_110.pdf. Acesso em: 26 ago. de 2021.

OMS. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus.** Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 07 set 2021.