

Revista Eletrônica Norte Mineira de Direito *Erga Omnes*



Faculdade Verde Norte - FAVENORTE

v. 1, n.1, jan.-jul.2020

DIREITO E A PANDEMIA DO SÉCULO XXI: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O PORVIR

EDITORIAL

São diversos os meios que servem para regular as condutas humanas em uma sociedade para trazer harmonia social. Estão entre elas a religião, a moral, as regras de trato social e o Direito. Émile Durkheim ressalta que a sociedade não resistiria sem o Direito, seria anárquica, teria o seu fim. O Direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o Direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida.

Colocado que o Direito ordena as relações de convivência, entende-se que o mesmo é criado pelo homem e que a sociedade antecede o Direito, e não o contrário. Diante disso entende-se que não é viável e nem possível estudar o direito sem estudar a sociedade.

Essa fala pauta-se na interação entre Direito e sociedade e a necessidade constante de se entendê-la. Da reflexão dessas premissas nasceu o desejo da construção de um projeto que levasse para a sociedade acadêmica e a sociedade em geral o conhecimento construído dentro da academia. Esse projeto cumpriria com a sua função social e devolveria para a sociedade o que está sendo construído pela faculdade. Uma vez que a ciência não pode ficar retida dentro dos muros das estruturas formais do saber.

Dessa reflexão nasceu a Revista do Curso de Direito da Favenorte a *Erga Omnes*. O nome não é por acaso, o mesmo traz em seu bojo o desejo da entrega do conhecimento para todos. Para todos os acadêmicos, professores e todos aqueles que queiram conhecer, pesquisar e aprender.

Repensar o ensino e a educação no Brasil de modo geral é imperativo visto que o paradigma no Brasil ainda é de um ensino com bases tradicionais. No ensino jurídico isso não é diferente, mostrando-se frequentemente formalista e com aprendizagem compartimentada pautada na acumulação de informações. Nesse contexto, a *Erga Omnes* surge como uma ferramenta de incentivo à pesquisa, como imã que atrai os olhos curiosos a buscar conhecimento. Impulsiona-se desta forma a conscientização de que a academia não é formada somente de ensino e sim de ensino, pesquisa e extensão. E a pesquisa é posta como uma das pedras basilares para se obter o saber.

Acredita-se que essa relação possa enriquecer o processo pedagógico socializando o saber acadêmico com a participação da dos acadêmicos e professores na construção de conhecimento. Os resultados desse processo tem potencial de atingir não só os a eles, mas a comunidade como um todo, além de realimentar o ensino e ser fundamental para a extensão. Oportunizar o acesso à pesquisa é uma forma de romper a crise do ensino jurídico, que alinhada com o que se chamou de “educação bancária”, desumaniza os acadêmicos e os transformam em instrumentalizadores de processo, repetidores e reprodutores do já posto.

A *Erga Omnes* idealiza uma pesquisa que busca aproximar-se das correntes críticas do pensamento social as quais tomam a realidade histórica não como um dado pronto, mas sim como um construído, suscetível às transformações. Como ensina Boaventura de Souza Santos (2005), uma teoria pode ser classificada como crítica quando não reduz a realidade ao que existe, buscando um outro estado de coisas, a partir do inconformismo e da indignação perante ao que existe.

Uma vez que a realidade não pode estar inteiramente contida em artigos e parágrafos, escapando sempre das hipóteses legalmente previstas no ordenamento jurídico a pesquisa torna-se primordial para interpretar a norma à luz do contexto social na qual está inserida.

A Revista Eletrônica Norte Mineira de Direito *Erga Omnes* nasce através da Coordenação do Curso de Direito da Favenorte, tem por objetivo a disseminação do conhecimento científico por meio de estudos relativos ao Direito, à ciência e tecnologia, à cooperação internacional e à inovação.

Este é um periódico técnico científico que tem sua publicação em fluxo contínuo, mas em situações apropriadas, são publicadas edições temáticas com assuntos relevantes à administração pública, à comunidade científica e à sociedade, visando contribuir significativamente para a difusão de conhecimento.

Heidy Cristina Boaventura Siqueira
Editora Chefe

Wellem Ribeiro
Editora Chefe

EXPEDIENTE

Vínculo Institucional

Curso de Direito da Faculdade Verde Norte – FAVENORTE

Contato

Avenida José Alves Miranda, nº. 500, bairro Alto São João
Mato Verde/MG - CEP. 39527-000
ergaomnes@favenorte.edu.br

Editoras-Chefe

Profa. Ma. Heidy Cristina Boaventura Siqueira
<http://lattes.cnpq.br/9480423427512713>

Profa. Wellem Ribeiro da Silva
<http://lattes.cnpq.br/5524337831896336>

Editores Associados

Prof. Fábio Fonseca Telles
<http://lattes.cnpq.br/3441993059518395>

Prof. Me. Hugo Fonseca Moreira
<http://lattes.cnpq.br/4408579854342278>

Prof. Me. Iuri Simões Mota
<http://lattes.cnpq.br/4943811666214700>

Prof. Me. Marcelo Brito
<http://lattes.cnpq.br/7388616438051060>

Prof. Dr. Marco Túlio Brazão Silva
<http://lattes.cnpq.br/4432379245829336>

Profa. Ma. Vânia Olímpia Barbosa Silva
<http://lattes.cnpq.br/5976275438185059>

Assistentes Editoriais

Bacharelada em Direito Ana Letícia Silva Pereira
<http://lattes.cnpq.br/0231952949247696>

Bacharelado em Direito Antonio Christian Batista de Sá
<http://lattes.cnpq.br/4799199351729687>

Bacharelado em Direito Murilo Antunes da Mata
<http://lattes.cnpq.br/5722801941233287>

Bacharelado em Direito Ricardo Adrião da Rocha
<http://lattes.cnpq.br/4857597299150557>

Conselho Avaliador

Profa. Ma. Caroline Mesquita Antunes
<http://lattes.cnpq.br/3330008702423867>

Prof. Eduardo Vinícius Pereira Barbosa
<http://lattes.cnpq.br/5094273236925513>

Profa. Ma. Maria Lina Santana Freitas
<http://lattes.cnpq.br/0276956080917114>

Profa. Ma. Caroline Mesquita Antunes
<http://lattes.cnpq.br/3330008702423867>

Prof. Newller Thiago Fernandes Mascarenhas
<http://lattes.cnpq.br/8503938641053629>

Arte de Capa

Antonio Christian Batista de Sá
<http://lattes.cnpq.br/4799199351729687>

Suporte Técnico

Ítalo Marcos Boaventura Siqueira
<http://lattes.cnpq.br/8396375930688155>

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Ideário neoliberal e as fragilidades das políticas públicas: a incapacidade do governo brasileiro de enfrentar a pandemia do COVID-19

Luiz Claudio de Almeida Teodoro

COVID-19, doença ocupacional e o ordenamento jurídico brasileiro

Marcelo Palma de Brito

Direito humano fundamental à verdade: dilema entre a liberdade de informação e as *fake news* em tempo de pandemia

Newller Thiago Fernandes Mascarenhas

Além da filiação – socioafetividade, idosos e “senexão”

Ionete de Magalhães Souza

Direito à informação nas associações em tempos de pandemia: privacidade e direito de imagem nos registros de reuniões virtuais

Daniel Dela Coleta Eisaqui

HC 184.828 e ADPF 668, 669 E 672: reflexões à luz da filosofia jurídica de Ronald Dworkin

Afrânio Henrique Pimenta Bittencourt

Marcelo Brito

Maria Luiza Pereira Dias e Silva

União estável e contrato de namoro: a aplicabilidade do contrato de namoro em tempos de pandemia

Gabriel Azenha Bueno de Oliveira

Lucas Albano

Sara Luiza Franco

Vitória Dreide Xavier Araújo

Pandemia, mais que um fato, uma ameaça: constituição dirigente e aspectos econômicos da garantia à saúde

Lísia Emanuelle Rodrigues Almeida

Ana Luiza Brito Viana

José Carlos Melo Miranda

Direito à transparência em tempos de pandemia: análise de boletins epidemiológicos de municípios mineiros

Renata Cristina Nogueira Santos

O direito fundamental de acesso à informação e suas repercussões na pandemia da COVID-19

João Pedro Ribeiro Braga

Direito Penal em tempos de pandemia: uma análise à luz do neoconstitucionalismo

Jeferson Luan Costa Fagundes

O trabalho escravo no Brasil e a pandemia do coronavírus: uma reflexão sobre o aumento de casos e o princípio da proteção do trabalhador

Andressa Laste

O precedente da relativização do direito à vida: a “escolha de sofia” e o seu perigo aos mais vulneráveis no contexto pós-pandemia da COVID-19

Luíza Trindade Freire

Rhayssa Ferreira Gonçalves Santos

A aplicabilidade da teoria na imprevisão aos contratos descumpridos em razão da pandemia DO COVID-19

Letícia Vasconcelos Nascimento

Rosana dos Santos Martins

Do positivismo ao positivismo jurídico: do pensamento utópico ao distópico

Patrícia Morais Lima

João Lucas Gomes Oliveira

Conciliação e mediação como instrumentos do Poder Judiciário para resolução de conflitos

Bruno Cordeiro da Silva

Juarez de Freitas Barbosa

Marcelo de Oliveira

A delação premiada no combate ao crime organizado no Brasil

Jhonathan Cruz Meira Barbosa

Pablo Rafael Freitas Santos

Vânia Olímpia Barbosa Silva

Prescrição intercorrente no processo do trabalho sob o prisma da reforma trabalhista: uma análise do artigo 11-a da Consolidação das Leis do Trabalho

Anny Cristina Silva e Freitas

Luiz Otávio Rodrigues Ribeiro

Heidy Cristina Boaventura Siqueira

Instituto da desconsideração da personalidade jurídica: responsabilidade dos sócios

Fábio da Silva Gomes

Gean Carlos Antunes Tolentino

Caroline Mesquista Antunes

IDEÁRIO NEOLIBERAL E AS FRAGILIDADES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A INCAPACIDADE DO GOVERNO BRASILEIRO DE ENFRENTAR DA PANDEMIA DO COVID-19

IDEÁRIO NEOLIBERAL E AS FRAGILIDADES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A INCAPACIDADE DO GOVERNO BRASILEIRO DE ENFRENTAR DA PANDEMIA DO COVID-19

NEOLIBERAL IDEARIUM AND THE FRAGILITIES OF PUBLIC POLICIES: THE INABILITY OF THE BRAZILIAN GOVERNMENT TO FACE THE COVID-19 PANDEMIC

Luiz Claudio de Almeida Teodoro

Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET MG

luiz.teodoro@cefetmg.br

 <http://lattes.cnpq.br/5534942849132160>

RESUMO: A proposta deste trabalho é realizar uma análise das ações realizadas pelo governo brasileiro para enfrentar a pandemia do COVID 19. Parte-se do pressuposto que o caráter neoliberal, assumido pelos governantes brasileiros, a partir de 2016, não tem ações suficientes para minimizar as consequências sociais da pandemia. Pelo contrário, com o desmonte das políticas públicas pode-se apontar o aumento da desigualdade social e da exclusão social. Além disso, inserido num contexto de descoordenação federativa, marcado por tentativas de descaracterização da pandemia e de desresponsabilização de seus efeitos por parte do Presidente da República, por repetidas trocas e até pela ausência de um Ministro da Saúde e de transparência na divulgação de dados e de ações coordenadas, exigiu a atuação direta de estados e municípios na adoção de medidas locais, muitas vezes conflituosas, que mudaram e afetam todos os setores da sociedade, adaptando e redefinindo suas formas de atuação. O conflito causado em torno da definição da imagem da pandemia, seus problemas e soluções, provocou mudanças que afetaram não apenas a formação da agenda, alterando as prioridades dos governos no processo de formulação de políticas. Este contexto evidência que as ações do governo federal tendem a aumentar as mazelas do povo brasileiro.

Palavras-chave: pandemia COVID19; políticas públicas; neoliberalismo.

ABSTRACT: The purpose of this work is to make an analysis of the actions taken by the Brazilian government to face the COVID 19 pandemic. It is assumed that the neoliberal character, assumed by Brazilian governments, as of 2016, does not have enough actions to minimize the consequences of the pandemic. On the contrary, with the dismantling of public policies, an increase in social inequality and social exclusion can be seen. In addition, inserted in a context of federative uncoordination, marked by attempts by the President of the Republic to de-characterize the pandemic and by the President of the Republic, by repeated exchanges and even the absence of a Minister

of Health and transparency in the dissemination of data and of coordinated actions, it required the direct action of states and municipalities in the adoption of local measures, often conflicting, that changed and affected all sectors of society, adapting and redefining their forms of action. The conflict caused around the definition of the image of the pandemic, its problems and solutions, brought about changes that affected not only the formation of the agenda, changing the priorities of governments in the policy formulation process. This context shows that the actions of the federal government tend to increase the problems of the Brazilian people.

Keywords: pandemic COVID19; public policy; neoliberalism.

INTRODUÇÃO

O liberalismo contemporâneo ou neoliberalismo surge em oposição ao modelo político capitalista denominado Estado de bem-estar social, que predominou no mundo durante o período de 1945 a 1979. Esse modelo inspirado nas teses do economista inglês John Maynard Keynes (1883-1946) visava corrigir alguns problemas graves do liberalismo, e notadamente pretendia reduzir os patamares de desigualdade social. A doutrina kenysiana sustenta que nas economias capitalistas desprovidas de regulação econômica as crises tendem a se alastrar, atingindo diversos setores da economia e podendo envolver uma dimensão de desmoronamento em massa da vida social.

Partindo do pressuposto de que políticas públicas são fundamentais para minimizar as desigualdades sociais e promover a inclusão social dos mais vulneráveis, este texto tem como objetivo analisar, a partir de uma revisão bibliográfica e documental, a capacidade do governo Bolsonaro, claramente aliado à doutrina neoliberal, de lidar com as mazelas sociais durante a pandemia do COVID-19.

Para tanto, no primeiro item serão discutidos os conceitos de exclusão social, vulnerabilidades, inclusão social e políticas públicas. A seguir, foi realizada uma análise dos pressupostos neoliberais. Na sequência, o debate sobre a primeira onda de neoliberalismo no Brasil, com os governos Fernando Collor de Melo (1990-1992), Itamar Augusto C. Franco (1992-1994) e Fernando Henrique Cardoso (1995-2002). Após, uma compreensão das ações dos governos Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) e Dilma Vana Rousseff (2011-2016) e a ênfase nos investimentos em políticas públicas em contraste com o neoliberalismo. Depois, a segunda onda neoliberal com os governos Michel Miguel Elias Temer Lulia (2016-2018) e Jair Messias Bolsonaro (2019-Atualmente). Análise esta que sustenta o debate sobre a atuação do governo Bolsonaro em relação à pandemia do COVID-19, demonstrando a incapacidade de

lidar com a desigualdade social e contribuindo inclusive com o aumento do número de excluídos do país. Por fim, foi feita algumas considerações finais ressaltando os principais aspectos do texto.

1 EXCLUSÃO SOCIAL, VULNERABILIDADES E POLÍTICAS PÚBLICAS

Segundo Fontes (1997), a origem do termo exclusão social é atribuída ao título *Lês Exclus: un français sur dix*, de Renè Lenoir, publicado em 1974, ainda que o conteúdo do trabalho não trouxesse nenhuma elaboração teórica do conceito. O título foi conferido pelo editor baseado no sucesso dos trabalhos de Foucault, principalmente em sua história sobre a loucura. Em Foucault (1987), o termo exclusão, que surge ao lado de expressões como banimento, reclusão e expulsão, serve para analisar as formas de distribuição de poder na sociedade, as modalidades específicas e disseminadas de controle social, os efeitos segregadores de práticas não econômicas que criam e reproduzem diferenças estigmatizantes e hierarquizantes, exercidas de forma regular e “naturalizadas”.

De acordo com Castel (1998), a exclusão social pode ser definida como a “nova questão social”, o lugar em que os trabalhadores com menos vínculos sociais podem ocupar na sociedade industrial. A precarização do trabalho permite compreender os processos que alimentam a vulnerabilidade social e produzem, no final do percurso, a desfiliação social - que se relaciona com a ausência de emprego e o isolamento social. Dessa forma pode-se considerar que “a exclusão social está constituída por transformações na esfera da produção, principalmente, no processo de acumulação capitalista, que prescinde cada vez mais da força de trabalho humana” (CASTEL, 1998, p. 53).

Buscando operacionalizar o conceito, Fontes (1997) considera que o termo exclusão social tornou-se uma espécie de paradigma do final do milênio, aplicado a situações e conjunturas diversas, cuja unidade seria dada por designar contingentes populacionais desnecessários à vida social, ou seja, os “descartáveis”. Algumas mudanças¹ no formato de

¹ Essas mudanças seriam o redirecionamento do capitalismo num crescimento restritivo, limitado, dirigido para grupos específicos de consumidores, ampliando a exclusão interna em escala planetária; o recuo do Estado e a perda de controle dos Estados nacionais sobre as redes financeiras internacionais; e, em certas regiões, como na África, o recuo dramático da participação do capital com desindustrialização e a descapitalização acentuadas (FONTES, 1997).

integração social levam a autora a admitir que as possibilidades contemporâneas de uma exclusão social por externalidades.

Nesta mesma linha, para Escorel (1999), a exclusão social fundamenta-se no processo de crescimento do contingente de pobres e miseráveis com a crise do desenvolvimento econômico. A autora considera que os excluídos são aqueles que estão à margem do processo produtivo, portanto podem ser descartados pela sociedade. “A exclusão social se caracteriza não só pela extrema privação material, mas, principalmente, porque essa privação material desqualifica seu portador” (ESCOREL, 1999, p. 76). Ou seja, retira a qualidade de cidadão, de sujeito e de ser humano, de portador de desejos, vontades e interesses legítimos que o identificam e diferenciam.

Também nesta direção, Gomà (2004) considera que a exclusão baseia-se na fratura do tecido social. Segundo ele, o conceito de exclusão social engloba a pobreza – insuficiência de renda -, mas vai além, à medida que se define também pela impossibilidade ou dificuldade intensa de ter acesso tanto aos mecanismos culturais, como aos sistemas pré-estabelecidos de proteção e solidariedade coletiva. Segundo o autor, três vetores de mudanças são responsáveis por este processo Primeiro, a transição de uma sociedade de classes para uma marcada por múltiplos eixos de desigualdades. O segundo seria a transição de uma sociedade estruturada em valores para outra com riscos e incertezas (subjativação). E o terceiro, a transição de uma sociedade onde predominava a desigualdade vertical para a exclusão. Assim, os excluídos não “são residuais nem temporários, ao contrário, eles estão associados a características estruturais da sociedade que explicam porque e como uma parte da população acumula precariedades.” (GOMÀ, 2004, p. 69).

De forma geral, pode-se utilizar a síntese desenvolvida por Filgueiras (2004), que afirma que a “nova questão social” está relacionada “às vulnerabilidades decorrentes das transformações no mundo do trabalho e nos sistemas de proteção social, à desagregação dos princípios organizadores da solidariedade e ao enfraquecimento dos direitos sociais” (FILGUEIRAS, 2004, p. 25). A autora destaca algumas características de consenso no debate sobre a exclusão: a exclusão engloba a pobreza, porém vai mais além, pois se define como a impossibilidade inserção social; exclusão social é um fenômeno multifatorial e multidimensional, englobando às questões econômico-ocupacionais, isolamento dos indivíduos, abalo do sentimento de pertencimento social, anomia, crise de vínculos sociais e de coesão social; os principais fatores geradores de exclusão são: a fragmentação da sociedade, associada ao individualismo; a economia pós-industrial

(crise do emprego, retorno da precariedade para os trabalhadores e redução da proteção social); o déficit de inclusão das políticas de bem estar; a exclusão não é um fato individual, a limitação das relações sociais é um dos componentes dessa desvantagem; e, a exclusão leva à análise do papel das instituições, ao questionamento das orientações dadas às políticas sociais e ao debate sobre o papel que o Estado poderia desempenhar no combate às causas de exclusão e à implementação de ações de inserção social (FILGUEIRAS, 2004).

Portanto, a desigualdade social é um processo existente dentro das relações da sociedade capitalista. **Faz parte das relações sociais, pois determina um lugar aos desiguais, seja por questões econômicas, de gênero, de cor, de crença, de círculo ou grupo social.** Essa forma de desigualdade prejudica e limita o status social dessas pessoas, além de seu acesso a **direitos básicos**, como: educação e saúde de qualidade, direito à propriedade, direito ao trabalho, direito à moradia, ter boas condições de transporte e locomoção, entre outros.

O fenômeno da desigualdade se manifesta no acesso aos direitos, mas principalmente no acesso a oportunidades. De acordo com Rosseau (1989), a desigualdade tende a se acumular. Logo, determinados grupos de pessoas de classes sociais e econômicas mais favorecidas têm acesso a boas escolas, boas faculdades e, conseqüentemente, a bons empregos. Ou seja, vivem, convivem e crescem num meio social que lhe está disponível. É um ciclo vicioso: esses grupos se mantêm com seus privilégios e num círculo restrito, relacionando-se social e economicamente por gerações a fio.

Apesar deste contexto, da complexidade de se tratar a questão da exclusão social, Gomà (2004) afirma que é possível construir uma sociedade inclusiva. Em linhas gerais, a inclusividade como horizonte propõe uma sociedade onde as pessoas, todas elas cidadãs e cidadãos de pleno direito, possam ter acesso a aqueles mecanismos de desenvolvimento humano e inserção em redes sociais que lhes permitam desenvolver seus projetos vitais em condição de máxima liberdade e igualdade, na ausência de relações sociais de dominação, em um contexto gerador de autonomia e de reconhecimento da diversidade. Além disso, todas as políticas deveriam atender a certos critérios instrumentais de ação: critérios que as afastariam dos estilos de intervenção próprios do estado de bem-estar industrial, e as redefinissem de acordo com as novas lógicas culturais da modernidade reflexiva.

O autor propõe uma agenda integrada para a ação pública local pela inclusão. Trata-se de construir uma agenda que aborde a exclusão social a partir de todas as dimensões implicadas, desde a questão da reinserção no mundo do trabalho até as da autoestima e da solidariedade comunitária. Como destaca Magalhães (2004), apesar das mudanças do mercado, os paradigmas para pensar a inclusão não podem apenas se basear na premissa da absorção dos

excluídos pelos mecanismos da expansão do crescimento capitalista, tem que se trabalhar a complexidades dos múltiplos fatores que causam a exclusão.

Em suma, a noção de exclusão social implica em ser um fenômeno multicausado e multifacetado, relacionado a diferentes vulnerabilidades. Por isso, que políticas de inclusão devem visar ações que possibilitem a geração de emprego e renda, além de mecanismos que criem condições para que as pessoas resgatem sua autoestima e se insiram no convívio social. Nesse sentido, é que as políticas públicas são fundamentais na construção de uma agenda inclusiva.

Segundo Souza (2006), embora as discussões sobre políticas públicas tenham ganhado ênfase nas últimas décadas no Brasil, ainda é um campo incipiente de análise. Pode-se afirmar, de acordo com Saravia (2006), que a política pública é um sistema de decisões públicas que visa ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou transformar “a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir as metas estabelecidas” (SARAVIA, 2006, p. 15). Portanto, estudar uma política pública é buscar compreender por que e como o Estado age, dadas as condições que o cercam.

Segundo Zauli (2003), uma política pública pode ser entendida como um curso de ação baseado na seleção de meios orientados para a realização de certos fins, adotado por autoridades ou agentes públicos. Relacionando-se, portanto, com a dimensão instrumental dos processos de tomada de decisão em que estão envolvidos os ocupantes de cargos públicos. Em um sentido restrito e imediato, podemos definir política pública como toda ação permanente e abrangente do poder público em uma determinada área de atuação, seja econômica, ambiental, urbana ou outras. Isto é, trata-se de uma linha de estratégias adotadas para se lidar com determinados objetivos/problemas, previamente selecionados, linha essa que se materializa/consubstancia, na maioria das vezes, através de princípios, diretrizes, objetivos e normas, mais ou menos explicitados através de planos, programas e projetos e, dependendo de cada caso, também de um arcabouço legal – a lei ou o conjunto de leis. Assim, a construção e a implementação das diferentes políticas públicas envolvem alguma definição prévia acerca dos meios necessários ao alcance de determinados objetivos e a definição de um plano, estratégia ou linha de ação.

Portanto, pode-se destacar que com as políticas públicas vem à tona o surgimento da questão social e traz consigo as origens do Estado de Bem Estar Social, ou seja, a intervenção do Estado, a Política Pública é o estado agindo na sociedade. A formulação de políticas públicas

constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real e que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. As políticas públicas correspondem aos direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais. Políticas Públicas é a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público.

Em síntese, o capitalismo, a partir da Revolução Industrial, gera uma grande expansão econômica, mas, simultaneamente, amplia as desigualdades sociais. Começam a surgir políticas públicas sociais estatais que visam preservar este crescimento implantando ações de proteção social aos trabalhadores. Com as crises e as Guerras, o Estado se torna o principal ator na organização social em detrimento do mercado; assim, há uma ampliação na proteção social transformando em direitos e desmercantilizando as sociedades. Além disso, cabe ressaltar o papel fundamental da organização dos trabalhadores na luta para ampliação e consolidação destes direito, não só via sindicatos, mas também na competição eleitoral.

Porém, com a crise dos anos 70, este modelo que foi delineado com o *welfare state* entra em xeque. Possibilitando o ressurgimento da doutrina liberal com uma “nova roupagem” denominada de neoliberalismo, que será discutida no próximo item.

2. TEORIA NEOLIBERAL

Segundo Hinkelammert (1998), na visão neoliberal, o ser humano só é livre à medida que os preços são livres. A libertação do indivíduo é consequência e também subproduto da libertação dos preços. Tornando os preços livres o homem se liberta. Assim, nega-se qualquer liberdade humana anterior às relações mercantis ou anterior ao mercado. Desse modo, nega-se também qualquer exercício de liberdade, à medida que esse possa entrar em conflito com as leis de mercado. E não pode haver intervenção estatal no mercado, não se conhecendo nenhum direito humano que não derive de posição no mercado. Os direitos humanos se esgotam no direito de propriedade.

O neoliberalismo propõe-se como uma teoria econômica neutra, científica. Entretanto, enquanto sistema de ideias e noções explicativas da realidade, o neoliberalismo converte-se na ideologia perfeita para a etapa globalizante do capitalismo, por justificar teoricamente a livre circulação dos capitais e a diminuição da interferência do Estado na economia tanto no nível da atividade produtiva direta quanto no dos mecanismos de regulação, em especial aqueles que se referem aos investimentos, à distribuição de renda, à abertura dos mercados nacionais e às relações trabalhistas.

Trata-se, em suma, de legitimar, teoricamente, um conjunto de mudanças na forma de gerir a economia e a sociedade, dentre as quais é central a diminuição do papel que o Estado desempenha num modelo econômico que permite maior integração dos países ao processo de globalização financeira, dos mercados e da produção.

Anderson (1995) atribui o surgimento da vertente neoliberal ao contexto da crise do capitalismo nos anos 1930. Seus expoentes são os economistas austríacos Ludwig Von Mises (1881-1973) e Friederich A. Hayek (1899-1992), que postularam soluções opostas às medidas reformistas de Keynes para resolver a crise do capitalismo. A proposta dos austríacos era o retorno ao capitalismo livre de controles, à economia gerida pela ordem espontânea do mercado. O livro emblemático dos neoliberais é o **Caminho da Servidão**, publicado por Hayek em 1944. O marco histórico de formação do grupo de intelectuais neoliberais foi a sua reunião na Suíça, em 1947, quando fundaram a Sociedade Mont Pèlerin.

A contribuição essencial da Escola Austríaca de Economia fundamenta-se na “teoria marginal do valor subjetivo”, que explica os fenômenos econômicos pelas ações individuais, as quais resultariam de escolhas baseadas em valores pessoais subjetivos e na noção de eficácia da “ordem espontânea” da economia de mercado como alocadora de recursos escassos através do mecanismo dos preços. A doutrina neoliberal derivada dessa escola não se resume a uma corrente de pensamento econômico, ela se coloca como uma concepção global de mundo, que envolve um corpo teórico-epistemológico, um conceito de ser humano, uma da constituição da sociedade e da ordem política (LOPEZ, 1988).

Para entender as postulações dos neoliberais, faz-se necessário um retorno ao clássico fundador do liberalismo: Locke. O liberalismo é entendido nessa doutrina como um corpo teórico que tem seu fundamento “no individualismo possessivo, cuja noção fundamental é a de que o homem se relaciona com a realidade através da propriedade de si mesmo e de seus bens.” (LOPEZ, 1988, p. 39).

O problema para os neoliberais é que os povos apresentam uma tendência histórica a reivindicar maior participação, em especial a intensificar suas demandas por “(...) uma crescente e insaciável igualdade, não apenas legal e política, são de oportunidades, como também uma igualdade de condição econômica e social” (BORÓN, 1981, p. 45). Assim, entre os dois princípios que estruturam o pensamento democrático - liberdade e igualdade -, o neoliberalismo opta claramente pela liberdade. A liberdade de que se fala não é política, já que, dentro do conceito neoliberal, a liberdade individual não tem como pressuposto a liberdade política (LOPEZ, 1988). “Um povo de homens livre não é necessariamente um povo livre.” (HAYEK, 1965, p. 49). O neoliberalismo fundamenta a concepção de liberdade negativa considerando-a um atributo estritamente individual, sem dimensões sociais, e como uma situação que obriga o indivíduo a assumir todos os riscos da condução de sua própria vida de forma individual e independente.

A ênfase que os neoliberais colocam no conceito de liberdade em detrimento do de igualdade revela o darwinismo social implícito na concepção neoliberal. Afinal, no momento em que a questão da igualdade é tratada como uma questão menor, desconsideram-se todas as lutas sociais e as vitórias históricas dos povos por igualdade de direitos, e abre-se caminho para a exaltação da grandeza do mais forte, e, inclusive, para a ideia de revitalização da sociedade através do sofrimento e da eliminação dos fracos.

Ainda numa perspectiva individualista, o mercado seria, então, de acordo com a concepção epistemológica neoliberal, o único fator racional de ordenamento da sociedade e de sua organização econômica, bem como o sistema ótimo de alocação de recursos. No mercado, são definidos livremente os preços, pela lei da oferta e da demanda, a própria produção, a concorrência e o lucro. São os consumidores que definem, a partir de suas preferências, a qualidade e a quantidade do que deve ser produzido.

A soberania dos consumidores só é violada quando os preços são determinados por monopólios, que representam uma degeneração do livre mercado. Nos casos em que o monopólio é de todo inevitável, é preferível o monopólio privado, que raramente é total e tem pouca duração, “devido à maior possibilidade de surgir um concorrente, ao monopólio estatal, que é protegido pela lei e contra a competição em potencial.” (XAVIER, 1996, p. 114).

Questões como a desigualdade da renda e da riqueza são, nessa concepção, inerentes à economia de mercado e condição fundamental para o seu funcionamento e encontram seu fundamento, obviamente, na desigualdade natural entre os homens (meritocracia). Para os

neoliberais a pobreza é o resultado da ação de pessoas que não são capazes de cuidar de si, e a sua contrapartida, o luxo, é um elemento dinamizador da economia, porque gera novas necessidades e estímulo à indústria (XAVIER, 1996).

A manutenção de tradições e valores herdados também tem um peso significativo na concepção neoliberal da sociedade. Essa ideia de sociedade descentralizada e atomizada, derivada da ação racional dos homens perseguindo fins úteis, reconhece, além do mercado, outra fonte original: o sistema de tradições, instituições e normas. Todos também apresentam ordens autogeradas que reúnem a experiência e a sabedoria das gerações anteriores e que, como o mercado, não respondem a nenhum desenho humano prévio (LOPEZ, 1988). Segundo Hayek (1965), os sucessos dos indivíduos beneficiam-se de mais conhecimentos do que eles podem manipular. Muito do que se prova útil para nós não pode ser articulado por nós. O ajustamento das ações humanas frente a situações mutáveis não é produzido apenas por conexões conhecidas e transparentes entre meios e fins. Muito frequentemente, os indivíduos chegam a esse ajuste seguindo sinais redutores e sintéticos, como os valores monetários, ou pela obediência a hábitos e costumes. Normas e valores morais, leis e instituições, cujas origens muito frequentemente desconhecemos.

Essa concepção profundamente conservadora induz os neoliberais a explicarem a crise social contemporânea como consequência do *welfare state* e da democracia social, ambos os produtos da crença equivocada de que é possível intervir para melhorar a sociedade. Para os neoliberais, a única possibilidade de superação estaria na restauração dos valores do mercado livre. Essa transformação do mercado capitalista em algo “natural” e “a-histórico” leva os neoliberais a definirem a economia como a verdadeira ciência e suas recomendações como princípios inquestionáveis, pois não se pode discutir a ordem natural das coisas.

Se a teoria do neoliberalismo transforma o mercado capitalista na sociedade capitalista, regida exclusivamente pela “verdade científica” contida na economia administrada pelos tecnocratas, então pode-se deduzir que a concepção de política do neoliberalismo é realmente uma “(...) antipolítica, entendendo-se a política como vontade dos homens aplicada na decisão sobre como aprimorar suas condições materiais de vida” (LOPEZ, 1988, p. 48). Na realidade, para os neoliberais, a economia e a política não são separadas, não existe liberdade política sem liberdade econômica. A economia é tratada como um fim em si mesmo e como um instrumento indispensável para obtenção da liberdade política.

Como a única ameaça à liberdade viria da concentração de poder e da tentativa de limitação da liberdade econômica, os neoliberais propõem a limitação e a descentralização do poder governamental. Isto porque os neoliberais têm uma concepção negativa do poder, segundo a qual ele não é uma relação social, senão pura coerção sobre o indivíduo, procedente do Estado ou de algumas organizações sociais. Nessa concepção, portanto, o poder econômico não é considerado fruto de uma relação social, e a autoridade é necessária apenas para controlar a coerção e evitar a arbitrariedade. O objetivo final é alcançar um Estado Mínimo.

No ideário liberal, o papel do governo parece reduzir-se a algumas poucas funções básicas: 1) proteger cidadãos contra inimigos externos, reais ou potenciais; 2) garantir a liberdade e a possibilidade de autodeterminação dos indivíduos; 3) manter uma estrutura institucional que permita aos indivíduos cooperar eficientemente; 4) garantir a segurança material das pessoas, para que o padrão de vida dos cidadãos não caia abaixo de certo mínimo de decência, intervenção à qual geralmente se adiciona o limite estampado no lema: *material security, not material equality*.

Neste sentido, a democracia, segundo Hayek (1965), acaba com a noção do governo limitado pela lei, altera o sentido original das leis enquanto regras gerais aplicáveis a todos e instala a arbitrariedade do poder desde o momento em que um parlamento soberano e com poderes ilimitados deposita a necessidade de sua permanência na satisfação de interesses particulares, que seriam os eleitorais, partidários, etc. Para proteger a assembleia legislativa da pressão desses interesses específicos, seria necessária uma ordem constitucional à prova de contratempos democráticos. Para tanto, Hayek (1965) propôs uma solução bicameral: uma assembleia representativa das maiorias, que emitiria normas e não leis; e a outra, a assembleia das Leis, que deveria “(...) consistir de homens e mulheres que pudessem ter visão de longo prazo” (MORAES, 1996, p. 126).

Daí se origina o perfil de uma assembleia legislativa, cuja composição é formada a partir de critérios que permitem que ela esteja a salvo da veleidade das maiorias. Tal assembleia legislativa não deveria ser fragmentada por partidos, os delegados não poderiam ser reeleitos, os mandatos seriam de 15 anos, os votantes teriam de ser maiores de 45 anos, desse modo iria se ter, para cada vida, um voto. Esse regime foi denominado de “demarquia”, por Hayek, e consistia exatamente na criação de uma espécie de “metagoverno”, capaz de tornar o regime representativo imune às pressões de interesses específicos. Essa separação de poderes estaria

presente também nos níveis estadual e municipal para descentralizar e diminuir o poder do Estado (LOPEZ, 1988).

Dentro desse ideário, a democracia seria também um valor negativo, e sua finalidade seria evitar maiores ganhos para os indivíduos, limitar os poderes dos governantes incompetentes e oferecer um procedimento seguro para a sucessão pacífica dos governos. Minimiza-se assim o significado que a democracia adquiriu desde o século XIX, tentando equilibrar liberdade e igualdade, desenvolvendo a cidadania e avançando na conformação do estado de bem-estar. Ao contrário, a ideia neoliberal de democracia exclui a dimensão social e política, fruto desse período histórico. As incompatibilidades entre liberalismo e democracia (ou a aceitação da relação entre liberalismo e autoritarismo) transparecem com clareza nos pressupostos ideológicos do neoliberalismo.

A partir das contradições entre democracia e neoliberalismo, ou melhor, com uma democracia cujas políticas sociais são concebidas como direitos e não como privilégios, será analisada no próximo item como as ideias neoliberais se manifestaram no Brasil e suas consequências durante a pandemia do COVID-19, e perspectivas posteriores.

3. EXPERIÊNCIAS NEOLIBERAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

O Brasil inicia a década de 90 com uma grande contradição: por um lado, a necessidade de implementar uma Constituição Federal, promulgada em 1988, que ampliava e consolidava uma série de direitos sociais e ampliava a democracia, tanto que ficou conhecida como Constituição cidadã. Por outro lado, em 1989, o país assinara o Consenso de Washington que tinha como um “receituário” as ideias neoliberais, que já eram proclamadas por alguns governos dos países desenvolvidos, principalmente EUA e Reino Unido, desde as décadas de 1970 e 1980, quando o Neoliberalismo começou a avançar pelo mundo. Além disso, instituições como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial já colocavam a cartilha neoliberal como pré-requisito necessário para a concessão de novos empréstimos e cooperação econômica. As recomendações apresentadas giraram em torno de três ideias principais: abertura econômica e comercial, aplicação da economia de mercado e controle fiscal macroeconômico.

Dentre as premissas básicas colocadas no Consenso de Washington, pode-se destacar:

- a) Disciplina fiscal, em que o Estado deveria cortar gastos e eliminar ou diminuir as suas dívidas, reduzindo custos e funcionários;

- b) Reforma fiscal e tributária, em que o governo deveria reformular seus sistemas de arrecadação de impostos a fim de que as empresas pagassem menos tributos;
- c) Privatização de empresas estatais, tanto em áreas comerciais quanto nas áreas de infraestrutura, para garantir o predomínio da iniciativa privada em todos os setores;
- d) Abertura comercial e econômica dos países, diminuindo o protecionismo e proporcionando uma maior abertura das economias para o investimento estrangeiro;
- e) Desregulamentação progressiva do controle econômico e das leis trabalhistas.

O Consenso de Washington tornou-se, dessa forma, uma verdadeira “receita de bolo” para a execução das premissas neoliberais em toda a região latino-americana, que acatou as suas ideias principalmente pela pressão e influência exercidas pelo governo dos Estados Unidos e por instituições como o FMI, o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD).

Apesar de o Brasil ter sido um dos poucos países que não aceitaram de imediato essas medidas, foi um dos que mais rapidamente as aplicou, em um processo que conheceu o seu ápice ao longo da década de 1990. A principal ação do governo brasileiro nesse sentido foi a implantação da política de privatizações, em que empresas estatais dos ramos de energia, telecomunicações, da mineração e outros foram transferidas para a iniciativa privada. Na sequência, vão ser analisados como cada presidente, a partir da década de 90, implantaram estas ideias.

3.1 Governos Fernando Collor de Mello (5/03/1990-29/12/1992), Itamar Augusto C. Franco (29/12/1992-01/01/1995) e Fernando Henrique Cardoso (01/01/1995-01/01/2003)

O governo de Fernando Collor de Mello foi uma das expressões brasileiras do projeto neoliberal. O chamado Plano de Reconstrução e a Carta de Intenções dirigida ao Fundo Monetário Internacional (FMI) sintetizam o receituário da doutrina neoliberal política. O Projeto de Reconstrução Nacional defende a necessidade de mudança significativa na natureza do Estado e das suas formas de atuação. O que se propõe é um Estado Menor, mais ágil e bem informado e que a tarefa da modernização da economia terá na iniciativa privada o seu principal motor.

No Projeto de Reconstrução Nacional, implantado em 1990, Fernando Collor defendia:

- a) Poupança retida para quem tivesse depósitos acima de 50.000 cruzeiros novos (atualmente, 5.000 a 8.000 reais);
- b) os preços deveriam voltar aos valores de 12 de março;
- c) mudança da moeda: de cruzados novos para cruzeiros, sem alterações de zeros;
- d) início do processo de privatização de estatais;
- e) reforma administrativa com o fechamento de ministérios, autarquias e empresas públicas;
- f) demissão de funcionários públicos;
- g) abertura do mercado brasileiro ao exterior com a extinção de subsídios do governo;
- h) flutuação cambial sob controle do governo.

Além do “confisco” da caderna de poupança, o Programa Nacional de Desestatização (PND) redefiniu o papel do Estado, que abdicava da função de responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços. Durante os seus 655 dias na presidência, 15 empresas foram desnacionalizadas (com média de uma empresa e meia vendida por mês). Priorizou-se a privatização do setor siderúrgico, considerado estratégico para o desenvolvimento econômico de qualquer país. O desmonte das empresas estatais de energia, teve início com a privatização da *holding* Siderurgia Brasileira S.A. – Siderbrás, criada em 1973, que englobava, dentre outras, a Usiminas, vendida em 1991, até hoje uma das principais empresas do país. Esse processo de desmonte representou uma ruptura com o projeto desenvolvimentista brasileiro.

Com o *impeachment* de Collor, em 1992, assume a presidência seu vice Itamar Franco. Ele privatizou 18 empresas estatais (uma média de 1,35 vendida por mês) em seus 733 dias na presidência, dando sequência à política de Fernando Collor. As duas principais empresas privatizadas por Itamar Franco foram a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), localizada em Volta Redonda. A CSN foi o primeiro grande investimento estatal do país, realizado no governo Vargas, em 1941. A Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. foi vendida em 1993 e a Embraer em 1994, privatizada por R\$ 265 milhões em leilão vencido pelo grupo Bozano, Simonsen – de propriedade do ex-ministro da Fazenda, Planejamento e presidente do Banco Central na Ditadura Civil-militar brasileira, Mário Henrique Simonsen. Fernando Henrique Cardoso, entusiasta das privatizações e ministro da Fazenda de Itamar, assumiu a presidência da República em 1995 e quebrou diversos monopólios estatais (Petrobrás, telecomunicações e gás) acelerando o processo de privatizações no país.

Tendo como “cabo eleitoral” o Plano Real², Fernando Henrique Cardoso (FHC) se elegeu Presidente em 1994. Assumindo um discurso e uma postura neoliberal, pode-se destacar as ações de seu governo nesse sentido: redução de 20% dos funcionários públicos em nível federal e estadual por meio da aposentadoria antecipada ou demissão; terceirização de trabalhadores e vários serviços do estado; abertura do mercado nacional para empresas estrangeiras; e um vasto programa de privatizações.

Nos seus oito anos de governo, FHC privatizou 10 empresas, dentre elas estabelecimentos essenciais para o desenvolvimento do país, como a Companhia Vale do Rio Doce, Telebrás e Banespa (maior banco estadual do país) e fez 5 concessões rodoviárias e 7 ferroviárias. Com a quebra de monopólio do petróleo, FHC leiloou 484 blocos de regiões de extração petrolífera, retirando o que seriam receitas para a Petrobrás. Outro golpe mortal na estatal foi uma privatização parcial, por meio das vendas de ações. Para se mensurar a dimensão do desfalque à sociedade brasileira, em junho de 1997, o governo detinha 60,9% das ações da estatal, já em março de 2002, este número caiu para 40,6%. Além de desempossar a sociedade brasileira de empresas que eram importantes patrimônios estatais, as medidas adotadas pelo governo FHC elevam o desemprego, reduzem salários e promovem demissões em massa.

As privatizações desse período foram cercadas de grandes escândalos de corrupção e favorecimentos, além de grande parte delas terem sido financiadas pelo próprio Estado, “dando a faca e o queijo” para o capital privado se apropriar das riquezas do conjunto da sociedade. A Vale do Rio doce, por exemplo, foi vendida por R\$ 3,3 bilhões, quando somente as suas reservas minerais eram calculadas em mais de R\$ 100 bilhões à época. Além disso, têm-se suspeitas de quem organizou o consócio vencedor do leilão foi o então Ministro do Planejamento José Serra.

3.2 Governos de Luiz Inácio Lula da Silva (01/01/2003 – 01/01/2011) e Dilma Van Rousseff (01/01/2011-31/08/2016): rompimento da lógica neoliberal

² O Plano Real, implementado em 1993, teve três etapas: (1) **Ajuste Fiscal**: Procurou equilibrar as contas do governo através de um arrocho orçamentário, isto é, uma tentativa de gastar menos e recolher mais através de impostos; (2) **Implementação da Unidade Real de Valor (URV)**: A Unidade Real de Valor (URV) pode ser considerada a parte fundamental do Plano Real, que teve início em março de 1994. Tratava-se de uma moeda virtual atrelada à cotação do dólar comercial no dia anterior. Na prática, todos os preços na prateleira eram marcados com o valor de URV, porém, quando se pagava, o valor era convertido para a moeda circulante, o Cruzeiro Real; e (3) **O Real**: A moeda foi oficializada no **1º de julho de 1994**. No dia de seu lançamento, todos deveriam converter os Cruzeiros Real (CR\$) para Real (R\$). A colocação é que R\$1 era equivalente a CR\$ 2.750.

Em oito anos de governo Lula, o Brasil teve avanços nos setores de economia e inclusão social. Índices históricos de crescimento econômico e redução da pobreza garantiram ao ex-metalúrgico 83% de aprovação popular – o maior patamar entre presidentes desde o fim da ditadura.

Na economia, ele manteve o Plano Real e deu continuidade ao programa que controlou a inflação. A medida assegurou a estabilidade econômica e possibilitou que outras questões importantes, como saúde, educação e segurança pública, fossem discutidas. O Produto Interno Bruto (PIB), que representa a soma de todas as riquezas de um país, teve um crescimento médio anual de 4,0% nos dois mandatos. O índice é quase o dobro do registrado no período de 1981 a 2002 (2,1%). Assim, o Brasil passou de 12º lugar para 8º no *ranking* das maiores economias do mundo.

Neste contexto, a redistribuição de renda foi o principal destaque. Programas sociais como o Programa Bolsa Família, Farmácia Popular; Serviço de Atendimento Móvel a Urgência (SAMU), Minha Casa Minha Vida, dentre outros, forma fundamentais para a melhoria da qualidade de vida da população mais pobre. Além disso, a expansão do crédito, o crescimento dos empregos formais e o aumento real do salário mínimo permitiram a ascensão de classes mais pobres ao consumo, o que possibilitou um ciclo positivo da economia brasileira. O efeito também foi sentido no setor empresarial: a maior renda do trabalhador converteu-se em compras. A alta no consumo, por sua vez, estimulou investimentos no comércio e na indústria, inclusive em contratações, realimentando o ciclo. Ressaltando que o governo Lula se encontrava num momento de crescimento econômico mundial, com a recuperação da crise nos EUA e a consolidação econômica do mercado comum europeu.

No cenário internacional, o governo petista surpreendeu. Durante reunião dos G20 em Londres, no ano de 2009, Lula foi chamado de “o cara” pelo presidente norte-americano Barack Obama. O que demonstrava ser uma liderança internacional. No seu governo, o Brasil reforçou laços políticos e comerciais, sobretudo na América do Sul, África e Ásia. Rompendo assim, com o papel de submissão do Brasil nas negociações econômicas com os EUA e a Europa.

Por outro lado, é fundamental apontar as críticas ao governo. Primeiro, a manutenção da taxa do **Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC)**³ que mantém o país dependente da especulação financeira internacional para gerar reserva de dólar. Segundo, a

³ A Selic é a taxa básica de juros da economia brasileira. Basicamente, ela influencia todas as demais taxas de juros do Brasil, como as cobradas em empréstimos, financiamentos e até de retorno em aplicações financeiras.

Reforma tributária que não foi efetivada, o sistema tributário atual é muito complexo com mais de 90 tributos (incluindo impostos, taxas e contribuições), cinco mil leis e 46 mil artigos. Além disso, é necessário simplificar o atual sistema tributário e fiscalizar efetivamente o uso público do dinheiro arrecadado com impostos. Ademais, é fundamental não taxar salário, mas sim a renda; como acontece, por exemplo, com o imposto de renda.

Em 2012, Dilma Van Rousseff é a primeira mulher eleita no Brasil com o apoio de Lula e com o discurso de continuidade do governo anterior. Porém, ela teve que enfrentar uma forte recessão econômica mundial, que também atingiu a economia nacional, causada principalmente com a crise do *subprime*⁴ norte americana. Tentando reverter essa crise, aumentou os investimentos na infraestrutura do país por meio do Programa de Aceleração do Crescimento 2 (PAC 2), em 2011. Além disso, as taxas de juros foram reduzidas, facilitando o crédito para as empresas e pessoas físicas. No âmbito internacional como os países da União Europeia e Estados Unidos estavam em crise, recorreu-se à continuidade de estender comércio com países da América Latina e a China.

As atuações das ações dos governos Lula e Dilma fizeram melhorar significativamente os indicadores sociais, tanto que o país saiu, pela primeira vez na sua história, do Mapa da Fome da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, em 2014. O Brasil foi destaque no “*Relatório de Insegurança Alimentar no Mundo*” de 2014, por ter construído uma estratégia de combate à fome e ter reduzido de forma muito expressiva a desnutrição e subalimentação nos últimos anos. Segundo a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (the Food and Agriculture Organization - FAO), contribuíram para este resultado: a) aumento da oferta de alimentos - em 10 anos, a disponibilidade de calorias para a população cresceu 10%; b) aumento da renda dos mais pobres com o crescimento real de 71,5% do salário mínimo e geração de 21 milhões de empregos; c) Programa Bolsa Família: 14 milhões de famílias; d) merenda escolar: 43 milhões de crianças e jovens com refeições; e) governança, transparência e participação da sociedade, com a recriação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA).

⁴ A Crise do *subprime* foi uma crise financeira desencadeada em 24 de julho de 2007, a partir da queda do índice Dow Jones motivada pela concessão de empréstimos hipotecários de alto risco, prática que arrastou vários bancos para uma situação de insolvência, repercutindo fortemente sobre as bolsas de valores de todo o mundo.

Porém, os anos 2011-2014 marcam uma fase de desaceleração da economia brasileira, a despeito da aparente manutenção do modelo de política econômica desenvolvimentista que sustentou o crescimento e enfrentou a crise internacional durante o período 2004-2010. Tornou-se dominante, desde então, a interpretação de que esse quadro evidenciava o esgotamento do modelo desenvolvimentista, sobretudo na área fiscal: as mesmas estratégias de expansão do gasto público e de desonerações tributárias que estimularam o crescimento a partir de 2004 não produziam mais este efeito. O país passou a enfrentar a partir de 2015 uma grave crise fiscal. No debate sobre as razões dessa reversão, o campo conservador atribuiu à política fiscal, considerada excessivamente expansionista do lado do gasto público, uma parte importante da responsabilidade pelo esgotamento da fase de bonança. A estratégia do governo de continuar investindo em políticas públicas em detrimento do mercado financeiro, entre outras questões, instalaram a crise política que acarretou no *impeachment* da presidente Dilma. Assumindo o governo, em agosto de 2016, seu vice Michel Temer.

3.3 Michel Miguel Elias Temer Lulia (31/08/2016 -31/12/2018) e Jair Messias Bolsonaro (01/01/2020 – a atualmente): a retomada do ideário neoliberal

O programa de governo estabelecido por Temer previa cinco eixos:

- a) espaço econômico - reequilíbrio fiscal, melhoria do ambiente de negócios, reforma previdenciária e reforma trabalhista;
- b) infraestrutura - programas de concessões, privatizações e atração de investimentos;
- c) social e cidadania - pacto social pelo emprego, programa “fazer mais com menos na Saúde”, salto de qualidade e gestão na educação, melhora das políticas de transferência de renda;
- d) reconexão do Brasil com o mundo - gestão de crise, emergência e grandes eventos;
- e) gestão pública - programa de “modernização do Estado” e programa nacional anticorrupção.

É possível estabelecer uma relação direta entre esses pressupostos e o receituário neoliberal. O governo Temer aprovou, em 2017, a lei de regulamentação da terceirização irrestrita, ou seja, as empresas podem terceirizar agora qualquer tipo de atividade de sua operação. As críticas a essa medida foram muitas, dentre elas pode se destacar: demissões; empresas prestadoras de serviço oferecem más condições de trabalho pela falta de preparo e

orientação, além dos menores compromissos éticos e de segurança; a empresa de terceirização terá autorização para subcontratar outras empresas para realizar serviços de contratação, remuneração e direção do trabalho, que é chamado de “quarteirização”; com isso, os problemas de condições de trabalho e exigência de direitos trabalhistas na Justiça envolvem mais de uma empresa e, conseqüentemente, ficam mais complexos; o Estado diminuirá a oferta de concursos públicos com a possibilidade de contratar funcionários terceirizados para trabalharem para o Estado; e a possibilidade de que o Estado contrate funcionários terceirizados, pode favorecer o nepotismo em diferentes esferas. A proposta de governo com a terceirização foi gerar mais empregos, mas o que se pôde acompanhar foi o aumento de desemprego no país. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) o desemprego em 2015 era 7,1% da população economicamente ativa, em 2016 9,4% e em 2017 12,3% (IBGE, 2020).

Em 2017, seguindo a lógica de diminuir direitos dos trabalhadores o governo aprova a Reforma Trabalhista que praticamente desmontou a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), fora de qualquer parâmetro democrático, pois não houve uma grande discussão com a sociedade. Para os neoliberais, a desregulamentação das leis de proteção ao trabalho constitui um componente econômico fundamental, baseado na competitividade, na produtividade, na formalização do mercado de trabalho e no combate ao desemprego. A reforma destruiu quase que por completo todo o sistema de proteção ao trabalhador no Brasil e impôs enorme derrota aos trabalhadores, como se fossem eles grandes privilegiados por usufruírem ao longo da história dos direitos trabalhistas, os culpados da crise econômica.

Ao reivindicar por menos regulamentos legais, os neoliberais estão preconizando a redução da intervenção do Estado no mercado de trabalho. No lugar da lei propõem que a normatização das relações de trabalho seja realizada exclusivamente pelas partes nelas envolvidas. Um dos principais pontos da Reforma, vigente, abre a possibilidade para que negociações entre trabalhadores e empresas se sobreponham à legislação trabalhista, o chamado "acordado sobre o legislado". Poderão ser negociados à revelia da lei o parcelamento de férias, a jornada de trabalho, a redução de salário e o banco de horas. Por outro lado, as empresas não poderão discutir o fundo de garantia, o salário mínimo, o 13o e as férias proporcionais.

Este movimento, proposto pela Reforma Trabalhista do governo Temer segue em consonância com a ordem liberal, vigente no século XIX, que pregava que o salário e as condições de trabalho fossem estabelecidos a partir da livre negociação entre indivíduos. A formalização do contrato de trabalho deveria ser realizada sem o intermédio de “tutelas

corporativas”. A celebração do contrato de trabalho era concebida como um ato individual e não coletivo, posto que a negociação coletiva reduz a autonomia das empresas na fixação das condições de trabalho.

Além disso, Temer passou projetos que impôs tetos de gastos para os governos federal e estaduais, via renegociação das dívidas. Com ele, desde 2017, o gasto máximo que o governo pode ter é calculado com base no orçamento do ano anterior, corrigido pela inflação. A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) colocou limites em gastos que historicamente cresceram todos os anos em um ritmo acima da inflação, como educação e saúde. Além disso, gastos com programas sociais foram afetados pelo congelamento. Esta medida prejudicou o alcance e a qualidade dos serviços públicos oferecidos. Como por exemplo, os investimentos do Plano Nacional de Educação. Aprovado em 2014, o PNE tem metas de universalização da educação e cria um plano de carreira para professores da rede pública, uma das categorias mais mal pagas do país.

Além disso, a população mais pobre, que depende do sistema público de saúde e educação, foi a mais prejudicada com o congelamento dos gastos do Governo do que as classes mais abastadas. A Associação Brasileira de Saúde Pública, por exemplo, divulgou carta aberta criticando a PEC. No documento a entidade afirma que a proposta sucateia o Sistema Único de Saúde, utilizado principalmente pela população de baixa renda que não dispõe de plano de saúde. Além disso, de acordo com o texto da proposta, o reajuste do salário mínimo só poderá ser feito com base na inflação - e não pela fórmula antiga que somava a inflação ao percentual de crescimento do PIB. Isso atingiu diretamente a qualidade de vida de quem tem o seu ganho atrelado ao mínimo.

Em 2019, Jair Messias Bolsonaro assume a presidência também atrelado as ideias neoliberais, tanto que seu ministro da economia, Paulo Guedes, é um dos *Chicago Boys*. Paulo Guedes montou a sua turma de “Chicago Boys” brasileiros. São quatro economistas, incluindo o próprio ministro, formados na Universidade de Chicago, nos Estados Unidos, que estão implementando no Brasil os ideais que aprenderam na instituição considerada o berço do liberalismo econômico: menos Estado, mais iniciativa privada. Mas, apesar do ineditismo por aqui, a ideia de formar economistas liberais vindos de Chicago é antiga e já foi aplicada no Chile, na ditadura de Pinochet durante a década de 1970.

A principal agenda econômica implantada, pelo governo, foi a Reforma da Previdência. A Previdência Social é, indiscutivelmente, uma das políticas públicas de caráter

mais solidário e redistributivo que existe. É uma garantia que uma nação dá ao seu povo, e mais particularmente aos assalariados que compõem a média e a baixa renda, de que não ficarão desamparados na velhice. Para que essa equação seja viável, é fundamental que o sistema de contribuição seja solidário, e que todos contribuam para que todos tenham o direito à aposentadoria.

Pode-se apontar que a grande crítica à Reforma é que mais uma vez penaliza o trabalhador. Do suposto 1,2 trilhão de reais de economia em dez anos, cerca de 82% serão retirados do Regime Geral da Previdência, que já tem um teto que não pode ser apontado sequer como mediano; desses, quase 90% serão retirados de quem ganha até três salários mínimos.

Os setores que mais impactam na previdência ficaram de fora, são eles: militares e o judiciário. A reforma proposta para os militares aumenta a contribuição e o tempo de serviço e prevê uma economia líquida de R\$ 10,45 bilhões nos primeiros 10 anos de vigência da proposta, ou seja, 1% dos R\$ 1,1 trilhão de impacto fiscal previsto na reforma dos demais trabalhadores dos setores privado e público. Além disso, está atrelada ao aumento de salários. Os salários de generais do Exército, almirantes da Marinha e tenentes-brigadeiros, que são de R\$ 22.631,28 com gratificações, subirão para R\$ 30.175,04, ou seja, a economia prevista vai desaparecer logo, pois com aumento de salários vai impactar na aposentadoria, ressaltando que os militares reformam com uma patente acima e com o salário integral.

A Reforma, com a justificativa de salvar o equilíbrio da conta da Previdência Social, sacrificando de um lado a contribuição e do outro a aposentadoria de milhões de trabalhadores, deixou de fora juízes, magistrados e membros do Ministério Público que recebem supersalários. Numa análise feita pelo site Brasil de Fato, em setembro de 2019, que teve acesso a 50 contracheques de juízes e desembargadores do estado de Tocantins, referentes ao mês de dezembro de 2018, foram analisados os valores brutos, a contribuição previdenciária para o INSS e as gratificações, bonificações e prêmios. O total dos subsídios (rendimentos) dos 50 magistrados foi igual a R\$ 1,4 milhão. A esse valor foram somados mais R\$ 448 mil em indenizações e outros R\$ 5,2 milhões em direitos eventuais, o que inclui uma grande variedade de acréscimos como: auxílio-moradia, auxílio-paletó, ajuda de custo, auxílio-livro, gratificação por serviço extraordinário, gratificação por serviço cumulativo, gratificação por substituição, entre outros.

O valor total de desconto para o INSS nos cinquenta contracheques analisados pela reportagem foi de R\$ 419 mil, o que representa apenas 5,8% do valor creditado na contas

dos juízes. O trabalhador com carteira assinada contribui com 8%, 9% ou 11%, de acordo com a faixa salarial. Os autônomos contribuem com 20% da renda. Para os juízes, a regra de contribuição para o INSS é de 11% sobre o salário para quem entrou no serviço público antes de 2013. Para quem entrou no Poder Judiciário depois desse ano, a contribuição é de 11% sobre o teto do INSS (R\$ 5,8 mil). A mudança veio através da Lei Federal 12.618, de 30 de abril de 2012. Na prática, a contribuição dos juízes acaba sendo menor que a do comum dos trabalhadores, como demonstra o levantamento feito pelo Brasil de Fato, porque o cálculo não leva em conta as bonificações, os “direitos eventuais” e as gratificações. Uma distorção que é mantida na proposta de reforma apresentada pelo governo.

Em síntese, a reforma da previdência penaliza o trabalhador que vai ter que trabalhar mais, recebendo menos. Com grandes dificuldades de acessar os benefícios da aposentadoria. Não se pode pensar em *superávit* na Previdência, com um desemprego formal que chega a 14 milhões de trabalhadores brasileiros, mais de 15 milhões de trabalhadores de aplicativos, e outra multidão que não contribui para a Previdência, porque foram excluídos por esse modelo econômico, ou seja, não contribuem pois não tem acesso a empregos formais, ou a um patamar de renda que lhes permitiria fazê-lo como autônomos.

O próximo tópico traz análises dos impactos da pandemia do COVID-19 na Brasil, apontando as fragilidades de combate ao mesmo, pela incapacidade do governo com ações neoliberais de superar esta crise.

4 As Fragilidades do Governo Neoliberal de Combater a Pandemia do COVID-19

Diversos estudos no campo de políticas públicas buscaram analisar o impacto de grandes desastres naturais, como *tsunamis* e terremotos, momentos de crises econômicas e de guerras no processo de formação da agenda governamental e na seleção de alternativas para a formulação de políticas. Esses estudos inseriram no debate acadêmico os conceitos de eventos focalizadores (*focusing events*) (Kingdon, 1984) e de eventos desencadeadores (*triggering events*) (Baumgartner e Jones, 1993), lançando especial atenção para suas características e a forma como eles são capazes de modificar o seletivo processo de formação da agenda, dada a grande mobilização e urgência na atuação governamental sobre os impactos causados.

A atenção dada por atores aos mais variados temas que permeiam a sociedade e a priorização de alguns problemas em detrimento de outros são aspectos centrais para a

compreensão do processo de formação e mudança na agenda. Durante a pandemia, no Brasil, acompanhamos a forma como atores se posicionaram na tentativa de caracterizar os problemas advindos da COVID-19, construindo interpretações sociais sobre suas consequências e soluções. É notória a disputa simbólica ocorrida no país que, se por um lado, movimentava seus atores e comunidades para o reconhecimento e proposição de soluções para os problemas oriundos da pandemia, por outro, assistia ao presidente da república negar a gravidade dos fatos e seus impactos, a despeito de toda informação e recomendação de organismos internacionais e das experiências vividas anteriormente por outros países.

No Brasil, diversas ações foram tomadas nas semanas que se seguiram ao reconhecimento da pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), para evitar o contágio em massa e como forma de continuar o desenvolvimento mínimo de atividades essenciais. Inserido num contexto de descoordenação federativa, marcado por tentativas de descaracterização da pandemia e de desresponsabilização de seus efeitos por parte do Presidente da República, por repetidas trocas e até pela ausência de um Ministro da Saúde e de transparência na divulgação de dados e de ações coordenadas, exigiu a atuação direta de estados e municípios na adoção de medidas locais, muitas vezes conflituosas, que mudaram e afetam todos os setores da sociedade, adaptando e redefinindo suas formas de atuação. O conflito causado em torno da definição da imagem da pandemia, seus problemas e soluções, provocou mudanças que afetaram não apenas a formação da agenda, alterando as prioridades dos governos no processo de formulação de políticas.

Mudanças em políticas públicas são vistas em diversos setores. No campo educacional, as aulas não-presenciais e o uso de tecnologias de ensino a distância emergencial foram adotados em escolas públicas e particulares em todos os níveis federativos, desconsiderando elementos importantes como a qualidade do ensino, a existência de ferramentas para formulação, disponibilização e acesso aos conteúdos, a estrutura familiar e os limites dos professores para atuação virtual, por exemplo. Na assistência social, foi aprovada a Lei 13.982/2020 que prevê o pagamento de valores mensais para trabalhadores informais via transferência direta de renda, aumentando o público-alvo e o valor disponibilizado em programas correlatos existentes no país, como forma de garantia mínima de sobrevivência de milhares de famílias afetadas, abrindo uma janela de oportunidade num setor que há décadas busca por um espaço na agenda. No ambiente do trabalho, o *home-office* apresenta um novo modelo de atuação nas relações trabalhistas modificando de forma drástica as formas de

trabalho, protegendo parte da população trabalhadora. Ao mesmo tempo, estão ainda mais expostos os trabalhadores já vulneráveis e com piores condições de trabalho, como entregadores e ambulantes. Questões ambientais e de mobilidade urbana também estão sendo reavaliadas no contexto de distanciamento social com a ampliação do rodízio veicular em grandes cidades, fechamento de vias e novas regras na utilização de transporte público.

As desigualdades sociais preocupam o Conselho Nacional de Saúde (CNS) no enfrentamento da Covid-19 no Brasil. Uma das questões que chama atenção é a precariedade das moradias em algumas regiões. Existem populações que, nesse momento, para garantir o mínimo de isolamento domiciliar, estão com famílias inteiras — e, em alguns casos, com muita gente — restritas a um mesmo espaço, inclusive sem saber que alguma já pode estar infectada. O acesso a saneamento básico, água encanada e esgoto domiciliar, em regiões de difícil acesso ou nas periferias, são fatores que dificultam o controle da epidemia. A isso se soma o fato de que a população negra geralmente é a mais afetada pela desigualdade, com menos condições socioeconômicas de enfrentamento a esse tipo de situação.

Nesse sentido, garantir proteção social para as populações em situação de vulnerabilidade, no contexto da pandemia, é também uma forma de promover saúde. Tem pessoas, pelo tipo de trabalho que exercem, que serão muitíssimo afetadas, porque não só diminuirá como poderá acabar totalmente a sua forma de subsistência. Esses grupos incluem desde as prostitutas e outros trabalhadores do sexo até as diaristas e empregadas domésticas e vendedores do comércio informal. Pensar saídas de cuidado e subsistência para essas pessoas é também tirá-las do esquecimento.

Ainda preocupam as correlações com outras situações de vulnerabilidade, como pessoas com doenças crônicas ou autoimunes, pessoas imunossuprimidas (como as que fizeram transplante) ou imunodeprimidas (que vivem com HIV ou hepatites virais). Por isso é fundamental a manutenção dos serviços de farmácia e dispensação de medicamentos antirretrovirais, sem interrupção nesse período. O tratamento não pode ser interrompido, caso contrário as pessoas adoecerão ou morrerão.

Cabe ainda ressaltar, segundo Ibiapina (2020), a vida cansada de brasileiros anônimos que estão em seus cotidianos em busca de emprego, de trabalho, de renda e de um suporte de Estado favorável à uma sociedade justa aparecem, surgem, mostram-se no sentido “sem lenço e sem documento” em referência ao *anonimato de sujeitos* que caminham contra o vento (à Ditadura) na música “Alegria, Alegria” de Caetano Veloso, sujeitos estes que demonstram, em

um contexto de pandemia do novo coronavírus que assola a sociedade brasileira (e global), um anonimato diferente, por escancarar à sociedade, por se mostrar à sociedade, como desempregados, sem renda, sem Cadastro de Pessoa Física (CPF), sem integração em política pública de enfrentamento à pandemia da COVID-19, logo, os anonimatos aparentes.

O Auxílio Emergencial do governo federal como uma das políticas públicas de enfrentamento à pandemia é um benefício financeiro, a partir de R\$600,00, destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados com o objetivo de fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Coronavírus - COVID 19 (CAIXA, 2020) aos brasileiros dentro de perfis estabelecidos, os SEM renda; contudo, devendo para se habilitarem à política pública terem seus respectivos números de CPF regularizados.

No entanto, o Brasil se deparou com uma enxurrada de pessoas em filas nas agências da caixa econômica federal para receberem o auxílio emergencial, outros de menor sorte, em busca de se habilitarem ao auxílio, se aglomeraram em outras filas nas agências da receita federal para regularização do CPF, ficando uma pergunta em tempos de quarentena de isolamento social: “Vale mais se arriscar a pegar coronavírus pela vulnerabilidade em aglomerações?” ou “Ficar em casa vivendo sua desgraça sem auxílio e sem alimento, pois o desemprego já é um membro antigo da família?”.

Esse duelo cruel que põe em risco de morte uma sociedade inteira, pela **desigualdade social** nela existente, demonstra outros duelos representados em movimentos em torno da medida de isolamento social, por um lado, sua defesa, por outro lado, sua demonização. O fato é que o CPF em situação irregular trouxe questões e reflexões socioantropológicas urgentes e não menos importantes, como: “por que se deixou o CPF ficar irregular?”. A primeira resposta, a partir de dados técnicos da Receita Federal, é que de 19 milhões de pessoas que pediram a regularização do CPF, atendidas por canais eletrônicos (internet, e-mail, chat eletrônico e telefone) que “dispensam a necessidade de aglomerações”, o maior número de pendências, mais de 12 milhões, estavam relacionadas aos cidadãos que não votaram nos últimos anos (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

As aglomerações, devido ao não funcionamento pleno dos canais digitais, colocaram em cheque as corajosas atitudes humanas de irem às filas, motivadas pela busca de satisfação de suas necessidades básicas frente às frágeis estruturas estatais e suas dinâmicas administrativas carregadas de burocratização, que sofreram crítica pelo povo nas filas, por

agentes de saúde, pelas diferentes mídias, intelectuais e outros segmentos da sociedade; culminando em uma demanda judicial, por decisão liminar, do juiz federal Ilan Presser, do TRF-1 (Tribunal Regional Federal da Primeira Região) de 15 de abril de 2020, que suspendeu a exigência de regularização do CPF imposta pelo governo federal por confrontar o objetivo dos auxílios emergenciais: o apoio ao isolamento social e a medida sanitária para evitar o crescimento acelerado da curva epidêmica da Covid-19 (DIÁRIO DO NORDESTE, 2020).

A segunda resposta, a partir de reflexões que trouxeram à tona os “SEM SEM”, que para a Ibiapina (2020) está na existência de uma comunidade participativa, anônima, frustrada com o Estado, que surge depois que renegou, pelo CPF, mediante razões desconhecidas em sua natureza íntima, mas manifestadamente verificadas nesse cenário social, direitos, como: de votar e de ser votado, de participar de concurso público e de ganhar como servidor público, de habilitar-se em um emprego e de ganhar seu salário, de constituir formalmente um empreendimento, de participar de políticas públicas como o CadÚnico e de receber seus respectivos auxílios, entre outros tão distantes de alcançá-los, criados senão para tais perfis sociais!?. “*Onde estavam esses brasileiros que vieram à tona agora?*”.

Estavam no “Brasil da Desesperança Social”, onde moram milhões de SEM CPF, que significam também milhões de exclusões de diferentes formas: de empregos, trabalhos, políticas públicas e da mais cruel, atualmente, para quem não tem 01 (um) número de celular, como outros excluídos, os analfabetos digitais. Os “SEM SEM” são fruto de uma desesperança social por não enxergarem no Estado e, por conseguinte, na sociedade em geral, a sua inclusão enquanto cidadão, não veem sentido na busca cansativa nas estruturas que os excluem. Assim, estes “SEM SEM”, que compõem uma população economicamente ativa, em tempos de crise de pandemia de COVID-19, são essa sociedade de SEM renda, SEM CPF, SEM auxílio emergencial, são os *desenCPFados* anônimos, contudo, aparentes.

Os *desenCPFados* aparentes, portanto, não surgiram apenas nessa quarentena, sempre estiveram presentes na sociedade brasileira, lotando os hospitais, saturando o Sistema Único de Saúde (SUS), aumentando as periferias, esgotando as escolas públicas, entupindo os transportes coletivos, aglomerando ruas e espaços públicos, vistos todos os dias, o que o Estado insiste em deixá-los não só anônimos, mas invisíveis; porém, esquece-se que estes “SEM SEM” quanto mais deixados invisíveis, mais aparentes serão, exigentes de seus direitos, antes negligenciados, agora manifestos.

Portanto, pode-se apontar a incapacidade do governo neoliberal de lidar com a pandemia, pois ela evidencia as desigualdades sociais e as diversas dimensões da exclusão social. Numa perspectiva de corte de políticas públicas, de menos Estado e mais economia, fica impossível combater as mazelas das vulnerabilidades sociais. Assim as consequências são devastadoras.

Pela primeira vez na história, o nível de ocupação no emprego entre março e abril ficou abaixo de 50%, ou seja, mais pessoas estavam sem trabalho do que trabalhando em todo o País, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD-Covid) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revela nota técnica da Rede de Pesquisa Solidária sobre o efeito da pandemia de covid-19 no emprego e renda dos brasileiros. O levantamento detectou que 75% da queda das horas trabalhadas no Brasil se devem à suspensão de contratos e à redução da jornada. Os outros 25% decorrem da inatividade. A pandemia mudou o modo de avaliar o desempenho do mercado de trabalho. Segundo os resultados da pesquisa emergencial do IBGE, a PNAD-Covid, a taxa de desemprego no mês de maio se manteve na casa dos 10%, um resultado contraintuitivo, pois é inferior aos 12,9% registrados no primeiro do ano pela PNAD Contínua. Como entender esse resultado, em contexto de retração econômica.

A falta de trabalho e a pandemia, juntas, fizeram com que 29,6 milhões de brasileiros deixassem de procurar trabalho em junho. O número de trabalhadores afastados do trabalho em função da pandemia em junho chegou a 14,8 milhões de pessoas (17,7%), ante 9,7 milhões (11,6%) nessa situação em maio, informou o IBGE. O país possui um total de 83,4 milhões de trabalhadores. Entre os afastados, 7,1 milhões de pessoas, ou 48% deles, estavam sem remuneração em junho, segundo o IBGE. Por fim, a renda efetiva dos trabalhadores em junho, com média de R\$ 1.944, foi 16,6% menor do que a registrada no cenário pré-pandemia (R\$ 2.332). Em maio, a perda foi de 18,5%. Além disso, entre os 29,4 milhões que receberam alguma ajuda financeira do governo, 74,2% tinham renda per capita de até R\$ 665,1.

Como já salientado, o governo negligencia as políticas públicas e o número de infectados e mortos, pela COVID 19, tendem a crescer. Segundo o relatório do Tribunal de Contas da União (TCU), em junho deste ano, o Ministério da Saúde gastou menos de um terço do dinheiro disponível para combate à pandemia. Relatório informa que, de março ao início de julho, pasta gastou 29% da verba disponível. Ministério diz que vem fazendo repasses a estados e municípios. As mortes, porém, já superam 81 mil. De acordo com o relatório, o dinheiro recebido pela pasta deveria ser dividido assim:

- **R\$ 16 bilhões** para os fundos municipais de saúde;
- **R\$ 9,9 bilhões** para os fundos estaduais de saúde;
- **R\$ 11 bilhões** em ações diretas do ministério como compra de respiradores, testes e equipamentos de proteção;
- **R\$ 542 milhões** em transferências para o exterior para aquisição de insumos importados.

No entanto, segundo os auditores, dos R\$ 38 bilhões, o ministério só pagou efetivamente R\$ 11,4 bilhões, ou 29% de tudo o que recebeu para combater o coronavírus. O relatório destaca o que classifica como falta de critérios para a distribuição dos recursos por estados. Chama a atenção o fato de Pará e Rio de Janeiro terem, respectivamente, a segunda e a terceira maior taxa de mortalidade por Covid-19 (31,4 e 28,1 mortes por 10.000 habitantes), conforme dados informados pelo Ministério da Saúde em 28/5/2020, mas serem duas das três unidades da federação (UF) que menos receberam recursos em termos per capita para a pandemia.

Por outro lado, o governo anunciou, em abril de 2020, um pacote de 1,2 trilhões de reais para auxiliar os bancos estatais e privados do país. A medida tem o objetivo de evitar falta de recursos e facilitar concessão de crédito. Volume é quase 10 vezes maior do que o movimentado na crise de 2008.

Enfim, nessa lógica em que o mercado é prioridade em relação a vida, seguindo premissa neoliberal da meritocracia, que “pobre é pobre porque quer, só depende dele sair da situação”, demonstra a incapacidade e a fragilidade do governo em lidar com a pandemia. As perspectivas pós-pandemia são muito negativas, pois pode-se ter um número enorme de mortos, muito além do previsto, além de uma aumento das desigualdades sociais com indicadores alarmantes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo Birkland (1997), ao caracterizar os eventos focalizadores pela raridade da sua ocorrência, seu aparecimento repentino, potencialmente imprevisível e com largo poder de afetar grande número de pessoas num espaço de tempo muito curto, entende que o momento de eclosão oriundos desses eventos, são oportunidades únicas para grupos e comunidades políticas se organizarem na construção e na defesa de problemas públicos e na proposição de alternativas

viáveis para sua solução. Assim, os eventos focalizadores seriam momentos potencialmente marcados por mudanças em políticas públicas, quer pela redefinição de prioridades na agenda, quer na seleção de alternativas viáveis para lidar com os inúmeros problemas que surgem com eles. No Brasil e no mundo, a pandemia causada pelo coronavírus pode ser identificada, desde já, e antes mesmo de seu fim, como um grande evento focalizador que escancara as janelas de oportunidades trazendo à tona a possibilidade de inúmeras mudanças em diversos setores de políticas públicas.

Eventos focalizadores, tais como a pandemia de COVID-19, abrem a possibilidade de mudanças profundas nas mais diversas políticas públicas. Tais eventos têm o potencial de redefinir a forma como a sociedade e os *policymakers* interpretam os problemas públicos e selecionam as alternativas para solucioná-los. Ao abrir janelas de oportunidades para mudanças repentinas em políticas públicas, cujas ações dificilmente seriam possíveis de serem tomadas em momentos de normalidade, os eventos focalizadores trazem à tona a possibilidade de promoção de novos direitos e garantias. Por outro lado, podem permitir alternativas que acabam por aprofundar desigualdades e reduzir qualidade de serviços públicos. A adoção de estratégias e de soluções viáveis que respondam aos desafios específicos do período de pandemia podem, ou não, ser prorrogadas para além desse momento crítico produzindo, assim, mudanças temporárias ou que extrapolam os limites da crise desencadeada pelo evento focalizador, reconfigurando a atuação do Estado, os direitos e as relações sociais existentes.

Porém, o neoliberalismo aponta para o sacrifício dos direitos básicos, sociais e políticos de grande parte da população, ao negar padrões de regulação negociados entre agentes coletivos, tais como os sindicatos, os partidos e o Estado, que de forma mais ou menos atenuada implicavam em obstáculos – ainda que frágeis – a acumulação ampliada do capital e permitiam as classes subordinadas algum grau de participação na repartição do produto social do trabalho. Em consequência, o projeto neoliberal tende a distanciar-se da democracia, especialmente se considerando que as democracias modernas dividem-se em dois grandes modelos: a democracia social, organizatória e que configura a sociedade para os fins da coletividade; e a democracia liberal, dedicada apenas a regulação da sociedade civil, por meio de leis e normas para o convívio social.

Portanto, como já ressaltado, a atuação do governo brasileiro baseado em ideias neoliberais, não somente no enfrentamento da pandemia pelo COVID-19, mas também em

relação à exclusão social de parcelas cada vez mais expressivas da população, tem apresentado resultado perversos para a grande maioria do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGENCIA BRASIL. Receita Recebe Pedidos de Inscrição ou Regularização de CPF. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/receita-recebe-84-mil-pedidos-de-inscricao-ou-de-regularizacao-do-cpf>. Acesso em maio de 2010.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.) **Pósneoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BAUMGARTNER, Frank R., e JONES, Bryan D. *Agendas and instability in American politics*. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

BIRKLAND, Thomas A. **After Disaster: agenda-setting, public policy and focusing events**. Washington D.C.: Georgetown University Press, 1997.

BORÓN, Atílio A. Os “novos Leviatãs” e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo II: que estado para que democracia?**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1981.

BRASIL. Lei 12.618 de 30 de abril de 2012. **Dispõe sobre Regimento de Previdência Complementar**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112618.htm. Acesso 23 de jul. de 2020.

BRASIL. Lei 13.892 de 02 de abril de 2020. **Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm. Acesso em 20 de Jul de 2020.

BRASIL DE FATO. **Aposentadoria Fica Mais Difícil para o Trabalhador**. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2019/10/22/reforma-da-previdencia-e-aprovada-e-aposentadoria-fica-mais-dificil-para-trabalhador>. Acesso em dezembro de 2029.

CASTEL, Robert. **As Metamorfoses da Questão Social**. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

DIÁRIO DO NORDESTE. **Justiça Derruba Exigência de Regularizar o CPF para Receber o Auxílio de 600,00**. Disponível em <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/negocios/justica-derruba-exigencia-de-regularizar-cpf-para-receber-auxilio-de-r-600-1.2235115>. Acesso em maio de 2020.

DOWNS, Anthony. “Up and Down with Ecology – The Issue Attention Cycle,” **The Public Interest** 28, 1972.

SCOREL, Sarah. **Vidas ao Léu: trajetórias de exclusão social**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.

FILGUEIRAS, Cristina Almeida Cunha. Exclusão, risco e vulnerabilidade: desafios para política social. In: CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira e COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz (Org.). **Gestão Social: O que há de novo?** Belo Horizonte, Fundação João Pinheiro, 2004.

FONTES, Virginia. Capitalismo, Exclusões e Inclusão Forçada. **Tempo**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 34-58, jul. 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMÀ, Ricard. **Processos de Exclusão e Políticas de Inclusão Social: Algumas Reflexões Conceituais**. In: CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira e COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz (Org.). **Gestão Social: O que há de novo?** Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2004.

HIHKELAMMENT, Franz J. Claves de un pensamiento crítico. In: FLORES, Joaquín Herrera (Ed.). **El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. México, 1998.

HAYEK, Friederich August von. *Os fundamentos da liberdade*. Universidade. São Paulo: Visão, 1965.

IBIAPINA, Rosa. **Os “SEM SEM” no Brasil de pandemia COVID-19: desenCPFados Anônimos-Parentes e o Auxílio Emergencial**. São Paulo: Bolhetim da ANPOCS, 2020.

KINGDON, John. *Agendas, alternatives, and public policies*. 3. ed. Nova York: Harper Collins, 2003[1984].

LOPES, S. **Fundamentos Teóricos do Neoliberalismo**. Montevidéo: Publicações, 1988.

MORAES, Lúcio Flávio Renault de; MAESTRO FILHO, Antônio Del; DIAS, Devanir Vieira. O paradigma weberiano da ação social: um ensaio sobre a compreensão [...]. **Revista de Administração Contemporânea**. Curitiba: Apr./June, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1415-65552003000200004>. Acesso em: 27 abr. 2020.

MAGALHÃES Edgar Pontes. Inclusão Social e Intersetorialidade: o Longo Caminho dos Princípios às Estratégias de Ação. In: CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira e COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz (Org.). **Gestão Social: O que há de novo?** Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Brasília/DF: Editora Ática, 1989.

SARAVIA, Enrique. **Políticas Públicas**. Brasília, ENAP, 2006

SOUZA, C. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. **Sociologia**. Porto Alegre, nº 16, 2006.

XAVIER, Uribam. *Neoliberalismo como uma visão de mundo*. *Universidade e Sociedade*, 6 (11): 110-120, jun., São Paulo, Andes, 1996.

ZAULI, Eduardo Meira. Políticas Públicas e Políticas Sociais. **Revista Pensar BH/Política Social**. Belo Horizonte, SCOMPS/BH, 2003.

**COVID-19, DOENÇA OCUPACIONAL E O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

COVID-19, OCCUPATIONAL DISEASE AND THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Marcelo Palma de Brito

Direito das Faculdades Unidas do Norte de Minas - FUNORTE

marcelpb@trt3.jus.br

 <http://lattes.cnpq.br/3408248018269647>

RESUMO: O presente trabalho discutirá a possibilidade do enquadramento da COVID-19 como doença ocupacional por meio de pesquisa e de estudo da legislação brasileira e da jurisprudência nacional. Buscar-se-á o intento por meio da análise do instituto da doença ocupacional, dos atos normativos editados em razão da pandemia do novo coronavírus e da interpretação jurisprudencial, mormente as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre as medidas emergenciais adotadas pelo Governo Federal via medidas provisórias. Por fim, após a análise da temática proposta, o estudo se posicionará acerca das hipóteses que permitem a caracterização da COVID-19 como doença ocupacional à luz do que dispõe a Lei 8.213/91.

Palavras-chave: COVID-19. Doença Ocupacional. Supremo Tribunal Federal. Medida Provisória. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 8.213/91.

ABSTRACT: This paper will discuss the possibility of framing COVID-19 as an occupational disease through research and study of Brazilian legislation and national jurisprudence. The objective of this investigation will be done through the analysis of the institute of occupational disease, the normative acts edited due to the pandemic of the new coronavirus and the jurisprudential interpretation, especially the recent decisions of the Supreme Federal Court on the emergency measures adopted by the Federal Government provisional measures. Finally, after analyzing the proposed theme, the study will position itself on the hypotheses that allow the characterization of COVID-19 as an occupational disease according to the Law 8.213/91.

Keywords: COVID-19. Occupational disease. Supreme Federal Court. Provisional Measure. Direct Action of Unconstitutionality. Law 8.213/91.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da pandemia do novo coronavírus tem causado inúmeros sobressaltos em praticamente todas as relações humanas. E o direito, como regulador dos fatos sociais, busca acompanhar as novas necessidades da sociedade para fazer frente ao contexto pandêmico.

Nesse sentido, diversas modificações legislativas foram implementadas no Brasil, mormente a partir do início do março/2020, quando a pandemia se fez sentir com mais força no país. Muitas dessas modificações foram levadas a efeito por meio de medidas provisórias editadas pelo Presidente da República diante do contexto de relevância e urgência das medidas adotadas.

E a pandemia, para além de outros ramos do Direito, se fez sentir com força na esfera trabalhista, visto que as medidas de distanciamento social adotadas pela Administração Pública com base em diversos atos normativos para enfrentamento da crise sanitária ocasionaram severo impacto econômico na execução de inúmeros empreendimentos geradores de emprego e renda. Para se evitar o desemprego em massa e a perda de renda e do padrão de vida do brasileiro, o governo lançou mão de algumas medidas provisórias que criaram planos emergenciais para o enfrentamento dos efeitos da crise sanitária nas relações de trabalho.

Nesse contexto destacam-se as medidas provisórias nº 927/20, que tratava das medidas trabalhistas que poderiam ser adotadas com o declarado objetivo de preservar o emprego e a renda, e a nº 936/20, que trazia a possibilidade de redução proporcional de salário e de jornada de trabalho e a suspensão do contrato por acordo individual e negociação coletiva mediante o pagamento de benefício emergencial governamental. A primeira já caducou em virtude de não ter sido convertida em lei pelo Congresso Nacional no prazo de 120 (cento e vinte) dias. Já a segunda foi convertida na Lei nº 14.020/20.

Tais medidas trabalhistas tentaram regular o fenômeno da COVID-19 especificamente no campo das doenças ocupacionais. O já sem efeito artigo 29 da Medida Provisória nº 927/20 trazia regramento bem restritivo quanto a considerar a COVID-19 como doença ocupacional. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro já dispunha de previsão que poderiam regular a questão que pode ser encontrada na Lei 8.213/91. E o Supremo Tribunal Federal, na data de 29/04/2020, se debruçou sobre a temática. A discussão da questão será o objeto deste trabalho.

2 COVID-19 E DOENÇA OCUPACIONAL

A pandemia do novo coronavírus (SARS-COV-2), cuja emergência de saúde pública de importância internacional foi declarada pela Organização Mundial da Saúde em 30/01/2020¹, é uma das maiores crises que esta geração conheceu. O enfrentamento dessa crise sanitária está sendo realizado mediante a adoção de medidas de distanciamento social que importam em quarentena, isolamento e, em casos extremos, “lockdown” de parcela ou de toda a população de determinadas localidades, algo que gera reflexos em todas as atividades humanas, a exemplo da saúde, educação, esporte, economia, política, administração pública, relações internacionais e, destaca-se aqui, o mundo do trabalho.

Célebre construção do jurista Georges Ripert afirma que “quando o direito ignora a realidade a realidade se vinga ignorando o direito”, o que denota que o ordenamento jurídico deve servir à sociedade e não o contrário, sob pena de ineficácia. As novas necessidades sociais impostas pela pandemia do novo coronavírus, que desencadeia a doença COVID-19, importam em adaptação, mesmo que transitória, da legislação nacional para que esta se torne apta ao correto enfrentamento da pandemia.

Assim, foi aprovada e sancionada a Lei 13.979/20 com o objetivo de dispor sobre as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, bem como foi aprovado o Decreto Legislativo nº 6 de 2020 que reconhece o estado de calamidade pública federal em razão da pandemia.

No mundo do trabalho, houve uma série de modificações operadas por diversas medidas provisórias editadas sob a justificativa de fazer frente aos efeitos da crise sanitária sobre as relações trabalhistas. Dentre as medidas provisórias editadas destacam-se a de nº 927/20, que trata das medidas trabalhistas que poderiam ser adotadas com o declarado objetivo de preservar o emprego e a renda, e a de nº 936/20, que trazia a possibilidade de redução proporcional de salário e de jornada de trabalho e a suspensão do contrato por acordo individual e negociação

¹ OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812>. Acesso em: 14 jul. 2020.

coletiva mediante o pagamento de benefício emergencial governamental. A Medida Provisória nº 927/20 já perdeu a sua validade por não ter sido convertida em lei pelo Congresso Nacional no prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar de sua edição. Já a Medida Provisória nº 936/20 foi convertida na Lei nº 14.020/20, esta que, sendo regulada e complementada pelo Decreto Federal nº 10.422/20, trouxe algumas modificações e novidades se comparada com o texto original da medida provisória.

Recentemente, foi aprovada e sancionada a Lei 14.023/20 que, inserindo o artigo 3º-J na Lei 13.979/20, determina aos órgãos públicos e aos empregadores ou contratantes a adoção de medidas imediatas para a preservação da saúde e da vida de todos os profissionais considerados essenciais ao controle de doenças e à manutenção da ordem pública, sejam, eles empregados celetistas, servidores públicos ou agentes militares.

Desde os primeiros atos normativos que trataram acerca da COVID-19 e as relações de trabalho, houve preocupação em se definir se a nova doença poderia ou não ser considerada doença ocupacional. E a regulação do fenômeno veio, a princípio, com a edição da já caduca Medida Provisória nº 927/20 na data de 22/03/2020, sendo que chamou bastante atenção o seu artigo 29 que estabelecia que “os casos de contaminação pelo novo coronavírus (COVID-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal”².

De redação curta e fechada, o artigo 29 da Medida Provisória nº 927/20 criava uma presunção relativa de que a COVID-19 não seria considerada doença ocupacional. Doença ocupacional, nos termos do artigo 20, caput, incisos, I e II, da Lei 8.213/91³, é aquela enfermidade desenvolvida pelo trabalhador em razão de exercício de trabalho peculiar a determinada atividade ou a adquirida ou desencadeada em função das condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente.

O artigo 29 da Medida Provisória nº 927/20 abria apenas uma exceção: a COVID-19 seria considerada doença ocupacional quando houvesse comprovação do nexo causal entre a

² BRASIL. Medida Provisória nº 927/20. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.

³ Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas: I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social; II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I (BRASIL. Lei 8.213/91. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020).

realização do trabalho e a infecção do trabalhador, atribuindo o ônus da prova ao laborista, o que contraria o entendimento corrente de que o encargo probatório quanto ao acidente do trabalho e a doença ocupacional, via de regra, cabe ao empregador. Tal dispositivo não se afigurava justo e razoável mormente para categorias cuja natureza do trabalho impõe contato constante e direto com os vetores do patógeno SARS-COV-2.

Em 29/04/2020, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, de maneira acertada, não referendou a decisão de indeferimento da medida cautelar anteriormente proferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello em uma série de Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionavam a Medida Provisória nº 927/20 (tal qual a de nº 6342, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT). Sete ministros, a partir de divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, entenderam que o artigo 29 da Medida Provisória nº 927/20 ofendia inúmeros trabalhadores de atividades essenciais que estão expostos ao risco da COVID-19, a exemplo dos médicos, enfermeiros e motociclistas entregadores, suspendendo a eficácia do referido dispositivo. A decisão do STF restou cristalizada da seguinte forma:

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou referendo ao indeferimento da medida cautelar tão somente em relação aos artigos 29 e 31 da Medida Provisória 927/2020 e, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, suspendeu a eficácia desses artigos, vencidos, em maior extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, nos termos de seus votos, e os Ministros Marco Aurélio (Relator), Dias Toffoli (Presidente) e Gilmar Mendes, que referendavam integralmente o indeferimento da medida cautelar. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 29.04.2020. ⁴

Ao assim fazer, suspendendo a eficácia do artigo 29 da MPV nº 927/20, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6342 facilitou a caracterização da COVID-19 como doença ocupacional ao menos para as atividades que importem maior risco de contágio. Muito embora o artigo 29 da Medida Provisória nº 927/20 tenha caducado juntamente com o resto da medida presidencial, é importante dizer que a da decisão prolatada pelo STF é

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6342. Data do julgamento: 29/04/2020. DJE: 07 mai. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880968>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

importante norte de interpretação quanto à caracterização da COVID-19 como doença ocupacional.

Não obstante, é importante dizer que nem teria sido preciso o Presidente da República ter editado uma medida provisória que trouxesse dispositivo regulando a relação entre a COVID-19 e as doenças ocupacionais, visto que o ordenamento jurídico brasileiro já dispunha de solução melhor se comparada com a que foi trazida pela medida presidencial que já caducou sem sua respectiva conversão em lei: a redação da alínea “d” do § 1º do artigo 20 da Lei 8.213/91 que estabelece que

[...] não são consideradas como doença do trabalho: [...] d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.⁵

Certo é que a doença endêmica (incluindo a COVID-19), a princípio, não é ocupacional, salvo se a natureza do trabalho resultar em exposição ou em contato direto com os vetores de transmissão da enfermidade. E o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de 29/04/2020 referenciado em linhas anteriores, nada disse acerca do dispositivo da lei de benefícios previdenciários já mencionado que é mais técnico, justo e mais brando do que a suspensa e já caduca redação do artigo 29 da MPV nº 927/20. E deve-se dizer que não há incompatibilidade entre o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6342 e a redação da alínea “d” do § 1º do artigo 20 da Lei 8.213/91.

Se a natureza do trabalho resultar em exposição ou contato direto com os vetores de transmissão da COVID-19, a exemplo de profissões ligadas às atividades essenciais que lidam com grande circulação de pessoas ou com outros vetores de transmissão da doença, invocando-se como exemplos as funções dos médicos, enfermeiros, atendentes de hospital, técnicos de laboratório, biomédicos, motociclistas entregadores, tanatopraxistas, atendentes de farmácias, caixas de supermercado e motoristas de transporte coletivo, importando a atividade em maior risco de contaminação, a presunção relativa será de que a COVID-19 foi adquirida em razão da

⁵ BRASIL. Lei 8.213/91. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.

prestação de serviços para o empregador, devendo ser considerada doença ocupacional. E pelo que se infere do teor da divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, citada em linhas anteriores, a responsabilidade será objetiva em razão do momentâneo maior risco da atividade (artigo 927, § único, do CC/02).

Caso a natureza da atividade não importe em exposição do trabalhador à grande circulação de pessoas ou aos vetores de transmissão da doença, a exemplo de um trabalhador de RH de uma metalúrgica e de uma cozinheira de um restaurante que atende somente a entregas “delivery”, tomando o empregador as precauções de higienização do ambiente laboral, exigindo o uso de máscaras e constante higienização e, em geral, cumprindo de forma estrita as normas das autoridades sanitárias, entende-se que não há como se presumir “iuris tantum” que a COVID-19 foi contraída no ambiente de trabalho. O mesmo se diga com relação aos trabalhadores que desempenham as suas atividades em regime de teletrabalho e “home office”.

É importante mencionar que o recente artigo 3º-J da Lei 13.979/20, inserido pela Lei 14.023/20, surge como uma espécie de reafirmação da decisão do STF na ADI nº 6342 e segue no mesmo sentido da redação da alínea “d” do § 1º do artigo 20 da Lei 8.213/91 quanto à maior proteção do trabalhador e à presunção relativa de contágio do novo coronavírus no ambiente de trabalho quando a atividade importar maior risco de exposição aos vetores da doença. Assim está redigido o referido artigo:

Art. 3º-J. Durante a emergência de saúde pública decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, o poder público e os empregadores ou contratantes adotarão, imediatamente, medidas para preservar a saúde e a vida de todos os profissionais considerados essenciais ao controle de doenças e à manutenção da ordem pública.

(...).

§ 2º O poder público e os empregadores ou contratantes fornecerão, gratuitamente, os equipamentos de proteção individual (EPIs) recomendados pela Anvisa aos profissionais relacionados no § 1º deste artigo que estiverem em atividade e em contato direto com portadores ou possíveis portadores do novo coronavírus, considerados os protocolos indicados para cada situação.⁶

⁶ BRASIL. Lei 13.979/20. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.

O dispositivo estabelece que os órgãos públicos e os empregadores ou contratantes deverão adotar medidas imediatas para a preservação da saúde e da vida de todos os profissionais considerados essenciais ao controle de doenças e à manutenção da ordem pública, sejam eles empregados celetistas, servidores públicos ou agentes militares, trazendo um rol exemplificativo (§ 1º do artigo 3º-J) de profissionais que devem trabalhar ou ser convocados a trabalhar em condições que ofereçam risco de contaminação pelo novo coronavírus, muitos já citados em linhas anteriores deste trabalho. O empregador deverá fornecer gratuitamente a tais profissionais os equipamentos de proteção individual (EPI's) recomendados pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) desde que eles estejam em atividade e em contato direto com portadores ou possíveis portadores do novo coronavírus, ou seja, a atividade expõe o profissional a maior risco de contágio por estar inserido em ambiente onde há grande circulação de pessoas ou próximo aos vetores de transmissão da doença.

Destarte, conclui-se que para a caracterização da COVID-19 como doença ocupacional basta que seja aplicada a redação da alínea “d” do § 1º do artigo 20 da Lei 8.213/91, aplicação que deverá ser auxiliada pela análise da “ratio decidendi” da decisão proferida pelo STF na ADI nº 6342 que suspendeu a redação do artigo 29 da já caduca Medida Provisória nº 927/20, devendo vigorar a presunção relativa de contágio no ambiente de trabalho quando a natureza do serviço importar em exposição ou em contato direto com os vetores de transmissão do novo coronavírus.

3 CONCLUSÃO

A pandemia do novo coronavírus acarretou em inúmeras modificações na legislação nacional, muitas delas operadas de forma muito rápida para acompanhar a velocidade dos efeitos da pandemia. E um dos ramos do Direito pátrio mais afetados foi o Direito do Trabalho em razão do fato de que as relações trabalhistas foram diretamente atingidas pela crise econômica que adveio das restrições do distanciamento social impostas para o enfrentamento da crise sanitária.

Diversas modificações na legislação trabalhista foram efetuadas para adaptá-la aos novos tempos pandêmicos. Muitas dessas modificações vieram a lume via medidas provisórias editadas pelo Presidente da República diante da relevância e da urgência das medidas de enfrentamento da pandemia no âmbito das relações trabalhistas. Dentre os vários temas tratados há a questão da caracterização ou não da COVID-19 como doença ocupacional, tema que

mereceu atenção no artigo 29 da Medida Provisória nº 927/20, esta que perdeu a sua eficácia por não ter sido convertida em lei pelo Congresso Nacional no prazo de 120 (cento e vinte) dias de sua edição. O referido ato normativo não considerava ocupacional a contaminação do empregado pelo novo coronavírus, salvo prova em contrário por parte do empregado de que o contágio se deu no ambiente de trabalho, prova que no mais das vezes revela-se extremamente dificultosa.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a exemplo da ADI nº 6342 ajuizada pelo PDT, suspendeu a eficácia do artigo 29 da MPV 927/20 ao argumento de que ele não dava a resposta adequada e justa às categorias profissionais que diuturnamente estão expostas a maior risco de contágio do patógeno causador da COVID-19 em razão da natureza do trabalho resultar em exposição ou contato direto com os vetores de transmissão do novo coronavírus. O maior risco de contágio de trabalhadores que exercem determinadas atividades profissionais, a exemplo das desempenhadas pelos profissionais da saúde, importa na presunção de que a COVID-19 foi adquirida no ambiente de trabalho, cabendo ao empregador o ônus da prova em sentido contrário.

No entanto, é importante destacar que o ordenamento jurídico nacional já possuía e ainda possui norma muito mais equilibrada e eficaz para caracterizar ou não a COVID-19 como doença ocupacional. Trata-se alínea “d” do § 1º do artigo 20 da Lei 8.213/91 que estabelece que a doença endêmica (a exemplo da COVID-19) não será considerada ocupacional, salvo se for resultante de exposição ou de contato direto determinado pela natureza do trabalho desempenhado pelo empregado.

Destarte, se a natureza do trabalho resultar em exposição ou contato direto com os vetores de transmissão da COVID-19, a exemplo das profissões ligadas às atividades essenciais que lidam com grande circulação de pessoas ou com outros vetores de transmissão da doença, destacando-se aqui os profissionais da saúde, importando a atividade em maior risco de contaminação, a presunção relativa será de que a COVID-19 foi adquirida em razão da prestação de serviços para o empregador, devendo ser considerada doença ocupacional.

De outra parte, caso a natureza da atividade não importe em exposição do trabalhador à grande circulação de pessoas ou aos vetores de transmissão da doença, a exemplo de um

trabalhador de RH de uma metalúrgica, tomando o empregador as precauções de higienização do ambiente laboral, exigindo o uso de máscaras e constante higienização e, em geral, cumprindo de forma estrita as normas das autoridades sanitárias, entende-se que não há como se presumir que a COVID-19 foi contraída no ambiente de trabalho.

Conclui-se que para a caracterização da COVID-19 como doença ocupacional basta que seja aplicada a redação da alínea “d” do § 1º do artigo 20 da Lei 8.213/91, aplicação que deverá ser auxiliada pela análise da “ratio decidendi” da decisão proferida pelo STF na ADI nº 6342 que suspendeu a redação do artigo 29 da já caduca MPV nº 927/20, devendo vigorar a presunção relativa de contágio no ambiente de trabalho quando a natureza do serviço importar em exposição ou em contato direto com os vetores de transmissão do novo coronavírus.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 8.213/91. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Lei 13.979/20. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 927/20. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6342. Data do julgamento: 29/04/2020. . DJE: 07 mai. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880968>>. Acesso em: 14 jul. 2020.



DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À VERDADE: DILEMA ENTRE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E AS FAKE NEWS EM TEMPO DE PANDEMIA

DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À VERDADE: DILEMA ENTRE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E AS *FAKE NEWS* EM TEMPO DE PANDEMIA

FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO THE TRUTH: DILEMMA BETWEEN FREEDOM OF INFORMATION AND FAKE NEWS IN PANDEMIC TIME

Newller Thiago Fernandes Mascarenhas

Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri – UFVJM
jasmascarenhas@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/8503938641053629>

RESUMO: Esta pesquisa analisa a liberdade de informação como um direito humano fundamental. Como tal, a liberdade de informação apresenta características marcantes como a Relatividade e a Interdependência com os demais direitos essenciais. Contextualizada com a atual situação provocada pela disseminação do vírus SARS-CoV-2 e consequente pandemia da COVID-19, a pesquisa propõe demonstrar o conflito aparente entre liberdade de informação e direito à verdade, além da defesa do direito social à saúde. Para desenvolvimento do trabalho, foi adotada a pesquisa bibliográfica, tendo como referencial central a obra “A Era do Direitos”, de Norberto Bobbio, bem como a fundamentação legal dos direitos humanos fundamentais, em âmbito internacional, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e nacional, com a Constituição Cidadã. Assim, será demonstrada a limitabilidade do direito à liberdade de informação para manutenção da saúde pública e dignidade da pessoa humana, bem como para preservação do Estado Democrático de Direito, que se fazem ainda mais necessários neste período de pandemia.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Direito à Verdade. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. Liberdade de Informação.

ABSTRACT: This research examines freedom of information as a fundamental human right. As such, freedom of information has outstanding characteristics such as Relativity and Interdependence with other essential rights. Contextualized with the current situation caused by the spread of the SARS-CoV-2 virus and the consequent COVID-19 pandemic, the research proposes to demonstrate the apparent conflict between freedom of information and the right to the truth, in addition to the defense of the social right to health. For the development of the work, bibliographic research was adopted, having as a central reference the work “The Era of Rights”, by Norberto Bobbio, as well as the legal foundation of fundamental human rights, at the international level, with the Universal Declaration of Human Rights, and national, with the Citizen Constitution. Thus, the limitability of the right to freedom of information

for the maintenance of public health and human dignity will be demonstrated, as well as for the preservation of the Democratic Rule of Law, which are even more necessary in this pandemic period.

Keywords: Right to Health. Right to Truth. Fundamental rights. Human rights. Freedom of Information.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos ou, no âmbito interno, os direitos fundamentais, são normativas mínimas para garantia da harmonia social e da dignidade da pessoa humana. São direitos que mesmo em situações excepcionais, como em tempo de pandemia, devem ser respeitados por todos e para todos, ainda que a história nos mostre que boa parte dos direitos humanos nasceu da violação dos próprios direitos.

Os direitos humanos, assim, são frutos das violações, lutas e conquistas da sociedade, em especial, de grupos oprimidos, ao longo da história. Importante citar, ainda que de forma breve, a Revolução Francesa, ocorrida no século XVIII, que abre a Idade Contemporânea e direciona esta pesquisa ao estudo da liberdade de informação, discutida e, talvez, distorcida em tempos sombrios.

*Liberté, Egalité, Fraternité*¹, lema da Revolução Francesa, será o norte neste trabalho, que pretende discutir, através de pesquisa bibliográfica e normativa, a liberdade de informação como um direito humano, que se ramifica nas liberdades de imprensa e de opinião e expressão. Direito que não cede espaço às mentiras, atualmente nominadas *fake news*, amplamente divulgadas nos meios sociais por pessoas e/ou por robôs (mensagens automatizadas).

Diferenciar a mídia responsável de notícias falsas ou manipuladas, em tempo de pandemia, é algo fundamental para diminuir o contágio pelo vírus SARS-CoV-2 e, conseqüentemente, reduzir os impactos e o tempo da pandemia do COVID - 19. Um tema que toca tanto o direito, quanto a moral.

Assim, por ser a defesa da liberdade de informação considerada como um assunto de direito humano, que por essência é trans e interdisciplinar, tem amplo espaço nesta Revista Eletrônica Norte Mineira de Direito. Cabe discutir, então, a liberdade de informação, adjetivada como “*um dos mais preciosos direitos do homem*” pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, documento fruto da Revolução Francesa do século XVIII.

¹ Liberdade, Igualdade, Fraternidade.

Inicialmente, os direitos humanos serão tratados como um todo, em breve análise que pretende demonstrar a construção histórica dos direitos humanos, bem como o dinamismo do seu conceito e suas principais características para análise do direito à liberdade de informação, tema deste trabalho.

Após essa ponderação, será visto de forma específica o direito à liberdade de informação e sua regulamentação em nível internacional, como direito humano, e no âmbito nacional, como direito fundamental. Serão vistos como documentos básicos para este estudo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, e a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988.

Será demonstrado o enraizamento do direito à informação no terreno da liberdade, bem como sua ramificação nas liberdades de imprensa, expressão e opinião.

Ao final, o direito fundamental à liberdade de informação será contextualizado com a atual situação vivida pelo Brasil e pelo mundo, devido à disseminação do vírus SARS-CoV-2 e consequente pandemia da COVID-19. Será analisado a limitabilidade do direito à liberdade de informação quando do conflito com o direito à verdade e o direito social à saúde, fundamentais a manutenção da dignidade da pessoa humana.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS E SUAS CARACTERÍSTICAS

A definição dos direitos humanos é algo dinâmico, sendo construída, ao longo da história, por diversas violações, lutas e conquistas sociais. Nesse sentido, tem-se que “os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem” (BOBBIO, 2004, p. 20).

Devido a essa característica da historicidade dos direitos humanos, é inviável a criação de um rol exaustivo, bem como a definição estática de quais seriam esses direitos, considerados essenciais para a preservação da dignidade humana.

Segundo Bobbio (2004), os direitos humanos não nascem “*todos de uma vez e nem de uma vez por todas*” (BOBBIO, 2004, p. 9). Assim sendo, chega-se numa definição simples ou até mesmo redundante, porém necessária, de que direitos humanos são direitos inerentes à pessoa humana, sem qualquer distinção ou preconceito.

O ser humano, dentro dessa definição simplória e abrangente de direitos humanos, deve ser visto como sujeito de direitos e não como objeto dos direitos. Sendo assim, os direitos humanos pertencem a todos os seres humanos, objetivando a universalização dos direitos mínimos a uma existência digna.

Além da historicidade e da universalidade *supra* mencionadas, são características marcantes dos direitos humanos a complementaridade, a efetividade, a essencialidade, a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a indivisibilidade, a irrenunciabilidade, a relatividade e a interdependência dos direitos, entre outras características.

Em um estudo mais aprofundado dos direitos humanos, podem ser identificadas outras características. Todavia, para este trabalho, levando-se em consideração a atual situação de pandemia, é fundamental a conceituação de algumas características específicas, como a relatividade e a interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Por relatividade, entende-se que os direitos humanos fundamentais não são ilimitados, podendo ser relativizados quando do conflito aparente com outros direitos. Assim, o que se busca na prática é a ponderação e harmonização entre os direitos humanos fundamentais na aplicação em um caso concreto, e não a extinção de um direito em detrimento de outro.

Seguindo esse entendimento, os direitos humanos fundamentais, aqui incluído o direito à liberdade de informação, conforme Moraes (2017):

não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. (MORAES, 2017, p. 45)

Outra característica que deve ser ressaltada neste trabalho é a interdependência dos direitos humanos. Essa característica, combinada com a relatividade, diz que os direitos humanos fundamentais devem ser vistos como um todo e, em caso de conflito aparente, não devem ser anulados, e sim equilibrados. Isto é, esses direitos devem ser interpretados de forma conjunta.

Essa característica deve ser relacionada com a indivisibilidade dos direitos, que prega que os direitos humanos não devem ser analisados de forma isolada, devendo ser levada em consideração a interligação entre os direitos fundamentais. Daí a importância do estudo de documentos consolidados como a DUDH e a CRFB.

Dessa forma, em caso de conflito aparente, busca-se a ponderação e harmonização dos direitos humanos fundamentais quando da aplicação em um caso concreto. Colabora com esse entendimento o artigo XXX da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948:

Artigo XXX: Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Assim, ainda que considerado como uma Cláusula Pétreia pela Constituição atual, em seu artigo 60, § 4º, inciso IV, os direitos humanos fundamentais não devem ser vistos como direitos absolutos. Portanto, o que se pretende assegurar com a Cláusula Pétreia é a proteção do núcleo essencial dos direitos e garantias individuais para promoção e manutenção da dignidade da pessoa humana.

Em resumo, em caso de conflito entre direitos fundamentais, não deve haver exclusão de um em detrimento do outro, mas sim a ponderação e harmonização desses direitos na aplicação em um caso concreto. Chega-se, então, a limitabilidade dos direitos humanos fundamentais, quando do conflito entre direitos considerados essenciais para proteção e manutenção da existência digna.

2 DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À LIBERDADES DE INFORMAÇÃO

A liberdade de informação, classificada como direito humano fundamental, é um direito básico previsto tanto no âmbito interno, quanto internacional. Quando de sua análise no direito interno, a expressão mais comumente usada é “direito fundamental”, vista, inclusive, no texto da atual Constituição, em seu título II, que traz um rol exemplificativo dos direitos e garantias fundamentais.

Na esfera internacional, a expressão mais utilizada é “direitos humanos”. Essa expressão é empregada pela CRFB/1988, em seu artigo 4º, inciso II, ao tratar dos princípios que regem as relações internacionais. A expressão “direitos humanos” também pode ser vista com a leitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, considerada como marco da positivação dos direitos essenciais para a defesa e promoção da dignidade da pessoa humana e da paz mundial.

2.1 Liberdade de informação e a Declaração Universal dos Direitos Humanos

Inspirada pelos movimentos históricos sociais, dentre eles a citada Revolução Francesa, e pelo ideal da busca pela paz no pós Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações

Unidas (ONU), reunida em Assembleia, definiu quais seriam os direitos mínimos para uma existência digna e manutenção da paz.

Proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Nacional das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é importante marco da positivação de direitos essenciais para garantia de uma vida digna. Esses direitos foram reconhecidos, à época, por 48 (quarenta e oito) países-membros, com diferenças culturais e jurídicas.

Porém, é precoce afirmar que essa Declaração, chamada por Bobbio (2004) de “Declaração Universal dos Direitos **do Homem**”, foi fundada na pluralidade. Isso não diminui a importância da DUDH como ideal a ser buscado por todos os países-membros, dentre eles o Brasil.

Assim sendo, a DUDH pode ser vista como um consenso geral sobre a definição e positivação de direitos essenciais à defesa e promoção da dignidade da pessoa humana e manutenção da paz no pós Segunda Guerra Mundial.

Essa Declaração celebra logo em seu artigo primeiro as ideias da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Dessa maneira, com a simples leitura do artigo primeiro da DUDH, percebe-se a influência direta da Revolução Francesa na elaboração do seu texto. Tem-se no artigo primeiro da Declaração que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”*

Como ramificação do direito à liberdade de informação, a liberdade de expressão é especificada no artigo XIX da DUDH:

Artigo XIX: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948)

Em complementação à DUDH, a ONU publicou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), promulgados tardiamente pelo Brasil, em 06 de junho de 1992.

O PIDCP regulamenta a liberdade de expressão em seu artigo 19, um direito que, conforme leitura do pacto, *“implicará deveres e responsabilidades especiais”*. No terceiro parágrafo do referido artigo, percebe-se a limitabilidade do direito de expressão, que pode sofrer restrições legais para *“proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”*.

ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. (Artigo 19, do PIDCP)

Somado a isso, o PIDESC colabora com a proteção à saúde, ao ressaltar o “*direito de toda a pessoa gozar das melhores condições possíveis de saúde física e mental*” (Artigo 12º, número 1, do PIDESC).

Dentre as medidas recomendadas aos países-membros para garantia do direito à saúde, destacam-se, em contextualização com a situação atual de pandemia vivida pelo mundo, os itens c e d do número 2, do PIDESC:

- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras, e lutar contra as mesmas;
- d) A criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e serviços médicos em caso de doença. (Artigo 12, n. 2, c e d, do PIDESC)

Assim, esse artigo combina e busca harmonizar dois direitos humanos, o direito social à saúde e o direito a liberdade de informação - imprensa, expressão e opinião. Essa ligação demonstra a aplicação das características da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, que devem ser vistos e interpretados como um todo, para garantia da vida digna.

a abstração e sobreposição hierárquica do direito fundamental de liberdade de expressão pode acarretar a distorção de sua finalidade, na medida em que submete seu exercício às relações de poder que almejam a manutenção dos privilégios oriundos das injustiças que configuram o quadro social e político atual, obstando sua evolução crítica e contribuindo para a conformação de uma sociedade passiva e apática perante os problemas jurídicos e políticos do País. (TÓRRES, 2013, p. 79)

Esse direito humano à informação, positivado no artigo XIX da DUDH e no artigo 19 do PIDCP, dialoga com os direitos fundamentais à livre manifestação de expressão e opinião e da atividade de comunicação, positivados no artigo 5º, incisos IV, IX, XIV e XXXIII, e no capítulo V - Da Comunicação Social - da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988).

2.2 Direito fundamental à liberdade de informação: a antiga Lei de Imprensa e a Constituição da República Federativa do Brasil

No âmbito nacional, a liberdade de manifestação do pensamento e de informação era regulada pela Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, anterior a atual Constituição, de 1988, e publicada em um período sombrio da história nacional em que a informação era controlada pelo Estado.

A incerteza e obscuridade sobre inúmeros assuntos, causados pela falta de informação e uma imprensa excessivamente controlada, deixavam a nação à deriva: a incerteza sobre a república, sobre direitos e garantias fundamentais, sobre os próximos passos a serem adotados pelos militares no governo, e, posteriormente, a incerteza sobre o paradeiro dos desaparecidos marcaram a história do Brasil de maneira indescritível. (CONCEIÇÃO, 2020)

A antiga Lei de Imprensa, fruto do período ditatorial, não conseguiria assim conviver com a nova Constituição, que trazia a democracia como seu novo regime político. A liberdade de informação deveria ser protegida para manutenção e promoção da nova democracia que se insurgia após anos sombrios de desinformação do período militar, de 1964 a 1985.

A CRFB/1988, inspirada pela DUDH, foi apelidada de Constituição Cidadã, e assim será tratada neste trabalho. Cidadã porque permitiu ampla participação social na elaboração do seu texto e por trazer “um extenso rol de direitos civis e políticos e cria[r] mecanismos de participação e controle social para a gestão das políticas sociais.” (WOLFF, p. 74).

A liberdade de informação passou a ser defendida pela CRFB/1988, em seu capítulo V, que traz em seu artigo 220, *caput*, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (artigo 220, *caput*, da CRFB/1988).

Pela leitura da Constituição Cidadã e considerando as características dos direitos humanos fundamentais *supra* estudados, ressalta-se que a liberdade de informação não é um direito absoluto, sendo limitada pelas demais disposições constitucionais. Como exemplo contextual dessa limitação, tem-se o conflito da liberdade de informação *versus* o direito à verdade.

Colaborando com esse raciocínio, Bobbio (2004) traz a seguinte reflexão:

A crescente quantidade e intensidade das informações a que o homem de hoje está submetido faz surgir, com força cada vez maior, a necessidade de não se ser enganado, excitado ou perturbado por uma propaganda maciça e deformadora; começa a se esboçar, contra o direito de expressar as próprias opiniões, o direito à verdade das informações. (BOBBIO, 2004, p. 20)

Sendo assim, percebe-se, em caso de conflito aparente dos direitos humanos fundamentais, o necessário equilíbrio entre os direitos para garantia da dignidade da pessoa humana no caso concreto.

Conforme Tôrres (2013), “a proteção constitucional de um direito não pode estabelecer a impossibilidade de sua restrição quando o abuso em seu exercício implicar a violação de outros direitos fundamentais.” (TÔRRES, 2013, p. 71)

A autora também traz a importância da regulamentação infraconstitucional do direito à informação, ao passo que a antiga Lei de Imprensa, Lei no 5.520/67, não foi recepcionada pela Constituição Cidadã, nos termos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 130.

Tôrres (2013) demonstra preocupação quanto à insuficiência normativa e ingerência do Poder Legislativo para a regulamentação do tema, fundamental à dignidade da pessoa humana e manutenção da democracia.

Em atenção ao tema, é importante citar que o Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito” (artigo 1º, *caput*, da CRFB/1988) e tem entre seus fundamentos “a dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, inciso III, da CRFB/1988). Esse regime político adotado pelo Brasil, segundo Miranda (2006), “deve ser entendida não como democracia formal, mas alicerçada na soberania popular e no respeito integral aos Direitos Humanos.” (MIRANDA, 2006, p. 58)

O Brasil, segundo a Constituição Cidadã, objetiva “promover o bem de todos” - um item aberto que permite incluir o direito social à saúde, positivado no artigo 6º da CRFB/1988. Esse direito social à saúde, conforme artigo 196 da CRFB/1988, é “direito de todos e dever do Estado”, sendo sua garantia de competência comum de todos os entes federativos.

O direito social à saúde, diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, deve ser valorizado e não esvaziado, direito que deve conversar com a ciência, a informação e a verdade.

3 O ATAQUE À IMPRENSA E A DIVULGAÇÃO DE FAKE NEWS EM TEMPO DE PANDEMIA

A liberdade de informação, como visto, é um direito humano fundamental para garantia da dignidade da pessoa humana e manutenção do Estado Democrático de Direito, regime político adotado pelo Brasil.

Dessa maneira, além de essenciais a manutenção da democracia, “os profissionais de mídia e os jornalistas desempenham um papel fundamental na promoção e na proteção dos direitos humanos”. (PROGRAMA MUNDIAL PARA

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, 2015, p. 21)

Porém, essa liberdade de informação não pode ser confundida com desinformação e/ou disseminação de notícias falsas, as chamadas *fake news*. Sendo imperiosa para o direito à verdade, a utilização de informações obtidas de veículos confiáveis.

Além da identificação do emissor para verificação de uma notícia verdadeira, é importante ressaltar o compromisso e responsabilidade de parte da mídia em se retratar, caso apresente uma *fake news*. Essa ideia é extraída do direito de resposta, estabelecido no artigo 5º, inciso V, da CRFB/1988, que diz ser “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Valer-se de jornais, revistas e canais de rádio e TV confiáveis é fundamental para conscientizar a população das medidas que devem ser tomadas no controle da pandemia, bem como informá-la sobre a doença e evolução da ciência na pesquisa de um possível remédio e/ou descoberta da vacina.

Sendo assim, “é de extrema importância garantir que profissionais de mídia e jornalistas sejam capazes de desempenhar suas funções com segurança e eficácia”. (PROGRAMA MUNDIAL PARA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, 2015, p. 26)

No entanto, atualmente, a grande mídia vem sendo duramente criticada por autoridades políticas, gerando uma descrença por parte da população nas notícias veiculadas em renomados meios de imprensa.

A notícia, pelo simples fato de quem a emite, já é recebida com descredito por parte da população, manipulada por discursos políticos que se valem de mentiras e/ou manipulação da verdade para se fortalecerem e garantirem a manutenção do poder – o que coloca em risco a democracia.

O descaso, as ofensas e as agressões sofridas pela imprensa, na pele dos jornalistas, são formas de censura e representam uma tentativa de silenciar a imprensa e, por conseguinte, constituem uma ameaça à democracia. (CONCEIÇÃO, 2020).

Nesse sentido, as manifestações que atacam a imprensa e os jornalistas, valendo de interpretações teratológicas do direito à liberdade de expressão, atentam contra os direitos fundamentais, contra a democracia e contra o próprio direito à informação.

Por outro lado, paradoxalmente, as notícias compartilhadas em redes sociais

vêm tomando força, dificultando o controle da informação e a verificação da veracidade das mesmas, bem como a possível resposta ou retratação, com a dificuldade de identificação e responsabilização do emissor.

As normas internacionais de direitos humanos reconhecem que o exercício de liberdade de expressão implica deveres e responsabilidades especiais e pode estar sujeito a certas restrições, por exemplo, por motivos de segurança e difamação, após rigorosos testes de legalidade, necessidade e proporcionalidade, bem como em relação a outras normas, como o direito à privacidade ou a proibição do discurso do ódio. (PROGRAMA MUNDIAL PARA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, 2015, p. 21)

As tecnologias e mídias sociais, como as redes sociais *Facebook* e *Twitter* e os aplicativos de comunicação como o *Whatsapp* e o *Telegram*, tornaram-se um meio importante de divulgação de informações. Mas seriam essas informações confiáveis ou um campo fecundo para desinformação e manipulação política? Como identificar e responsabilizar alguém que cria ou compartilha informações falsas?

O que se percebe no ataque à mídia é que as pessoas valem-se da interpretação errônea do direito à liberdade de expressão para atacar a atuação da mídia e dos jornalistas, colocando em risco o próprio direito à informação.

Porém, esta pesquisa pretende demonstrar que a liberdade de expressão não deve fundamentar a prática de ilícitos, como, por exemplo, o discurso de ódio e o ataque aos veículos de comunicação e à classe jornalística.

3.1 Os impactos das *fake news* na saúde pública e no combate à pandemia

O compartilhamento em massa de notícias falsas nas redes sociais afeta diretamente a saúde individual ou coletiva. Uma notícia falsa nesta área geralmente é criada sem um embasamento científico ou argumento de autoridade. Depois de enviadas, são compartilhadas pelos receptores sem que haja a verificação da informação e se tornam virais, tecendo uma rede de desinformação que coloca em risco a saúde pública.

Podem ser encontrados nas redes sociais, por exemplo, tratamentos alternativos e receitas milagrosas, sem nenhuma comprovação científica. Em específico, sobre a COVID-19, foram divulgados diversos tratamentos milagrosos, que vão de receitas caseiras como café, água fervida com alho e gargarejo com sal e vinagre, a medicamentos sem comprovação científica e que causam efeitos colaterais nos

pacientes.

Além dos tratamentos alternativos e receitas milagrosas que circulam pelos aplicativos de comunicação, existem *fake news* que atrapalham a autoproteção do indivíduo, como a notícia veiculada de que máscaras vindas da China estariam contaminadas pelo vírus, ou a de que a utilização de álcool em gel nas mãos alteraria o resultado do bafômetro, em uma possível *blitz*.

Essas e outras notícias falsas podem ser acessadas no canal “Saúde sem *Fake News*”, do Ministério da Saúde², que também possui um número de *WhatsApp*³ para receber notícias virais que circulam nas redes e verificar se são ou não notícias falsas.

Nas mensagens divulgadas pelo *Saúde Sem Fake News* é possível perceber que os autores não se preocupam com formas de mensagens muito elaboradas, porém se utilizam de imagens, fotos ou áudios para conferir falsa credibilidade e atingir o maior número de pessoas. (BERTOLLI FILHO; MONARI, 2019, p. 182)

Além do site do Ministério da Saúde, outras agências de checagem foram criadas para que a população consiga separar uma notícia verdadeira de uma *fake news*.

Essa verificação da informação, antes do compartilhamento, é fundamental para evitar a disseminação de notícias falsas, que dificulta o conhecimento da doença, suas formas de prevenção e seus impactos.

Conscientizar as pessoas a checarem a informação antes de compartilhá-las é uma das formas para impedir a desinformação.

É preciso, portanto, que os indivíduos desconfiem de qualquer informação recebida de terceiros, fazendo uma checagem para não caírem, por exemplo, em golpes ou para não divulgarem mensagens com dados inverídicos, que podem gerar alarmismos na população sem a real necessidade. (BERTOLLI FILHO; MONARI, 2019, p. 183)

Assim, é fundamental quebrar a corrente de desinformação, ou seja, não compartilhar notícias duvidosas ou, caso haja o compartilhamento, valer-se antes das agências de checagem, como o canal “Saúde sem *Fake News*”, do Ministério da Saúde. Somado a isso, outro instrumento de combate às notícias falsas seria a regulamentação da transmissão de informação pela internet, o que se propõe o Projeto de Lei nº 2.630/2020, ainda em votação.

3.2 Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet

² <https://www.saude.gov.br/fakenews>

³ *WhatsApp* (61) 99289-4640

Como forma de controle da disseminação de notícias falsas criadas e compartilhadas pelos meios de tecnologias e mídias sociais, como o aplicativo de comunicação WhatsApp, tramita no Poder Legislativo (Câmara dos Deputados e Senado Federal) o Projeto de Lei nº 2.630/2020, apelidado de Lei das *Fake News*.

O Projeto de Lei foi “apresentado pelo senador Alessandro Vieira (Cidadania-SE) e aprovado na forma de um substitutivo (texto alternativo) do relator, senador Angelo Coronel (PSD-BA).” (AGÊNCIA SENADO, 2020).

Segundo o senador Alessandro Vieira:

o projeto é uma forma de fortalecer a democracia e reduzir a desinformação e o engano, por meio do combate a informações falsas ou manipuladas nas redes sociais. Entre as principais mudanças estão regras para coibir contas falsas e robôs, facilitar o rastreamento do envio de mensagens em massa e garantir a exclusão imediata de conteúdos racistas ou que ameacem crianças e adolescentes, por exemplo. Além disso, o projeto cria regras para as contas institucionais de autoridades, como o presidente da República, e prevê punições para as plataformas que descumprirem as novas normas. (AGÊNCIA SENADO, 2020)

O Projeto de Lei foi recentemente aprovado pelo Senado Federal, em 30 de junho de 2020, e remetido à Câmara dos Deputados para apreciação. Caso aprovado, será encaminhado ao atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, para que seja sancionado ou vetado.

Se o Projeto de Lei nº 2.630/2020 for sancionado pelo chefe do Poder Executivo, será publicada a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet.

Importante salientar que o Projeto de Lei busca regulamentar a liberdade de informação, que, mesmo sendo um direito fundamental, não é absoluta. A Lei das *Fake News*, ainda que vista pelos opositores como limitação ao direito de expressão, busca respeitar o núcleo essencial do direito à informação e a prevalência da verdade, quando, por exemplo, “proíbe contas criadas com o objetivo de assumir a identidade de outras pessoas ou contas automatizadas, conhecidas como robôs.” (BBC News, 2020).

Assim, não se pretende, com a possível publicação da Lei das *Fake News*, a extinção do direito à informação, e sim sua aplicação regular dentro de um Estado Democrático de Direito. Leva-se em consideração os princípios dos direitos

fundamentais *supra* estudados, como a relatividade e a interligação dos direitos, para defesa da limitabilidade do direito à liberdade de informação.

A Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, ainda em tramitação no Poder Legislativo, tem como intenção “evitar notícias falsas que possam causar danos individuais ou coletivos e à democracia”. (AGÊNCIA SENADO, 2020)

A Lei das *Fake News* evitaria, dessa forma, a desvirtuação ou abuso do direito à informação. Garantiria não só a liberdade de expressão, como também o direito à verdade, tão defendida por este artigo.

Assim, reafirma-se, nas palavras atemporais de Bobbio (2004), que “começa a se esboçar, contra o direito de expressar as próprias opiniões, o direito à verdade das informações”. (BOBBIO, 2004, p. 20)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à liberdade de informação, celebrado ao longo da história e positivado por importantes regulamentos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição da República Federativa do Brasil, deve ser melhor entendido, impedindo assim sua desvirtuação para a prática de ilícitos, como o discurso de ódio.

Assim sendo, essa liberdade não deve ser interpretada de forma a permitir o abuso do direito, com a disseminação de desinformação e/ou notícias falsas, que além de comprometer o Estado Democrático de Direito, coloca em risco o combate à disseminação do SARS-CoV-2, conflitando com outros direitos fundamentais humanos, como os citados direito social à saúde e o direito à verdade.

Conclui-se que o direito à liberdade de informação, como os demais direitos humanos fundamentais, não é absoluto, ilimitado. Dessa maneira, quando do conflito aparente com outros direitos, como o direito à verdade e o direito à saúde, deve haver a ponderação e harmonização dos direitos, preservando o núcleo essencial do direito, alicerçado na garantia da dignidade da pessoa humana.

Portanto, não se deve excluir um direito em detrimento do outro, mas sim harmonizá-los para que haja a aplicação razoável e equilibrada dos direitos ao caso concreto. A livre comunicação de ideias e opiniões em tempos sombrios de pandemia é, como bem adjetivou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, “um dos

mais preciosos direitos do homem” e, ainda que fundamental, deve sofrer limitações evitando o abuso do direito e a prática de ilícitos.

Sendo assim, esse direito não deve ser fundamento para a prática da desinformação ou da disseminação de *fake news*, colocando em risco outros direitos, como o direito social à saúde e o direito à verdade, fundamentais no combate à pandemia.

O combate à pandemia do COVID – 19, por qual o mundo está passando na atualidade, irá ser superada pela valorização da liberdade de informação, compromissada com a verdade e com a saúde pública.

REFERÊNCIAS

BBC NEWS. **Senado aprova projeto de lei das fake news**. jun. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53244947>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BERTOLLI FILHO, C. MONARI, A. C. P. Saúde sem *fake news*: estudo e caracterização das informações falsas divulgadas no canal de informação e checagem de *fake news* do Ministério da Saúde. **Mídia e Saúde: conexões, produções e (in)visibilidades cotidianas**. Niterói (RJ), v. 13, n. 1, p. 160-186, abril 2019.

BOBBIO, N.. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. ed. 7, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm. Acesso em: 02 de jul. 2020.

CONCEIÇÃO, I. O papel da liberdade de imprensa no combate ao coronavírus. **Migalhas**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326605/o-papel-da-liberdade-de-imprensa-no-combate-ao-coronavirus>. Acessado em: 06 jul. 2020.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 02 jul. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2020.

FONTELES, J. 5 pontos críticos para defender a liberdade de expressão durante a pandemia da covid-19. 2020. **ABRAJI: Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo**. Disponível em: <https://abraji.org.br/noticias/5-pontos-criticos-para-defender-a-liberdade-de-expressao-durante-a-pandemia-da-covid-19>. Acessado em: 07 jul. 2020.

MARTINS, P. J. dos S.. O rigor como eixo central da atividade jornalística. **Reinventando pactos globais para a ética da comunicação e do jornalismo**. Lisboa: Mediapolis - Revista de Comunicação, Jornalismo e Espaço Público, n. 9, p. 41-55, 2019.

MIRANDA, N.. **Por que Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOTÍCIAS STF. Supremo Tribunal Federal (STF). **Supremo julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal**. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=107402>. Acesso em: 13 jul. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. **Senado aprova projeto de combate a notícias falsas; texto vai à Câmara**. Fonte: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/30/aprovado-projeto-de-combate-a-noticias-falsas>. Acesso em: 15 jul. 2020.

TÔRRES, F. C.. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**. ano 50., n. 200., out./dez., 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequencia=1>. Acesso em: 02 jul. 2020.

UNESCO. Plano de Ação: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos. 3. Fase. Brasília (DF). 2015. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232922>. Acesso em: 14 jul. 2020.

**ALÉM DA FILIAÇÃO – SOCIOAFETIVIDADE, IDOSOS E
“SENEXÃO”**

BEYOND MEMBERSHIP - SOCIOAFFECTIVENESS, ELDERLY AND “SENEXÃO”

Ionete de Magalhães Souza

Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES

ionete@mail.connect.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/2645737955850329>

RESUMO: Este estudo versa sobre a socioafetividade, em sentido amplo, desde a adoção, a filiação, até os projetos em tramitação, que envolvem os idosos, e como melhor se posicionar legal e socialmente, quando estes estão no centro do acolhimento, com pretendentes ao seu cuidado. Projetos de Lei e análises quanto à possível adoção de idosos, formal e regulamentar, já são visíveis no âmbito social e campo acadêmico. E tem, ainda, a novidade da “senexão”. A metodologia é bibliográfica, com método dedutivo, breves pontuações históricas e análise do presente cenário familiar e legislativo. Além de ser escrito no período da pandemia do novo “Coronavírus/Covid-19”, portanto, tempos complexos em todos os ângulos da vivência humana.

Palavras-chave: Afeto. Convivência. Adoção. “Senexão”.

ABSTRACT: This study approaches the socio-affectivity, in a broad sense, since the adoption, the affiliation, until ongoing projects, involving the elderlies, and how to best behave legally and socially, when they are in the center of the reception, with suitors to take care of them. Draft bills and analysis regarding the possible adoption of the elderlies, formal and regulatory, are already visible in the social sphere and academic field. There is, also, the newness of “senexão”. The methodology is bibliographic, using deductive method, short historical references and analyses of the current family and legislative scenario. In addition to being written in the pandemic period of the new “Coronavirus/Covid-19”, therefore, complex times from all the angles of the human experience.

Keywords: Affection. Coexistence. Adoption. “Senexão”.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana, como princípio basilar da vida, instiga a todo tempo como melhor defini-la, vez que, a complexidade de seu alcance faz com que seja inconstante a satisfatória completude.

Este estudo versará sobre a socioafetividade, em sentido amplo, desde a adoção, a filiação, até os Projetos de Lei em tramitação, que envolvem os idosos.

A família, como núcleo primário do afeto, vem se diversificando em largos passos ao longo da história, quando se vislumbra os muitos formatos atuais, direcionando a um direito das famílias, em seu plural contexto e efetividade.

A adoção é relação de filiação, independente de parentesco consanguíneo ou afim, com o cumprimento de regras estabelecidas para a sua regular concretização judicial.

A problemática se encontra em como melhor se posicionar legal e socialmente, quando quem está no centro do acolhimento é uma pessoa idosa, com pretendentes ao seu cuidado. Projetos de Lei e análises quanto à possível adoção de idosos, formal e regulamentar, já são mais visíveis no âmbito social e campo acadêmico. E merece ponderações diversas e maturidade jurídica.

Pouco a dizer, ainda, do Projeto de Lei 105/2020, que traz uma novidade semântica, com a palavra “senexão”, intimamente ligada à adoção de idosos, grafada entre aspas no título, por se tratar de um neologismo. São muitas as dúvidas que permeiam esse universo afetivo. Inclusive, nesse caso, se se trataria de um novo instituto no Direito das Famílias.

Pretende-se, portanto, refletir e saber de especialistas, familiaristas e interessados no direito, sobre a temática de pessoas idosas e suas vulnerabilidades, no âmbito do amparo familiar, que deveria ser natural; trazendo as últimas discussões em projetos legislativos, devendo ser o interesse de responsabilidade de toda a sociedade.

A metodologia será bibliográfica, com método dedutivo, breves pontuações históricas e análise do presente cenário social e legislativo. Esta escrita é feita no período da pandemia do novo “Coronavírus”, com primeiras descobertas em dezembro de 2019, daí a denominação abreviada de “Covid-19”; portanto, tempos complexos em todos os ângulos da vivência humana, desde o isolamento social (com “quarentena” no Brasil iniciada em março de 2020) à ignorância na educação formal, com reflexos nas interpretações fáticas cotidianas. As dificuldades persistem nestes meses de inverno da segunda década deste milênio.

1 CONVIVÊNCIA FAMILIAR

1.1 Convivência familiar e o afeto como valor jurídico

O Direito das Famílias lidera em alterações na contemporaneidade; seja pelos numerosos formatos de família, seja pelo novo olhar ao que já existia, exigindo outros direcionamentos formais, para o que informal e socialmente se apresenta. É o afeto e o respeito à dignidade da pessoa humana, como pilares sustentatórios de relações, não obstante a existência, antes de liderança, de quesitos patrimoniais e outras formas de poder ou comando.

A Carta das Nações Unidas, de 1945, surgiu após a Conferência das Nações Unidas (ONU) sobre Organização Internacional, e reconhece a dignidade da pessoa humana, já em seu preâmbulo.

O Pacto de San José da Costa Rica, de 1969 - Convenção Americana de Direitos Humanos, afirma em seu artigo 11, que toda pessoa deve ser protegida na sua honra e na dignidade.

A família vem definida na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/1988), em seu artigo 226, salientada que é base da sociedade e que deve ter toda a proteção do Estado. Limita, por outro ângulo, a sua constituição, quando afirma se tratar de Casamento, que é ato civil entre pessoas de sexos opostos; da União Estável de um homem e uma mulher, como entidade familiar; ou de um dos pais com seus filhos. É nesse contexto estreito que a família vem, socialmente, alargando seus formatos há anos, sendo causa de discussões diversas no Direito, no Serviço Social, nas Ciências Sociais, na Psicologia, e tantos outros ramos afins ao afeto. Termo este que, junto ao amor, são totalmente desprezados na legislação, por omissão escrita, mas, muito trabalhada na doutrina e nos campos de estudo, com fulcro nos caminhos sociais.

O afeto, portanto, como valor jurídico, admite efeitos cíveis, como na comunhão plena de vida entre os cônjuges e a igualdade dos filhos (biológicos ou adotivos), conforme preceituam os artigos 1.511 e 1.596, respectivamente, do Código Civil Brasileiro, de 2002 (CC/2002).

Em artigo científico sobre a família parental, Cristiano Chaves de Farias afirma:

[...] o conceito de parentesco apresentado ao longo dos tempos funda os seus esforços, basicamente, na ideia de relação entre pessoas que descendem umas das outras e entre um dos cônjuges e os parentes do outro, além da relação decorrente de adoção. Não é difícil perceber a insuficiência de tal ideia para atender às diversas situações existentes nas relações de parentesco no mundo contemporâneo. Efetivamente, a evolução da engenharia genética e das técnicas de reprodução

medicamente assistida somada à presença marcante do afeto em determinadas relações humanas permitem enxergar um novo conceito para o parentesco. (FARIAS, 2015, p.249)

O conviver entre somente irmãos, ou avós e netos, ou pessoas do mesmo sexo, a título exemplificativo, são totalmente aptos à denominação de família, quando quesitos e características de convivência salientam nessas relações. É o estar junto, numa responsabilidade, atenção e cuidado recíprocos, cujos passos são ladeados.

A socioafetividade surge no contexto de vivência entre pais e filhos, que, por motivos diversos, não se encaixam numa ordem simplista de biológico ou genético, registral ou civil, e com responsabilidade afetiva. Portanto, aquela nasceu amparada na filiação, que é bem mais ampla que o parentesco natural e civil, exposto no artigo 1.593 do CC/2002, que trata da consaguinidade ou outra origem, dentre outros dispositivos legais.

Se a família pode ser diversificada, facilmente identificada pela proximidade de seus integrantes, em um determinado núcleo, é perceptível, também, que as pessoas podem ter funções e faixas etárias diferentes naquele lar. Pode ser a mãe, o pai, a filha ou os filhos, os avós e, tendo mais tempo de graça, os bisavós e até trisavós, num mesmo momento e espaço.

A CRFB/1988 tem princípios, que podem ser definidos como bases da ordem jurídica, em um Estado Democrático. Existem os expressos, como a soberania, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, dentre outros. E tem os princípios implícitos, como a moralidade pública, a razoabilidade, a proporcionalidade, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a monogamia, o melhor interesse da criança e do adolescente, o respeito às diferenças e a pluralidade das formas de família, sem esgotá-los.

O afeto é um direito da personalidade, e não está expresso no ordenamento jurídico constitucional. Mas, os direitos da personalidade compõe a pessoa humana, que tem direito à vida e tudo que crer naturalmente como parte de sua honra. Valores e princípios salutar, independente da aprovação ou não de outrem; personalíssimo e de satisfação íntima. E, na maioria das vezes, também notados pelos que estão em seu entorno.

Quanto à parentalidade, cita-se um julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), que trata da ampliação de tutela normativa, relativa às famílias:

A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber:

(i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. (STF - AgR RE 898.060 – Santa Catarina-SC, Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 15/03/2016. Data de publicação: DJe-051 18/03/2016).

Por acréscimo, há que se dar espaço à discussão da multiparentalidade, por já se fazer presente, não só no ambiente fático, mas, casos no Poder Judiciário, numa busca de inclusão de nome paterno do registro civil, por exemplo, não sendo retirada a declaração original de paternidade. Isso se deve em diversas situações possíveis de êxito, quando envoltas do necessário nexos de causalidade, convivência familiar, fundamentação consistente, provas cabais e afeto em destaque.

2 ADOÇÃO INFANTO-JUVENIL

2.1 Crianças e adolescentes no Brasil: análise da socioafetividade

A filiação, em regra social e desejável, se apresenta como biológica, afetiva e registral, portanto, natural, por amor e civil. O termo “afetiva” pode ser substituído por “socioafetiva”, mesmo quando se trata de descendência genética, vez que, o desejo do cuidado, aliado à ação, é a própria socioafetividade. Deve-se querer dar afeto, nessa consolidação de relação paterno-filial.

Prioriza-se o formato masculino de linguagem, para esse caso, vez que, o abandono afetivo é inquestionavelmente superior pelo genitor, e não materno. Mas, existe, em caráter excepcional, a investigação de maternidade, e, ainda, sendo situações diferentes, a busca pela maternidade socioafetiva, também. E sempre surgindo novidade nessa área, seja em procedimentos judiciais ou cartorários.

Portanto, primeiro vem a responsabilidade natural, dos efeitos genéticos da concepção humana. É o criar em sentido lato. Fora disso, deve ser trabalhado como exceção.

No artigo 39 - § 1º da Lei 8.069/1990, esta conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com modificações da Lei 12.009/2009, tratada como Lei de Adoção, tem-se: “A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.”

Mas, já firmada a adoção, como filiação consagrada, é a essência da parentalidade socioafetiva; que até pode surgir, ainda, a multiparentalidade, dita anteriormente, ou seja, mais de um pai ou uma mãe, em declaração explícita no registro civil. Não é uma constante a última situação citada, mas, totalmente possível, em conformidade com desejos, justificativas e pedidos levados ao Poder Judiciário.

Na adoção vê-se a vontade do afeto concretizada. Em regra, envolvendo crianças e adolescentes em iminente situação de vulnerabilidade, abandono, risco ou violência. Por certo, que existe a adoção de maiores de dezoito anos (maioridade no Brasil), cujos processos fáticos ou judiciais são direcionados pelo único artigo 1.619 do CC/2002, após revogações de outros artigos do capítulo sobre adoção, via Lei 12.010/2009.

O direito é cultura, que é fruto da linguagem, exposta pelo Poder Legislativo, visando regulamentar situações fáticas existentes no campo social.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em seu Provimento 83, de 14/8/2019, alterou parte do Provimento 63, de 14/11/2017, quanto à paternidade ou à maternidade socioafetiva:

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente. 1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos. 2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida. 3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo. 4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento.

O Cadastro Nacional de Adoção (CNA) informa a demanda formalizada de crianças e adolescentes, que aguardam por um lar; não se contando os casos informais, não registrados

ou sequer sabidos. Tão grave quanto a situação de uma conta, que não se apresenta lógica, haja vista o número superior de pessoas interessadas em adotar, mas, que não se encontram nos seus desejos e planos os numericamente inferiores, legalmente habilitados.

Entretanto, não bastasse os quesitos de adoção, envolvendo crianças e adolescentes, além dos casos de pessoas maiores, nos termos civis, um outro significativo número de pessoas encontra-se em destaque, não por motivos comemorativos, mas, por sua quase invisibilidade em certos lares, e envolvendo a temática “adoção”.

Refletir-se-á, a seguir, quanto a possível adoção de idosos, em convivências que parecem não devidamente englobadas nos direcionamentos legais postos, além dos deveres morais e sociais de atenção, respeito e cuidado.

3 ADOÇÃO, “SENEXÃO” E DIGNIDADE DO IDOSO

3.1 Suportes sociais e legais da experiência

O avançar dos anos cronológicos traz experiência, trabalho prestado, vidas compartilhadas e sabedoria. Isso, na maior parte das vezes. Ou, pelo menos, é o que se imagina e espera. A carga física humana mais usada, englobando o intelecto e os sentimentos são realidades naturais nesse passar de tempo. O respeito à vida construída seria a chave de entrada, em local seguro de amparo e atenção, se o Princípio da Dignidade Humana fosse impregnado nas raízes familiares e cidadãs.

No artigo 3º da Lei 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso (EI), está firmada uma obrigação prioritária da família, e de outros, sem sequência, que:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à **dignidade**, ao respeito e à **convivência familiar** e comunitária. (Grifos não originais).

Entretanto, algumas famílias não conseguem que seus idosos permaneçam no lar e os direcionam para abrigos, seja por problemas econômicos ou de trato social, ou, ainda, por falta de empatia e amor. E a dor do não pertencimento aflora naquela alma posta à margem, de corpo vivo. Assim, cresce a discussão nos campos, social, jurídico, e em formato legislativo, sobre como melhor amparar as pessoas, que já são adiantados na caminhada

terrena e que são dignas de trato afetivo adequado. É a sociedade e o Estado na tentativa de bem cumprir a sua função.

Atualmente, existem Projetos de Lei (PL), em trâmite na Câmara dos Deputados Federais, que abordam modificações em assuntos intimamente ligados ao bem-estar dos idosos, como os que dispõem sobre os Cuidadores de Idosos, a citar, os de números 4.702/2012, 4.114/2015 e 7.216/2017. A esses mencionados estão apensados, ainda, os PL [números 956, 5.475 e 5.532, todos do ano de 2019](#), que pretendem um tipo de adoção de idosos, que alterará, por consequência, o EI, o ECA [e o CC/2002](#).

Em parte da justificativa no PL 5.532/2019, já apelidado de “Lei Dona Cotinha” (por envolver um caso), consta possível acréscimo de inciso ao artigo 45 do EI, nos seguintes termos:

[...] VII – colocação em **família substituta**. § 1º As pessoas idosas receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar no seio de sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento ativo e saudável; § 2º A colocação em família substituta far-se-á mediante acolhimento, curatela ou **adoção**, nos termos desta Lei; § 3º Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais será assegurado o seu consentimento, colhido em audiência, para colocação em família substituta; § 4º Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado; § 5º **A adoção de idosos** dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. § 6º A colocação do idoso em família substituta terá acompanhamento posterior, realizados pela equipe 2 interprofissional, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (Grifos não originais).

O termo “adoção” causa estranheza ou certa reflexão sobre alguma inadequação ao referir-se a idosos, numa inversão cronológica de adotante e quem será adotado. Em outro ângulo, passível de análise, também, é a proximidade da adoção já regulamentada pela legislação e os requisitos inerentes ao que se almeja para qualquer pessoa idosa, em situação de vulnerabilidade. O procedimento judicial indicado é o das regras da adoção de pessoas maiores de idade, contidas no artigo 1.619 do CC/2002, com assistência do poder público e sentença constitutiva, além de, se necessário, utilizar as regras gerais do ECA.

E tem, ainda, o PL [105, apresentado no dia 5 de fevereiro de 2020 \(PL 105/2020\)](#), que propõe a criação de um novo instituto, denominado “senexão”, incluindo-o no EI, com finalidade de colocar pessoa idosa em uma família substituta, sem alteração no estado de

filiação, sendo ato irrevogável e com formalização no Cartório de Registro de Pessoas Naturais, em livro próprio.

Tânia da Silva Pereira pondera:

[...] envelhecer é mudar e renovar as atitudes básicas que envolvem as diversas áreas vitais. Neste contexto, o esquecimento, os lapsos de memória, as mudanças de conduta não impedem que as pessoas idosas possam refletir sobre suas prioridades, sobre aquilo que é verdadeiro e autêntico. Também não afasta a motivação para o conhecimento, para as atividades sociais, nem mesmo a capacidade de decisão e controle mental. As contradições e desafios da vida moderna recomendam uma maior autenticidade nas relações humanas, compreensão e aceitações mútuas e a renovação dos espaços de convivência. (PEREIRA, 2015, p.350)

Há que se somar aos debates legislativos, o máximo possível de experiência humana no campo do bem querer familiar e afetivo, com seus personagens e funções dentro de um lar. Se a pessoa idosa está só, no sentido físico da composição de núcleo de vivência, o foco muda, mas, tudo dentro de um contexto desejado pelo maior benefício daquela, com sua aquiescência, caso possa ou consiga se manifestar.

3.2 “Senexão” e dignidade

A palavra “senexão” é justificada pelo autor do PL 105/2020 da seguinte forma: “[...] palavra formada da raiz latina ‘senex’, que corresponde a idoso e do sufixo ‘ão’ que designa pertencimento, como em aldeia/aldeão, cidade/cidadão[...]”, portanto, um neologismo.

Em princípio, pode-se indagar a própria sonoridade do termo “senexão”, quando se atribui à pessoa idosa a identificação de “senecta/senecto” e a quem o recebe em cuidados como “senector/senectora”.

A identificação pessoal e de trato entre as pessoas faz grande diferença no próprio sentir humano. Uma melhor análise de aplicação de terminologias é sempre bem-vinda. Não infantilizar a pessoa idosa e nem alimentar preconceitos em desfavor dela, são importantes hipóteses a serem refletidas. Se superada essa parte, e mantida a senexão - caso a conclusão seja de que a função identificativa de expressões não deve ter esse condão tão valorizado -, ou até mesmo, revisada a expressão, passa-se a um superficial ponto a ponto do que consta no PL 105/2020.

São atribuídos direitos e obrigações ao senectado e ao senector. Essa integração do idoso a uma família substituta altera o EI, observada a vulnerabilidade ou o abandono, com determinação de registro apropriado no Cartório de Pessoas Naturais. Não estabelece vínculo de filiação, mas, é irrevogável essa relação estabelecida entre senectado(a) e senector(a). Não havendo a relação filial, não existirá, também, direitos sucessórios, mudança de nome ou regulamentação de alimentos.

É a vinculação tão somente socioafetiva, sob esse novo aspecto, além da filiação. Será a busca do amparo material e afetivo para o idoso, conforme suas necessidades; inclusive, dependência em plano de saúde e no Imposto de Renda (IR).

No PL 105/2020, em três momentos do artigo 55 (letras A, C e F), utiliza-se “socioafetividade” quanto à formação do parentesco:

Art. 55 A. Para a colocação de idoso em família substituta, a fim de proporcionar-lhe amparo e estabilidade de relações *sócio afetivas (sic)* com a família receptora, admite-se a senexão. [...] Art. 55 C. A senexão não estabelece vínculos de filiação entre senector e senectado, nem afeta direitos sucessórios, mas estabelece vínculos de *parentesco sócio afetivo (sic)*, que implicam a obrigação do senector em manter, sustentar e amparar de todas as formas materiais e afetivas as necessidades do idoso. [...] Art. 55 F. São direitos do senectado: I - ser recebido voluntariamente como membro da família do senector, na qualidade de *parente sócio afetivo (sic)*, recebendo todo amparo devido a pessoa da família; [...]

Frise-se que, os conteúdos em análise, no formato apresentados para apreciação legislativa, não se confundem. Na adoção de idosos existe a destituição do parentesco originário, o que não ocorrerá quando da senexão.

A adoção é instituto antigo e consagrado. A adoção de idosos que é a novidade, advinda daquele gênero, e já tratado como novo instituto. A senexão, não. Mas, em um espaço ocupado, ainda, sem a afirmativa de que se trata de um novo instituto do Direito das Famílias. O que já se sabe é o efetivo apensamento aos anteriores PL sobre a adoção de idosos, com as suas diferenças.

A senexão traz uma visibilidade ao vínculo socioafetivo para a pessoa idosa, que será integrante do núcleo familiar, mas, em grau de parentesco por afeto, como mencionado anteriormente. É uma nova medida protetiva apenas para idosos em situação de risco, com modificação no artigo 43 do EI.

As propostas de adoção de idosos e senexão têm semelhança no PL 5.532/2019, por possuir a mesma regulamentação citada anteriormente no PL 105/2020. É a inclusão do idoso em família substituta, como uma das medidas protetivas do Estatuto do Idoso. Já o PL 5.475/2019 indica o instituto da adoção a pessoas inseridas em “Programa de Acolhimento Familiar ou Institucional”. E o PL 956/2019 não prevê limitação à situação jurídica do idoso.

Dos requisitos essenciais para a adoção, logo se apresenta o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), o estágio de convivência, dentre outros, que são naturalmente lembrados, também, nessa possível adoção de idosos, ou a senexão; verificando sempre se com a adoção haverá vantagens para o adotando.

Atenção especial ao quesito de que não há que se vincular à incapacidade de pessoa idosa, mas, ao afeto, ao pertencimento e à dignidade da pessoa humana, cuja autonomia deve ser preservada. É o direito fundamental da convivência familiar sendo aplicado, quando se depara com idosos sozinhos ou órfãos.

A título exemplificativo, e quase que no avesso do cerne da temática em análise, pode ser lembrado que, a vulnerabilidade dos idosos é sempre mais trabalhada no campo econômico ou de violência explícita, como se abstrai da Recomendação 46/2020, do CNJ, publicada no dia 22 de junho de 2020; o que é muito importante. No referido ato normativo se resume as medidas preventivas para evitar tais violências, notadamente no período da pandemia do novo Coronavírus/Covid-19, vigorando até 31 de dezembro de 2020, podendo ser prorrogado. Entretanto, o que pode ser a prevenção no cuidado amoroso ao idoso, objeto central deste estudo, é sempre mais complexo, inclusive, na formatação de regras objetivas.

O senector tem o dever de cuidar das necessidades de saúde do senectado, tomando as decisões sobre tratamentos médicos, em caso de impossibilidade decisória daquele. É uma grande responsabilidade em todos os aspectos; seja quando se lembra que a família biológica, caso exista ou ressurja, pode querer interferir em algum momento, ou ainda, há que se ressaltar que, quando alguém está impossibilitado de manifestar desejos, existe ação judicial própria, com a consequente curatela.

Outro dispositivo aponta que, se o senector falece antes do senectado, passam aos herdeiros do senector os direitos e obrigações da senexão, fundamentados nos vínculos afetivos.

Percebe-se, a cada reflexão, a temática sensível, de caminhada atenta e árida, em prol de benefícios a quem se apresenta vulnerável, mas, não se trata de criança indefesa, infantil, e sem conhecimento experienciado.

Em primeira análise, pensa-se que houve uma confusão no conceito da socioafetividade, com seus vínculos filiais de igualdade à paternidade genética; mas, pode ser a intenção, também, de ampliação de conceito na formação de laços afetivos, não vinculados à filiação.

É preciso novos nomes para proteger quem já estará na família, com tantas designações já existentes? Seria muita liberdade deixar a pessoa idosa ser tratada como melhor lhe aprouver, dentro do novo lar? Esse parentesco atípico precisa ser nominado no trato diário? Como a pessoa idosa se sentirá mais digna e pertencente ao núcleo familiar mais recente?

Vê-se que o PL nº 105/2020 pretende ampliar o conceito da socioafetividade, englobando outros laços familiares, além dos filhos ou da filiação, com chances reais do surgimento de um novato instituto no Direito das Famílias. Mas, não bastante é o que já foi ponderado sobre o assunto em voga.

Na adoção, os laços são parentais, não obstante a juventude de quem adota; tornar-se-ão pai ou mãe de filha ou filho, que poderiam, cronologicamente, esses últimos, ser pais ou avós de quem adotou. Tudo dentro de processo judicial minucioso.

Na senexão, somente a regulamentação seria por processo judicial, como já tratada, numa garantia de transparência e segurança entre todos os envolvidos. Mas, a socioafetividade não seria a padrão, conhecida e debatida, e, sim, além da filiação, um outro braço do corpo daquela, inexistente até então.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Análises e debates são bem-vindos quanto à temática, pela carência doutrinária e fundamentos específicos. É muita inquietação subjetiva dentro da objetividade, que é o próprio direito.

A família, como cultura, em seus numerosos formatos, envolve de sentimentos, direitos e deveres, que tendem à completude - mesmo sabendo da individualidade a ser respeitada e vivida - ainda é o núcleo mais sólido de amparo e equilíbrio humano.

O tentar descortinar como mais viável a linha procedimental, quando são notadas semelhanças, complementos ou até antagonismos entre possíveis valores, benesses e obrigações, é tarefa complexa, e, nesse caso, envolvendo a regulamentação de uma adoção de idosos ou de uma senexão.

O termo “socioafetividade”, contido nos PL pode divergir do Direito das Famílias, atualmente, no qual surgiu no contexto da filiação. Ou pode ser pensado como ampliador do conceito inicial, acolhendo a formação de outros laços familiares, que não envolvem pais e filhos. São temáticas que devem ser acrescidas em debates da comunidade acadêmica, refletida doutrinariamente e melhor informada a sociedade, para maior contribuição dos valores familiares, e nos direcionamentos no campo jurídico do afeto e do Direito das Famílias.

A falta do afeto, a complexidade das relações humanas, os novos formatos de família, desafiam o direito, por suas diversas transformações. O abandono afetivo alcança as pessoas idosas, em alto grau, conforme, por exemplo, o Disque Direitos Humanos (Disque 100), do Governo Federal.

A busca de reparação do vazio existencial pode ser preenchida de formas diferentes em cada vida. A atenção primorosa de órgãos ou instituições de proteção, fiscalização e/ou acolhimento precisam estar engajados nessa batalha, cujo acolhimento amoroso à pessoa idosa deve ser primordial, seja nos aspectos sociais ou legais.

Numa tendência para além da socioafetividade conhecida, têm as propostas dos PL para adotar idosos, e incluí-los na filiação, sem questionamento de faixas etárias ou diferença mínima de idade para menos; bem como, tem a senexão, sem o vínculo da filiação, mas, com a parentalidade afetiva regulamentada por processo judicial. Todos em início de trâmite legislativo, portanto, aguardando contribuição validada de melhor interesse da pessoa idosa.

O intuito provocativo e reflexivo deste artigo é real, mais do que dar uma solução para o correto modelo a ser seguido. Questionar o direito ou o futuro direito a ser regulamentado é tarefa de todo cidadão. E no Direito das Famílias, como interpelação íntima de relações humanas, é um dos grandes desafios deste século.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Câmara dos Deputados Federais (CDF)**. Disponível no www.camara.leg.br, acesso em 13 de julho de 2020.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Disponível no www.cnj.jus.br, acesso em 13 de julho de 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Disponível no www.stf.jus.br, acesso em 13 de julho de 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. (Título original: *Acces to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre (RS): Fabris, 1988.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A família parental**. In: **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte (MG): Editora IBDFAM, 2015, p.247-273.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. (Título original: *Der KampfumsRecht*. Traduzido por: Dominique Makins). São Paulo (SP): Hunter Books, 2012.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo (SP): Saraiva, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Proteção dos idosos**. In: **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte (MG): Editora IBDFAM, 2015, p.343-366.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova Lei de Adoção comentada – Lei nº12.010, de 3 de agosto de 2009**. 2. ed. (Revista, ampliada e atualizada). Leme (São Paulo): Editora JH Mizuno, 2012.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Adoção por amor e circunstâncias**. In: **Revista Síntese Direito de Família**. v. 18, n. 102. São Paulo (SP): Editora Síntese, jun./jul. de 2017, p. 101-109.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Paternidade socioafetiva**. In: **Revista Prática Jurídica**. Brasília (DF): Editora Consulex. Ano V - nº 54, 30/09/2006, p. 26-28.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. v.5. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. (Artigo publicado em maio de 1979, na Revista da Faculdade de Direito da UFMG. v. 27, n. 21. Belo Horizonte -MG. p.400-418). Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>, acesso em 22 de junho de 2020.

DIREITO À INFORMAÇÃO NAS ASSOCIAÇÕES EM TEMPOS DE PANDEMIA: PRIVACIDADE E DIREITO DE IMAGEM NOS REGISTROS DE REUNIÕES VIRTUAIS

RIGHT TO INFORMATION IN ASSOCIATIONS IN TIMES OF PANDEMIC: PRIVACY AND RIGHT TO IMAGE IN THE RECORDS OF VIRTUAL MEETINGS

Daniel Dela Coleta Eisaqui

Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP

danicoleta@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5032347882726326>

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar as consequências jurídicas dos registros digitais das reuniões virtuais de associações durante a pandemia. A questão central tratada concerne à possibilidade de gravação e as implicações em relação aos direitos de privacidade e imagem dos associados. A metodologia utilizada é a dedutiva, com instrumental bibliográfico e jurisprudencial. O artigo analisa a virtualização das relações associativas na pandemia, a possibilidade do registro das reuniões e a natureza não absoluta dos direitos de privacidade e de imagem dos associados e, por fim, o direito de acesso à informação dos associados e a acessibilidade dos registros digitais das reuniões virtuais. Com conclusão, encaminha-se que a utilização dos registros internamente à associação não implica violação aos direitos de imagem e privacidade dos associados, legitimando-se o acesso dos demais associados.

Palavras-chave: Acesso à Informação. Associação. Direito de Imagem. Privacidade. Pandemia.

ABSTRACT: This article aims to analyse the legal consequences of digital records of virtual meetings of associations during the pandemic. The central issue addressed concerns the possibility of recording and the implications in relation to the privacy and image rights of members. The methodology used is deductive, with bibliographic and jurisprudential material. The article analyses the virtualization of associative relations in the pandemic, the possibility of recording meetings and the non-absolute nature of members' privacy and image rights and, finally, the right to access members' information and the accessibility of digital records of virtual meetings. In conclusion, it is pointed out that the use of the records within the association does not imply a violation of the image and privacy rights of the members, legitimizing the access of the other members.

Keywords: Access to Information. Association. Pandemic. Privacy. Right to Image.

INTRODUÇÃO

O ser humano tende a avocar uma ideia de controle sobre o universo: a ideia de que a vida se desenrola numa sucessão de fatos sem qualquer controle ou poder de intervenção do próprio sujeito lhe acarreta arrepios. O homem busca rejeitar a consciência de sua impotência.

Na tradição cristã, Tiago, em sua epístola, enfrenta a questão de forma seminal, apregoando que não se sabe o que ocorrerá no porvir, definindo a vida como mera neblina que aparece por um pouco de tempo e logo se dissipa.

A teoria da imprevisão, conforme a teorização francesa, refletida no direito brasileiro por Arnaldo Medeiros da Fonseca, traduz, no âmbito contratual, esta noção de que o ser humano há de controlar o futuro: contratar é um exercício de previsão, e o contratante deve arcar com as falhas neste exercício.

Mas o destino é arisco e indômito, e sobrepõe-se aos caprichos da aventura humana na Terra. Exemplo contemporâneo, a pandemia de COVID-19 (Sars-COV-2), fez parar o mundo, e mais, enclausurou grandes extensões da população, em escala global.

Mas o homem é arredo, incontido, irresignável, ontologicamente renitente e com espírito expansivo. Animal político, de espírito gregário, urgiu manter a comunicação intersubjetiva, moldando as relações às novas condicionantes. Assim, valendo-se da evolução tecnológica, virtualizou-se e digitalizou-se, ainda mais, as relações entre os indivíduos.

Não apenas os contatos existenciais, isto é, aqueles pautados nas relações de afeto, mas, igualmente, as relações comerciais, governamentais, bancárias, religiosas, e de tantos nichos sociais, econômicos, culturais, passaram a se dar de modo virtual.

Como não poderia deixar de ser, tais relações continuaram a possuir um substrato de juridicidade, tal qual se dava quando empreendidas em tempos de normalidade, em caráter presencial. Por isso, o Direito viu-se obrigado a estabelecer um regime jurídico de tutela das relações ocorrentes em período pandêmico, em nome da segurança jurídica.

A partir da edição a Lei nº 14.010/2020, publicada em 12 de junho, as pessoas

jurídicas passaram a ser legitimadas a realizar suas deliberações em caráter virtual, pelos meios eletrônicos disponíveis, ainda que não houvesse prévia legitimação estatutária.

No entanto, algumas questões exsurtem desta nova dinâmica: as reuniões podem ou devem ser gravadas? Os sócios não participantes podem ter acesso à gravação ou tão somente à ata? Os órgãos componentes da associação (Diretoria Executiva ou Conselho Fiscal), podem impor sigilo às suas reuniões interna corporis, mesmo em relação aos associados? No desempenho de procedimento jurisdicional lato sensu, os julgadores poderão subtrair-se ao escrutínio posterior dos demais associados, empreendendo sessões de julgamento sigilosas?

Ante tais indagações, o presente artigo se propõe a respondê-las, com base na dinâmica legal que é conferida aos sócios nas companhias abertas e sociedades anônimas e no tratamento convencional, constitucional e legal do acesso à informação, devido processo legal, privacidade e direito de imagem.

Parte-se do enfoque dogmático, utilizando-se a abordagem metodológica dedutiva, buscando responder as questões supra indigitadas (casos concretos), segundo os delineamentos jurídicos dos institutos mencionados (proposição teórica geral).

O artigo se estrutura começando com uma análise da mutação das relações sociais no contexto pandêmico, no qual se reforçou a virtualidade das interações intersubjetivas e das manifestações coletivas (tópico 1). O capítulo 2 se dedica à questão da privacidade e do direito de imagem em relação aos registros digitais. O tópico terceiro é referente ao direito de acesso à informação digital pelos associados.

Encaminha-se, assim, que embora legitima a tutela da privacidade e do direito de imagem, tal encontra mitigação quando se trata das relações entabuladas entre os próprios associados, já que a existência da associação culmina no direito de acesso à informação, de um lado, por parte dos associados em geral, e no dever de *accountability*, de outro, em relação aos administradores e órgãos que exerçam alguma função específica em proveito da associação.

1. RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS EM TEMPOS DE PANDEMIA E A VIRTUALIDADE DAS ASSOCIAÇÕES

O espírito gregário do ser humano e a *affectio societatis*, isto é, a intenção, a vontade, o *animus* de estabelecer uma união de indivíduos com um determinado objetivo, estão intimamente relacionados. Em síntese introdutória, poder-se-ia resumir a questão como o espírito gregário sendo o fundamento metafísico da *affectio societatis*, e, esta, sendo a instrumentalização jusfilosófica, daquele.

Aristóteles (2008, p. 56) já trazia a questão de que o homem é um animal político, destinado a viver em sociedade.

Dotado de telencéfalo altamente desenvolvido e polegar opositor (FURTADO, 1989), o ser humano vale-se da *intelligentsia* para dobrar as condicionantes do espaço-tempo, e responder ao dilema de Hamlet: insurgir-se contra o mar de provações que a Fortuna alveja e lhes pôr um fim.

Diante da pandemia de COVID-19, e a necessidade de distanciamento físico, buscou-se alternativas para que tal distanciamento físico não redundasse em um isolamento social. Assim, igualmente as sociedades e associações passaram a utilizar os meios eletrônicos de comunicação para manterem-se os contatos intersubjetivos e o funcionamento dos entes coletivos.

Deu-se, pois, a virtualização das associações, cujo apanágio jurídico consubstanciou-se na edição da Lei nº 14.010, de 12 de junho de 2020, pela qual, em seu artigo 5º, autorizou-se que as assembleias fossem realizadas “por meios eletrônicos, independentemente de previsão nos atos constitutivos da pessoa jurídica”. (BRASIL, 2020).

1.1 O conceito de virtualização a partir do pensamento de Pierre Lévy

Pierre Lévy, ao se perguntar o que era o virtual, reconheceu tratar-se de um processo que superava a informatização. O pensador francês via na virtualização um movimento geral que afetava “os corpos, o funcionamento econômico, os quadros coletivos da sensibilidade ou o exercício da inteligência [...] as modalidades do estar junto, a constituição do “nós” [...]” ([s.d.], p. 2).

Com efeito, a partir da erupção da pandemia de COVID-19 e das medidas sanitárias de cunho distanciador e isolacionista, preconizando restrições de locomoção,

reunião, aglomerações e contatos plurissubjetivos e/ou multitudinários, a necessidade de se virtualizar, ou seja, recorrer a mecanismos digitais e eletrônicos de interação, resultou na abrangência de múltiplos setores da vida social.

Na teoria lévyniana, a virtualização se apresenta de forma pluridimensional, não se apresentando, pois, com uma única semântica. Em uma primeira noção, dá-se a “desterritorialização” (evocando a filosofia de Deleuze e Guatarri), o “não-presente”: “unidade de tempo sem unidade de lugar” (LÉVY, [s.d.], p. 9).

Outrossim, tem-se uma mutação da velocidade das interações: “cada novo sistema de comunicação e de transporte modifica o sistema das proximidades práticas, isto é, o espaço pertinente para as comunidades humanas”, originando um espaço e um tempo específicos. (LÉVY, [s.d.], p. 10-11).

A bem da verdade, esta aceleração das relações, ensejando uma instantaneidade, é consequência já recorrente, originada do próprio sistema capitalista, no qual, cada vez mais, o tempo é índice de lucratividade, bem como do próprio comportamento individual, mais ansiosos e recalcitrante em esperar.

Em complemento, ocorre ainda uma confusão entre espaço público e espaço privado, isto é, “o teletrabalhador transforma seu espaço privado em espaço público e vice-versa. [...] [o]s limites não são mais dados. Os lugares e tempos se misturam. As fronteiras nítidas dão lugar a uma fractalização das repartições” (LÉVY, [s.d.], p. 12).

O espaço doméstico, antes intangível e inviolável, acobertado como um espaço de reserva íntima do indivíduo e da entidade familiar (CF, Art. 5º, incisos X e XI; cf. WARREN; BRANDEIS, 1890), passa a ser coletivizado e tornado público, como uma extensão da *ágora* e do local de trabalho (SUIÇA, 2019¹).

É dizer, pois, ainda que de forma virtual, dá-se uma exposição coletiva dos espaços residenciais, abrindo-se o espaço habitacional para ingresso de terceiros, os quais, guardadas as devidas proporções, estabelecem presença no recôndito domiciliar dos indivíduos.

Nesse sentido, Pierre Lévy ([s.d.], p. 13), expressa sobre a virtualização do

¹ Trata-se de precedente da Suprema Corte Federal da Suíça, no qual o colegiado jurisdicional reconheceu que a empregadora deveria contribuir com a locação do empregado que desempenhasse o trabalho em sistema de *home office*, quando o empregador não oferecer ao empregado instalações adequadas para o desempenho de suas funções, e, por esta razão, o trabalhador necessitar utilizar sua infraestrutura residencial.

corpo: “[e]stamos ao mesmo tempo aqui e lá graças às técnicas de comunicação e de telepresença”, nos misturamos aos outros e às coisas. Não é uma mera projeção, mas, sim, uma quase presença:

[...] ambos estamos, respectivamente, aqui e lá, mas com um cruzamento na distribuição dos corpos tangíveis [...] os clones, agentes visíveis ou marionetes virtuais que comandamos por nossos gestos, podem afetar ou modificar outras marionetes ou agentes visíveis, e inclusive acionar à distância aparelhos “reais” e agir no mundo ordinário (LÉVY, [s.d.], p. 14).

Em decorrência, “hoje nos associamos virtualmente num só corpo com os que participam das mesmas redes”, de modo que “cada corpo individual torna-se parte integrante de um imenso hipercorpo híbrido e mundializado” (LÉVY, [s.d.], p. 16).

Essa conjuntura, com efeito, torna-se palpável quando se analisa as transformações pelas quais passaram as associações no *iter* pandêmico contemporâneo, no qual se afirma, como nunca, o ciberespaço (cf. LÉVY, 1999).

1.2 A pandemia de COVID-19 e a virtualização das associações

A família, as tribos, os Estados, e o internacionalismo (organismos multilaterais). A história da civilização é marcada pelo gregarismo: “o homem é um ser eminentemente social. Não vive isolado, mas em grupos. A associação é inerente à sua natureza” (GONÇALVES, 2014, p. 215).

As associações, em sentido lato, são a quintessência do espírito coletivista do ser humano. “O indivíduo não vive sem a sociedade, mas a sociedade também não se constitui sem o indivíduo”, de modo que o existir humano “não é uma ilha soberana e solitária”, egocêntrica (LEME MACHADO, 2017, p. 905).

Luís Roberto Barroso (2016), efetivamente, ao tratar da dignidade da pessoa humana, salienta a dimensão comunitária da autonomia dos indivíduos, reconhecendo que estes estão sujeitos a valores, costumes e direitos das outras pessoas, bem como a metas coletivas.

Assim, seja por necessidade espiritual (ou seja, o caráter depressivo da solidão), seja por motivos de necessidade material – união de esforços e recursos para consecução de objetivos comuns, que extrapolam as possibilidades individuais, surgem as pessoas jurídicas, estes conjuntos de pessoas e bens com reconhecimento do direito

(GONÇALVES, 2014, p. 216).

No plano específico do objeto de análise, as associações consubstanciam-se como sendo *universitas personarum*, isto é, detêm um caráter eminentemente pessoal, pois são “constituídas de pessoas que reúnem os seus esforços para a realização de fins” não lucrativos (GONÇALVES, 2014, p. 234-235).

Sob tal perspectiva, então, decorre a associação como sendo a máxima expressão do espírito gregário do ser humano, já que sua constituição se habilita diante da mais pura vontade dos indivíduos de congregarem-se, sem que esta *affectio societatis* esteja vinculada a qualquer finalidade materialista específica.

Uma associação que se forme ante a evolução de um clube de livro, *v. g.*, exemplifica o quanto argumentado, na medida em que se embasa e arrazoia tão somente pela vontade de reunir pessoas que comunguem do interesse pela leitura, e tenham apreço pela vivência comunitária deste hábito.

A partir do momento em que o indivíduo se vê vinculado a outras pessoas, bilateralmente, ou pela associação pluralista, a comunicação e o ajuntamento intersubjetivos tornam-se corolários lógicos e necessários, ainda que não se deem de forma presencial.

Como decorreu da superveniência da pandemia de COVID-19, para que os membros se mantivessem em contato, e para que fossem mantidas as atividades associativas, fez-se necessário valer-se dos avanços tecnológicos e as plataformas digitais de transmissão instantânea de texto, voz e vídeo. As associações se virtualizaram.

Consequentemente, despontaram questões burocráticas, desde a validade jurídica das reuniões virtuais, questão pacificada pela Lei nº 14.010/2020 e pela MP nº 931/2020, até a possibilidade de registro destas reuniões e a extensão da publicidade (e, por conseguinte, a limitação do acesso) a estes registros, com base em direitos da personalidade como a privacidade e o direito de imagem.

2. O REGISTRO DAS REUNIÕES VIRTUAIS E O DIREITO DE PRIVACIDADE E IMAGEM DOS ASSOCIADOS

A virtualidade das relações associativas traz consigo a questão da memorabilia, ou seja, como registrar para a posteridade as produções humanas levadas a efeito nas redes sociais e nas plataformas digitais.

Com a pandemia de coronavírus, viu-se a proliferação do fenômeno das *lives*, as transmissões ao vivo feitas por meio das redes sociais, abrangendo uma vasta extensão de conteúdos – congressos jurídicos realizados de forma virtual; apresentações musicais e artísticas; preleções, prédicas e palestras de toda sorte. Muitos dos quais conteúdos de alto valor agregado, com potencial de acréscimo cultural e intelectual.

As associações, da mesma sorte, passaram a realizar encontros pelas plataformas digitais de texto, áudio e imagem, com conteúdo de interesse não momentâneo para os seus associados – tanto no sentido de apresentações como de discussões de temas afetos ao cotidiano da entidade.

Assim, tais intercorrências fazem surgir a demanda pela sua gravação, mantendo-se registros dos acontecimentos para a perenidade. No entanto, em detrimento do feitio de tais registros, ou de sua acessibilidade, erigem-se como óbices os direitos de privacidade, de imagem e, em alguns casos, direitos autorais, como em relação às *lives* de shows musicais na plataforma de vídeos “Youtube”.

Dá-se, neste passo, que, na vivência societária, não apenas muitas falas de associados se dão sob o manto da confiança da acessibilidade restrita, como também são debatidos temas afetos às associações, muitos dos quais referentes a crises e querelas da vida da pessoa jurídica.

Ante tal pano de fundo, sucede questionar: é possível registrar esses momentos da vida associativa, sem infringir o direito à privacidade daquele associado que se expressou confiando na acessibilidade restrita? E ainda, é possível, aos associados gravados, alegarem direito de imagem para obstar a gravação ou sua circulação?

2.1.A privacidade e o direito de imagem como direitos da personalidade não absolutos

Direitos de estatura constitucional, a privacidade e a imagem radicam na propiciação de condições para o desenvolvimento livre da personalidade (MENDES; BRANCO, 2017, p. 280):

Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanente de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas (MENDES; BRANCO, 2017, p. 280-281).

Por consequência, desdobra-se “na faculdade de controlar a exposição da própria imagem para terceiros” – o direito de imagem (RAMOS, 2018, p. 676).

Não obstante, “[c]omo acontece com relação a qualquer direito fundamental, o direito à privacidade também encontra limitações, que resultam do próprio fato de se viver em comunidade e de outros valores de ordem constitucional” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 283).

Neste jaez, a vivência associativa e o desempenho de atividades institucionalmente justificadas, ou seja, aquelas que se dão no desempenho de um mandato da associação, em proveito ela e aos demais associados, traduzem-se em fatores de restrição do direito de privacidade e de imagem:

[...] o direito à imagem, quando em causa o direito de não ser fotografado ou retratado sem o devido consentimento, não é digno, em princípio, da mesma proteção constitucional, *quando se trata de pessoa ocupante de cargo ou função ou que exerça atividade pública, no sentido de uma atividade em que a publicidade seja algo essencial, pois, em tais situações presume-se um acordo tácito, no sentido de um consentimento implícito [...]* (KALLAJIAN, 2019, p. 76).

Tal mitigação do direito à privacidade e de imagem, pois, não se resume unicamente a celebridades ou governantes, mas envolve também “pessoas que, por envolvimento em determinados ficaram conhecidas”, ou, ainda, “como consequência de atos e fatos que deixam de ser do interesse exclusivo do sujeito e passam a ser de interesse público” (KALLAJIAN, 2019, p. 143).

De forma análoga, em verdade, em relação aos diretores e administradores de associações, conselheiros fiscais, ou qualquer associado que desempenhe função na associação que integra, a disciplina jurídica do direito à privacidade e de imagem devem seguir o regramento destinado aos ocupantes de cargos políticos.

Mutadis mutandis, “[p]or representarem o povo e gerirem a coisa pública,

devem agir em nome e no interesse da coletividade, desenvolvendo sua atividade de forma transparente, sob os olhos da nação” (KALLAJIAN, 2019, p. 147).

Fundamentalmente, a imunidade dos direitos de personalidade em testilha comportam ceder “quando a informação, por seu objeto ou valor, revestir-se e alcançar o que de fato agrega e merece ser difundido, a fim de permitir o conhecimento e esclarecimento da sociedade sobre fatos de seu interesse” (KALLAJIAN, 2019, p. 128).

Assim, ainda que produzidos e divulgados documentos que materializem acontecimentos da vida associativa, ou decisões dos órgãos da pessoa jurídica, admite-se que eventuais gravações sejam amplamente divulgadas, mormente quando os documentos forem questionados ou suscitarem dúvidas quanto à deliberação.

Com efeito, já reconheceu o Tribunal de Justiça de São Paulo, que a divulgação de fotos de associados unicamente em material informativo interno à própria associação não implica em violação dos direitos de imagem do associado retratado (SÃO PAULO, 2018).

Tampouco, há de se falar em violação do direito de privacidade do associado frente aos demais associados, na específica extensão de suas ações e pronunciamentos feitos durante as reuniões virtuais, na presença de diversos associados, ou no exercício de funções institucionais, no tocante a assuntos de interesse da própria associação

Por fim, não se descuida que, admite-se a imposição da privacidade, naquelas associações de caráter multiterritorial, nas quais existem núcleos estaduais, regionais, municipais. Não há, pois, direito líquido e certo dos membros de um núcleo ao amplo conhecimento das intercorrências específicas de outro núcleo, de circunscrição diversa, observada a posição hierárquica do interessado.

2.2. Questões procedimentais e probatórias do registro digital das reuniões virtuais

No que concerne ao registro em mídia da reunião virtual, questões candentes cingem à possibilidade do registro, à sua guarda, à sua utilização e ao acesso de associados.

O primeiro questionamento que transparece é sobre a possibilidade do registro. Rectius, neste tocante, a questão concerne a saber se a gravação é uma faculdade dos

associados e da administração, ou se constitui um dever.

Não obstante a produção de atas, reduzindo a termo o ocorrido durante a reunião, o imperativo de segurança jurídica impende viabilizar a gravação do conteúdo.

Como exemplo, eventual impugnação da ata, durante o ato de aprovação, poderá ser saneada mediante cotejo com o registro audiovisual da reunião virtual. Da mesma forma, associado não participante poderá valer-se da gravação para eventual suplementação do conteúdo da ata, caso sobrevenha alguma omissão, contradição ou necessidade de esclarecimentos adicionais. Sobretudo, em eventual controvérsia judicial ou arbitral, a existência da gravação poderá deslindar impugnações de autenticidade das atas e/ou esclarecer, *de per si*, fatos, circunstâncias, fala e dados em geral.

Em continuação, mister definir se a gravação deve ser autorizada pelos associados para possuir validade, ou se terá validade feita por qualquer dos associados presentes, sem qualquer deliberação da assembleia.

De saída, caso a gravação seja autorizada por todos os associados presente, não há que se discutir quanto à sua validade, já que ato expresso de autonomia da vontade, consciente, não induzido por coação, erro ou qualquer outro vício de vontade. Outra questão é a gravação por associado sem que haja deliberação expressa do corpo associativo, ou mesmo quando existente expressa manifestação contrária dos associados.

É certo que, apesar da igualdade que rege a posição dos associados, *ex vi lege* admite-se a definição de categorias especiais e a modulação estatutária do exercício dos direitos conferidos aos associados (CC, art. 55 e 58). Não se desconhece, ademais, o princípio da soberania das assembleias (SÃO PAULO, 2008; SÃO PAULO, 2013; SÃO PAULO, 2017).

Assim, caso haja previsão estatutária a respeito da realização de reuniões virtuais, e tal previsão discipline o modo de registro, tal tratamento deve ser observado e aplicado, inclusive em sede judicial. Da mesma forma, caso os associados presentes pela assembleia rejeitem a gravação, tal também se consagra como decisão a ser acobertada pelo direito e receber eficácia.

Ainda que se reconheça a licitude da gravação feita por um dos interlocutores (PACELLI, 2015, p. 348-349; NUCCI, 2015, p. 395-396), não se pode olvidar a

incidência da boa-fé sobre as relações associativas, tal qual observado por Judith Martins-Costa (2018, p. 315):

A peculiaridade adquirida pela boa-fé nas relações associativas repousa, portanto no dever de lealdade potencializado pelo *nostra res agitur*, que se desdobra, funcionalmente, pelas três funções tradicionalmente conectadas a [...] limitar o direito de cada sócio, isoladamente, no exercício dos seus direitos de coparticipação e fiscalização (cada um devendo levar em conta os interesses da organização societária e dos demais sócios), impondo abstenção no agir de modo prejudicial à sociedade; (ii) fundamentar os deveres de comportamento dos sócios entre si, podendo ser a fonte de deveres de colaboração não atribuídos expressamente e, ainda, (iii) desempenhar papel hermenêutico, inclusive para a valorização da conduta dos associados na interpretação do estatuto e acordos sociais.

Embora a incidência de tais padrões de comportamento derivados da boa-fé não comportem ser interpretados como um manto protetor do sigilo das informações, tampouco para legitimar interesses escusos de outros associados, em havendo negativa dos associados quanto à gravação, competirá, pois, ao associado que proceder à gravação, o ônus argumentativo e probatório de demonstrar qual a razão pela qual realizou a gravação, esclarecendo a justa causa de sua ação.

No silêncio de qualquer deliberação a respeito, entende-se pela admissibilidade da gravação como regra, impondo-se aos impugnantes demonstrar, à luz do “ônus da argumentação reforçada”, quais as posições jurídicas desrespeitadas pelo ato de gravação e pelo registro em si mesmo, trazendo à colação os prejuízos decorrentes.

Quanto à guarda do registro audiovisual, sendo ele autorizado pela associação, de forma estatutária ou *ad hoc* em assembleia, a gravação e a guarda devem ser conferidas ao secretário da associação. Não havendo previsão estatutária, ou não havendo proibição expressa, aquele associado que empreender a gravação, em prestígio à boa-fé e à transparência, igualmente deve encaminhar a cópia à tutela do secretário, por compatibilidade funcional.

De todo modo, encaminha-se que a utilização dos registros deve se dar *interna corporis*, tão somente acessíveis por aqueles associados no pleno gozo de seus direitos estatutários, e em benefício dos fins a que se dedica a associação.

3. O DIREITO À INFORMAÇÃO DOS ASSOCIADOS E O ACESSO AOS REGISTROS DIGITAIS

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XIV, previu como direito fundamental o acesso à informação, o qual se qualifica como “instrumento viabilizador do exercício da fiscalização social” (BRASIL, 2017, p. 37).

Como direito fundamental, ínsito à dignidade humana, vincula não apenas o Estado, mas igualmente tem eficácia perante os particulares (EISAQUI, 2019, p. 198; SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 111).

Por tal razão, igualmente nas relações associativas assiste o direito de acesso à informação.

De fato, embora o Código Civil não elenque, seja de forma exemplificativa ou taxativa, os direitos e deveres mínimos dos associados, restando tal disciplina ao exercício da autonomia associativa, é cediço que, por simetria e pertinência lógico-temática, estende-se às associações os direitos previstos nas sociedades anônimas: voto; informação; assistência e fiscalização (LOBO, 2011).

São direitos mínimos, essenciais aos associados, não podendo serem vergastados, embora exercício abusivo – tanto dos associados, quanto dos órgãos de direção – possa ser sancionado mediante o devido processo legal (OLIVEIRA, 2017).

3.1. O direito à informação como direito fundamental dos associados

A razão de existir da associação repousa na consecução de um objetivo comum, pelo que, sua atuação, possui relação de sinonímia ontológica com a *res publica*, ou seja, a associação não se configura como extensão do espaço privado (visão patrimonialista) de seus administradores, mas estes sujeitam o exercício do mandato aos fins colimados pela instituição.

Em decorrência, assiste aos associados o direito de fiscalização da vida da associação, direito este instrumentalizado pelo direito de acesso à informação, a qual deve ser verdadeira, tempestiva, adequada e íntegra (KALLAJIAN, 2019; LEME MACHADO, 2018; CASTANHO DE CARVALHO, 2003).

Ainda que os artigos 55 e 58 do Código Civil prevejam a possibilidade jurídica da modulação dos direitos conferidos aos sócios, tal permissivo legal não implica

autorização para malferir a isonomia dos direitos dos associados, de modo que “há certos direitos essenciais dos associados, oriundos do pacto social, insuscetíveis de violação” (DINIZ, 2013, p. 128-130).

Em outros termos, “impede-se que o órgão deliberativo venha, arbitrariamente, a cercear direitos próprios dos associados, decorrentes do estatuto social, ou de lei, em caso de omissão daquele” (DINIZ, 2014, p. 146).

Decorre, pois, ser necessário que a modulação de direitos dos associados tenha “relação direta com a maior eficácia de consecução da finalidade da associação”, não se habilitando como meio de “encobrir interesses de obtenção de vantagens” ou qualquer outro desvio de finalidade (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p. 319).

Assim, não se legitima, sob a ótica civil-constitucional, concessão de direito de acesso à informação de forma desbalanceada, conferindo-o, de forma arbitrária, a alguns associados e negando a outros.

Isto, pois, o direito à informação possui natureza fundamental, sendo elementar à plenitude do desempenho da posição de associado, e, mais, para a plenitude de vivência da associação.

Nesta sorte de ideias, então, não apenas é direito dos associados receber a informação, como igualmente lhes é legitimado provocar a associação, buscando o fornecimento das informações que se fizerem úteis e necessárias (BRASIL, 2015; CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 40; SARLET; MOLINARO, 2016, p. 16).

Não obstante o truísmo, não se trata unicamente de um direito formalista, de petição, mas sim um direito material, que se concretiza no recebimento do material solicitado, em linguagem clara, objetiva, com os esclarecimentos necessários.

3.2. Deveres fundamentais e o dever de *accountability* nas associações

A informação, enquanto bem jurídico, não se apresenta unicamente sob o viés do direito de informação, mas, também, possui uma dimensão ativa, no sentido de que aos dirigentes é imposto o dever de disparar o fluxo informacional.

Na atual quadratura, as relações intersubjetivas pautam-se pelo conceito de *accountability*, relacionado ao “governo para o povo, em público”.

Accountability, de fato, deriva da “necessidade da proteção dos direitos do cidadão contra os usos (e abusos) do poder pelo governo como um todo, ou de qualquer indivíduo investido em função pública” (CAMPOS, 1990, p. 33). Traduz-se, pois, em informações públicas e prestações de contas confiáveis, somadas a um processo de auditoria (AKUSU; PINHO, 2002, p. 731).

Umbilicalmente ligado, tem-se o dever de *full disclosure*, consubstanciado no dever de revelar certas situações, ainda que negativas, e não apenas os fatos considerados relevantes (ou oportunos), de modo a proteger os associados, e a lisura e respeitabilidade da associação (LOBO, 2011, p. 145-147).

Como colaciona Judith Martins-Costa (2018), em decorrência da boa-fé, emana o dever de informação (p. 355-360), e, ainda, uma limitação no exercício de direitos e poderes conferidos à administração (p. 386), para que se evite “lesionar legítimos interesses e expectativas de outros sócios ou da sociedade que são membros” (p. 389).

Há de se transpor, para o espaço associativo, as considerações expendidas pelo Ministro Celso de Mello, no tocante à publicidade de reuniões ministeriais, pelas quais “se revela hostil a qualquer tratamento seletivo que busque construir espaços de intangibilidade em favor de determinadas autoridades públicas, como se consagrasse, quanto a elas, verdadeiro (e inaceitável) “*noli me tangere*” (BRASIL, 2020, p. 30).

Sucede, assim, “que, em princípio, nada deve justificar a tramitação, em regime de sigilo, [...], pois, na matéria, deve prevalecer, em regra, a cláusula da publicidade, que reclama transparência plena dos atos e reuniões” (BRASIL, 2020, p. 31).

Tanto mais, resta indagar, em tom retórico, ressoando Cícero e Sêneca, “a quem aproveita?” (“*cui prodest?*”) ou “a quem beneficia?” (“*cui bono?*”) manter oculto, sob indevassável manto de silêncio e em clima de reserva, de mistério ou de segredo, o conhecimento do que se passou” (BRASIL, 2020, p. 31).

Tem-se, assim,

Na realidade, os estatutos do poder, em uma República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério, porque a supressão do regime visível de governo – que tem na transparência a condição de legitimidade de seus próprios atos e resoluções – sempre coincide com os

tempos sombrios em que declinam as liberdades e transgridem-se os direitos fundamentais dos cidadãos (BRASIL, 2020, p. 33).

Efetivamente, o que se tem, é a publicidade da associação e seus órgãos frente aos associados [e não a terceiros], não assistindo fundamentação idônea a obstar o direito dos associados de acesso à informação, e por meio desta, de fiscalização da associação.

3.3. A acessibilidade dos registros digitais das reuniões virtuais pelos associados

Tem-se, pois, com base no direito à informação e nos deveres de *accountability* e *full disclosure*, que os registros digitais das reuniões virtuais da associação, uma vez gravados, devem ter franqueado o seu acesso aos associados.

Entendimento contrário, em verdade, redundaria em amputar o direito à informação dos associados, o seu direito de fiscalização, e, em última instância, a própria liberdade de associação, já que, aquele associado que tem seu direito de informação negado, resulta estar vinculado não mais por sua vontade, mas a um ente que age às evasivas, cerceando o direito de tomada de decisão do associado.

Mesmo em relação às reuniões virtuais de órgãos fracionários, quais sejam, diretoria executiva, conselho fiscal, outros que porventura sejam previstos no Estatuto Social, ou, ainda, grupos de trabalhos com duração e finalidade específicas, também estas sujeitam-se à ampla acessibilidade dentro dos limites da associação, exatamente em razão de que as suas deliberações e o desempenho de suas funções se dão em nome e em proveito da associação.

Como reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2014):

Associação – Associado busca documentos de sindicato a fim de verificar regularidade de processo eleitoral – Sindicato alega que houve apenas uma chapa interessada na direção, caso em que não haveria eleição, mas mera aclamação – Associado tem direito a acessar documentos sociais, independentemente de eleições – Direito à informação pressuposto dos direitos à participação na entidade – Recurso improvido.

[...] enquanto associado, tem direito a ter acesso às informações sobre quem o representa, sendo seu “status” de filiado suficiente para justificar sua pretensão. Isso porque a informação adequada e correta acerca da situação da associação é direito pressuposto para o exercício dos demais direitos do associado à participação nos rumos e atividades da entidade.

Tem-se, em verdade, que “[h]á necessidade de que aqueles que serão atingidos pela decisão da assembleia tomem conhecimento da pauta específica que eventualmente os atingirá, para que possam participar da discussão e expressar o seu ponto de vista” (PARANÁ, 2014). Com mesma *ratio essendi*, pois, os associados têm direito de tomar conhecimento, da forma mais ampla e fidedigna, das deliberações dos órgãos diretivos, já que serão atingidos ativa ou passivamente por tais decisões.

Neste tocante, específico, é de se ressaltar a inadmissibilidade de qualquer condicionante, como termos de responsabilidade ou confidencialidade, conforme já teve oportunidade de decidir o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2019):

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – Residência do autor assaltada - Pedido para que a associação de moradores, administradora do condomínio, fornecesse dados relativos à apuração do ocorrido – Ente associativo que exigiu a assinatura de um termo de confidencialidade – Procedência da ação – Insurgência da associação ré – Descabimento – *Autor que não deve assinar termo de confidencialidade* - Apelante que não tem legitimidade para tutelar a intimidade dos demais condôminos – Alegação de defesa da privacidade alheia que é vaga – *Apelado que é plenamente capaz, devendo responder por qualquer ilicitude que venha a cometer de posse das tais informações, que lhe devem ser prestadas* – *Termo de confidencialidade que condiciona o uso das informações à autorização da associação ré, o que cria obstáculos insuperáveis à busca de direitos pelo autor* – *Acesso à Justiça que não pode ser condicionada à vontade alheia* – RECURSO NÃO PROVIDO.

[...] termo impõe limitações insuperáveis ao autor que nem o Estado Brasileiro pode impor aos seus cidadãos, pois cria um direito condicional de ação ou de busca por prerrogativas. O direito fundamental de acesso à justiça por um particular não pode ficar condicionado à vontade alheia. Assim, a conduta paternalista da recorrente não se justifica. O ordenamento oferece meios de responsabilizar aqueles que praticam ilícitos.

Tem-se, pois, que o direito à informação dos associados, no tocante aos assuntos de interesse da associação, toma posição preferencial, equivalendo, em verdade, a um *grundrecht*, a saber, um direito que ocupa um *tópos* normativa e axiologicamente reforçado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a superveniência da pandemia de coronavírus (COVID-19 ou Sars-Cov-

2), e as medidas sanitárias distanciadoras e isolacionistas, a manutenção das redes sociais demandou ser alterada, em um processo de transposição do real, presencial, para o espaço virtual.

Por consequência, incumbiu ao Direito regulamentar, em caráter emergencial e provisório, o tratamento jurídico dessas novas formas de relacionar-se – em outros termos, dar validade ou estabelecer parâmetros para a validade dos modos de relacionamento não presenciais que passaram a ser entabulados neste cenário pandêmico.

Neste passo, as associações – *universitas personarum* – para manterem-se ativas, cumprindo as exigências estatutárias e as jurídicas decorrentes da aquisição da personalidade jurídica (junto aos cartórios de registro; Receita Federal e aos bancos nos quais eventualmente mantenham contas abertas), virtualizaram-se, isto é, recorreram aos recursos digitais de comunicação eletrônica, por texto e audiovisual.

Por consequência, a necessidade de segurança jurídica demandou que, a despeito da produção de atas, houvesse a gravação das reuniões virtuais. E, também por segurança jurídica, tornaram-se nevrálgicas questões laterais, como a validade da gravação quando não autorizada ou não proibida expressamente, os limites da utilização dessas gravações e o acesso a esses registros, mormente em cotejo com a privacidade e direito de imagem.

Assim sendo, entendeu-se com base no princípio republicano de *accountability* e nos preceitos do direito à informação, que as reuniões associativas não comportam, no âmbito estrito de suas relações *interna corporis*, um conflito com o direito de imagem ou mesmo o direito à privacidade.

Conclui-se, assim, que a própria razão de ser da associação, qual seja, a união de pessoas afins para consecução de objetivos comuns, determina a concretização dos postulados de transparência, veracidade e plena comunicação.

Por conseguinte, então, aos associados assiste o direito de pleno acesso os registros virtuais, somente podendo ser mitigado ou ressalvado em situações excepcionais, mediante um ônus argumentativo reforçado.

Em síntese, a dimensão comunitária das associações implica, inexoravelmente, que sua administração seja realizada para os associados, sob escrutínio dos associados, resultando, assim, uma gestão para o público, em público.

REFERÊNCIAS

AKUTSU, Luiz; PINHO, José Antonio Gomes de. Sociedade da informação, accountability e democracia delegativa: investigação em portais de governo no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, p. 723 a 746, jan. 2002. ISSN 1982-3134. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6461/5045>. Acesso em: 21 Jun. 2020.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. **Lei n. 14.010, de 12 de junho de 2.020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm. Acesso 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815**. Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, J. 10/06/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>. Acesso 04 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4.831**. Relator Min. Celso de Mello. Decisão monocrática. Data de Julgamento: 22/05/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 11.949**. Relatora Min. Cármen Lúcia, Pleno. Data de Julgamento: 16/03/2017.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30 a 50, jun. 1990. ISSN 1982-3134. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9049/8182>. Acesso em: 21 Jun. 2020.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Claude Reyes e outros contra Chile**. J. 19/09/2006, p. 40, item 77. Disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/aabaaf52ad8b7668bf2b28e75b0df183.pdf>. Acesso 02 set. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Comentários aos artigos 1º a 232. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). **Código civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

EISAQUI, Daniel Dela Coleta. **Revisão judicial dos contratos: a teoria da imprevisão no Código Civil brasileiro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

FURTADO, Jorge. **Ilha das flores** (texto final). Porto Alegre: Casa de Cinema de Porto Alegre, 1989. Disponível em: <http://www.casacinepoa.com.br/os-filmes/roteiros/ilha-das-flores-texto-final>. Acesso 20 jun. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 1.

KALLAJIAN, Manuela Cibim. **Privacidade, informação e liberdade de expressão: conflito de normas e critérios de ponderação**. Curitiba: Juruá, 2019.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito à informação e meio ambiente**. 2. ed. São Paulo, 2018.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Disponível em: http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/02_arq_interface/6a_aula/o_que_e_o_virtual_-_levy.pdf. Acesso 19 jun. 2020.

LOBO, Jorge. **Direito dos acionistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. **Responsabilidade civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1165686-1**. Rel. Clayton de Albuquerque Maranhão. Red. p/ acórdão: Roberto Portugal Bacellar. 6. Câmara Cível; Data do Julgamento: 03/11/2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0001498-47.2010.8.26.0337**; Relator (a): Alexandre Lazzarini; 9. Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 19/11/2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1046483-77.2014.8.26.0100**; Relator (a): Luiz Antonio Costa; 7. Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 02/12/2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1010925-44.2014.8.26.0100**; Relator (a): Donegá Morandini; 3. Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 13/06/2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0040829-85.2012.8.26.0007**; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; 3. Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 05/03/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1013082-81.2017.8.26.0068**; Relator (a): Miguel Brandi; 7. Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 15/05/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação com revisão n. 9151018-76.2004.8.26.0000**; Relator (a): Edmundo Lellis Filho; 1. Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 16/12/2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. O direito à informação na ordem constitucional brasileira: breves apontamentos. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (coord.) **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SUIÇA. Supremo Tribunal Federal. **Processo nº 4A_533/2018**, I Divisão de Direito Civil, Presidente Juiz Kiss. J. 23/04/2019. Disponível em: http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F23-04-2019-4A_533-2018&lang=de&type=show_document. Acesso 20 jun. 2020.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law**

Review, Vol. 4, No. 5., 15 dez. 1890, pp. 193-220. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso 20 jun. 2020.

COMO CITAR ESTE ARTIGO (dados a serem preenchidos pela equipe editorial)

SOBRENOME, Nome; SOBRENOME, Nome. Título do artigo. *In: Revista Eletrônica Norte Mineira de Direito – Erga Omnes, Guanambi*, Guanambi, v. 1, n. 1, p. xx-xx, 2019. Disponível em: [xxxxxxx](#) Acesso em

**HC 184.828 e ADPF 668, 669 E 672: REFLEXÕES À LUZ DA FILOSOFIA
JURÍDICA DE RONALD DWORKIN**

HC 184828, AND ADPF 668, 669 AND 672: REFLECTIONS FROM RONALD
DWORKIN'S LEGAL PHILOSOPHY

Afrânio Henrique Pimenta Bittencourt

Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros
afraniobittencourt@live.com

 <http://lattes.cnpq.br/3559430377014638>

Marcelo Brito

Professor efetivo da Universidade Estadual de Montes Claros
professormarcelob@gmail.com

 lattes.cnpq.br/7388616438051060

Maria Luiza Pereira Dias e Silva

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros
marialuizapereiradiasesilva@gmail.com

 lattes.cnpq.br/1201844392398109

RESUMO: Este artigo analisa o HC n. 184.828, e as ADPF n. 672, 668 e 669, suscitando reflexões acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal durante a pandemia da Covid-19, baseadas na filosofia do direito de Ronald Dworkin. O estudo tem como objetivo verificar se houve ativismo judicial ou se foram respeitados os limites constitucionais. O método utilizado na realização da pesquisa foi o dedutivo, por meio de uma análise documental e de uma revisão bibliográfica. Como conclusão, entendeu-se que o STF agiu conforme a integridade do direito e as decisões em epígrafe estão em consonância com a Constituição Federal de 1988. Portanto, a hipótese de ativismo judicial foi descartada.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Covid-19. Dworkin. Integridade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This paper analyzes HC (*habeas corpus*) 184828 and ADPF (claim of non-compliance with a fundamental precept) 672, 668, and 669, to make reflections on the action of the Federal Supreme Court during the Covid-19 pandemic, which are based on Ronald Dworkin's legal philosophy. The study aims to verify if there was judicial activism or if constitutional limits were respected. The method used to carry out the research was the deductive one, through a documental analysis, as well as a bibliographical revision. As a conclusion, it was understood that the Federal Supreme Court acted according to law as integrity and these decisions are compatible with the Federal Constitution of 1988. Therefore, the hypothesis of judicial activism was discarded.

Keywords: Covid-19. Dworkin. Federal Supreme Court. Integrity. Judicial activism.

INTRODUÇÃO

No dia 11 de março deste ano, a Organização Mundial da Saúde, na pessoa do seu diretor geral Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, declarou a pandemia da covid-19 (*coronavirus disease 2019*), causado pelo Sars-CoV-2 (*severe acute respiratory syndrome coronavirus 2*). O registro do primeiro caso da doença ocorreu no dia 12 de dezembro do ano passado, em Wuhan, na China; entretanto, detectou-se, por meio de estudos retrospectivos, um caso clínico no primeiro dia do referido mês¹. No Brasil, a confirmação da primeira infecção da Covid-19, feita pelo Ministério da Saúde, data de 26 de fevereiro 2020².

De acordo com dados levantados até 13 de julho deste ano, o país soma mais 72 mil mortes e mais de 1,8 milhão de infectados³. Trata-se de uma doença de elevada transmissibilidade, sendo fundamental o isolamento social. Isso, porém, está dando ensejo a muitas controvérsias entre as diversas instâncias da sociedade, merecendo destaque as divergências envolvendo o Governo federal. O Poder Judiciário brasileiro vem sendo provocado a solver muitos desses litígios. Dentre eles, três casos restaram emblemáticos: um se refere ao *Habeas Corpus* (HC) n. 184.828⁴; outro, às Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (APDF) n. 668 e n. 669⁵; e outro, à APDF n. 672⁶.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) nas decisões relacionadas à Covid-19 permite que se analise a sua atuação, os limites constitucionais e se há algum caso de ativismo judicial. Este trabalho tem por escopo examinar a atuação do STF nos litígios envolvendo a pandemia da Covid-19, partindo dos casos concretos retro, a fim de verificar se a hipótese de ativismo se confirma.

Nesse sentido, pretende, em um primeiro momento, perquirir a noção de “ativismo judicial”, rememorando a sua origem, e depois perpassar pelas teses da filosofia do direito do

¹Ver, por exemplo: GRUBER, Arthur. Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença. **Jornal da USP**, São Paulo, 14 de abril de 2020. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

²Ver: MINISTÉRIO DA SAÚDE. Brasil confirma primeiro caso da doença. Brasília, 27 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

³ Segundo o Ministério da Saúde, na referida data, tratava-se de 72 833 óbitos e 1 884 967 infectados confirmados. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 14 de julho de 2020.

⁴Será chamado de *o caso dos venezuelanos*.

⁵ Será chamado de *o caso da publicidade governamental*.

⁶ Será chamado de *o caso dos estados e municípios*.

professor estadunidense Ronald Dworkin, dando tônica à noção de direito como integridade. Em seguida, são analisados os casos sobreditos. Por derradeiro, fomenta-se reflexões acerca da atuação do STF, sob a análise da integridade, que possam indicar a ocorrência ou não de ativismo judicial.

As hipóteses ventiladas passam pela adequação da atuação do STF à integridade do direito e aos contornos abalizados pela ordem constitucional vigente. Outra hipótese é a de que as decisões tenham sido de caráter aditivo, o que significaria um excesso caracterizador do ativismo judicial.

Esse trabalho se vale da abordagem dedutiva, tendo como referencial teórico a filosofia de Dworkin, para se seguir a análise dos casos supramencionados. Ademais, como foram consultadas fontes primárias e secundárias, trata-se de uma pesquisa documental (consulta a autos processuais) e bibliográfica (revisão de literatura de livros e artigos em periódicos: todos afetos ao direito e à filosofia do direito).

1 A DOUTRINA DWORKINIANA

O termo *ativismo judicial* apareceu pela primeira vez na doutrina estadunidense, tendo sido consagrado por Arthur Schlesinger Jr.⁷. Ele classificou os juízes, distinguindo o ativismo judicial da autorrestrrição judicial, a partir das visões que tinham acerca de suas funções (VIARO, 2017). A principal diferença se dava pelo apego dos ativistas ao resultado e pelo apego dos autorrestritivos ao processo (BARRET, 2020). Os juízes ativistas atuavam promovendo as liberdades civis e os direitos das minorias, dos indefesos e dos destituídos, ao passo que os juízes autorrestritivos, de maneira inversa, entendiam que o que lhes cabia era agir em deferência à vontade do legislador (CAMPOS, 2016).

Há uma vagueza na expressão “ativismo judicial”⁸ que não só permaneceu, como se aprofundou, ao ser trazida para o contexto brasileiro, caracterizando qualquer modalidade de não interpretativismo, ainda que circunscrita nos postulados positivistas. Os teóricos favoráveis ao ativismo o entendem não somente como acertado, mas como benfeitor dos anseios

⁷Há registros de que a expressão tenha sido cunhada, em verdade, por um colega de Schlesinger, o jurista e cientista político de Harvard, Thomas Reed Powell (CAMPOS, 2016).

⁸O próprio termo *judicial activism* surgiu em um contexto não-técnico, em uma revista de atualidades leiga, ao lado de propagandas de whisky (BRANCO, 2016).

constitucionais, vinculando-se comumente ao neoconstitucionalismo (VIARO, 2017). As correntes desfavoráveis, por sua vez, entendem-no como sendo “[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento [...]” (RAMOS, 2010, p. 129). Para estes, deve-se defender a autorrestrição judicial, a fim de se evitar deformidades na prática da especialização funcional (VIARO, 2017).

Conforme Luís Roberto Barroso (2012), a configuração da postura ativista do Judiciário e da autorrestrição judicial (ou autocontenção, como prefere nominar) abarca, cada uma delas, três importantes premissas. Aquela primeira se manifesta através dos seguintes comportamentos (i) aplicação da Constituição a casos que não são diretamente contempladas por ela e nem mesmo pelo legislador ordinário; (ii) uso de critérios mais flexíveis para se declarar a inconstitucionalidade de atos do Poder Legiferante; e (iii) exigência ou abandono de determinadas condutas do Poder Público.

No que tange à postura autorrestritiva, a menor interferência do Judiciário se dá em perfeito antagonismo com as acima pontuadas por meio das seguintes ações: (i) espera do posicionamento do Poder Legislativo quando da análise de situações não abrangidas no bojo constitucional e nem mesmo na legislação ordinária; (ii) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, tomando-se como esteio critérios mais rigorosos; e (iii) não interferência nas políticas públicas (BARROSO, 2012).

O ativismo judicial dá ensejo, nos Estados Unidos, a estudos vários, e, “conquanto assimile, com maior frequência, uma conotação negativa, por vezes é encarada de modo favorável, em especial quando contraposta a outra expressão igualmente forte no seu débito ideológico, o *passivismo judicial*” (BRANCO, 2016, p. 151).

Para Dworkin (1999, p. 451), “o passivismo parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas”. Dworkin, entretanto, rejeita o passivismo, mas nem por isso acolhe o ativismo. Diz o jusfilósofo estadunidense que “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo político” (DWORKIN, 1999, p. 451).

O juiz ativista, segundo Dworkin (1999, p. 451-452), a fim de impor a outros poderes do Estado o que ele entende ser a justiça, “[...] ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política”. Um juiz que age conforme as próprias luzes, ao arrepio da interpretação constitucional e ignorando a moral política, recebe a mais implacável desaprovação e censura do direito como integridade. “[...] o direito como

integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição” (DWORKIN, 1999, p. 452).

Dworkin (2010) compara e contrasta o ativismo judicial e a moderação judicial – duas filosofias gerais no que respeita à maneira por meio da qual os tribunais decidem problemas constitucionais difíceis e controversos. A forma mais forte do programa ativista sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das cláusulas constitucionais vagas, a despeito das razões que com elas concorrem⁹. Devem julgar os atos do Congresso, do Estado e do presidente de acordo com os princípios que desenvolvem, revendo-os de tempos em tempos. Diversamente, o programa moderador entende que

[...] os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria concepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco (DWORKIN, 2010, p. 216).

A moderação judicial encerra duas formas, o ceticismo e a deferência. A teoria cética aceita a concepção de que os indivíduos têm direitos morais¹⁰ contra o Estado, desde que expressamente previstos em lei. A teoria da deferência, por sua vez, embora, em descompasso com o ceticismo, supõe que o indivíduo possui direitos morais contra o Estado, além dos que constam expressamente da lei, afirma que as instituições políticas, que não os tribunais, é que devem dizer quais os direitos a serem reconhecidos (DWORKIN, 2010).

Os céticos apelam à democracia para justificar suas premissas. Com efeito, se o indivíduo não possui direitos morais contra a maioria, existem boas razões para que a decisão política fique a cargo das instituições mais democráticas, em observância aos interesses dominantes. Se se tem por base, todavia, a deferência judicial, o argumento da democracia se revela frágil, pois que sustenta que os detentores do poder sejam os únicos juízes de suas

⁹Dworkin (2010) explica que no trato dos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria, acham-se restrições constitucionais que assumem formas mais precisas e outras mais “vagas”, tais como liberdade e igualdade. Os padrões vagos são escolhidos deliberadamente por quem os redigiu e acabam por causar muita controvérsia política e jurídica, vez que deixa margem para que pessoas razoáveis discordem a seu respeito. As cláusulas vagas representam apelos aos conceitos que elas empregam (o que ... significa), e, não, à formulação de uma concepção (o que Fulano entende que ... seja). Desse modo, tais cláusulas só podem ser tidas por vagas, entendendo-as como tentativas remendadas, incompletas ou esquemáticas de estabelecer concepções particulares. É menos desorientador dizer que “delegam” ao intérprete aplicar suas próprias concepções de moralidade política, no entanto permanece inexato se o que se sugere, com isso, dispensa a justificação da concepção, que demonstra as ligações, com base em princípios ou grupos de princípios, entre a concepção e os casos-padrão.

¹⁰Aparecem no léxico dworkiniano também como “direitos individuais” ou “direitos políticos”.

próprias decisões, a fim de estabelecer se têm o direito de fazer aquilo que querem fazer (DWORKIN, 2010).

Dworkin (2010, p. 225), entretanto, adverte que “esta não é uma prova definitiva de que a política do ativismo seja superior a um programa de deferência. O ativismo judicial envolve riscos de tirania [...]”. Tudo somado, o ativismo se inclina para o arbítrio do juiz, ao passo que a moderação sustenta que o magistrado deve se limitar a deferir a vontade explícita do legislador.

Nesse ponto, um erro se revela. Essas teses não forçam o intérprete a encarar a questão moral que se discute, *i. e.*, saber quais direitos morais o indivíduo tem contra o Estado. A doutrina dworkiniana tenciona oferecer uma explicação. Ao fundir o direito constitucional à teoria moral, filia-se a uma *teoria moderada dos direitos morais contra o Estado*, para a qual, em resumo, “[...] um homem tem um direito moral contra o Estado, se pudermos mostrar que este comete um erro ao tratá-lo de uma maneira determinada, ainda que o faça tendo em vista o interesse geral” (DWORKIN, 2010, p. 218).

“A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa de uma resposta a problemas morais complexos [...]” (DWORKIN, 2010, p. 285). Há, portanto, quanto aos direitos morais, que se fazer uma investigação a fim de chegar a concepções advindas de conceitos morais que os embasam. Trata-se da passagem do nível da abstração para o nível concretude.

Dworkin (2010) fala em direitos abstratos e concretos. Quando há um objetivo geral e político, a ser pesado e harmonizado conforme seu enunciado, em determinadas circunstâncias, com outros objetivos políticos, tem-se um direito abstrato. Por outro lado, é um direito concreto um objetivo político definido, expressado de maneira mais precisa, quando face a outros objetivos políticos em certas situações.

Nota-se, portanto, que “não se trata, propriamente de uma discriminação entre dois tipos de direitos, mas do mesmo direito considerado em níveis de maior ou menor especificidade quanto ao conteúdo normativo” (LIMA, 2011, p. 90). Em síntese, “os direitos fundamentais adquirem conteúdo concreto e podem, por isso, ser reivindicados em juízo, por meio de uma teoria explicativa do modo pelo qual decorrem os direitos abstratos” (LIMA, 2011, p. 98-99).

Nem decisões *autorrestritivas* nem decisões *aditivas*. A doutrina dworkiniana desacetada a discricionariedade, ainda que diante de algum obscurantismo da lei. Sustenta que

os juízes têm o dever de produzir a solução correta para o caso concreto, rumo à integridade do direito.

1.1 O direito como integridade

Preleciona Dworkin (1999, p. 271) que “o direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro”. Com efeito, “[...] as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento¹¹” (DWORKIN, 1999, p. 271).

As proposições jurídicas são verdadeiras, de acordo com a integridade, se constantes, ou derivadas, dos princípios de justiça¹², equidade¹³ e devido processo legal adjetivo¹⁴. Os juízes são, por ela, instados a admitir essa estruturação, aplicando esses princípios nos casos vindouros que se lhes apresentarem, de sorte que, segundo as mesmas normas, a situação de cada pessoa seja equitativa e justa (DWORKIN, 1999). O direito como integridade “[...] é tanto o produto de uma interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração” (DWORKIN, 1999, p. 273).

Dworkin (1999) divide a integridade, ainda, em dois princípios práticos, a saber, o da integridade na legislação, que pede aos legisladores que mantenham o direito coerente aos princípios, e o da integridade no julgamento, que pede àqueles que decidem o que é a lei, que vejam-na e façam-na cumprir de modo coerente. Esta “explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões

¹¹ “[...] o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas” (DWORKIN 1999, p. 271).

¹² “[...] exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito” (DWORKIN, 1999, p. 203).

¹³ “[...] exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada” (DWORKIN, 1999, p. 203).

¹⁴ “[...] insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se considerem alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito” (DWORKIN, 1999, p. 203).

distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante” (DWORKIN, 1999, p. 203).

A interpretação da normativa constitucional, concebida pela integridade, “[...] baseia-se [...] em princípios, pelo prisma dos fundamentos do direito, aprofundando o estudo da aplicação das normas jurídicas” (PEDUZZI, 2009, p. 79). Disso se segue que “[...] o julgador deve levar em conta o conteúdo das decisões pretéritas, buscando, a partir do caso concreto, ver se poderia manter íntegro o desenvolvimento do direito, inclusive para o futuro” (PEDUZZI, 2009, p. 79). A integridade tem a “[...] ambição de ser uma comunidade de princípios” (DWORKIN, 1999, p. 291).

Dworkin fala em um “romance em cadeia”, ao tratar da integridade, ao comparar o direito à literatura. Diz:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (DWORKIN, 1999, p. 276).

Dessarte, a integridade “[...] exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo” (DWORKIN, 1999, p. 294).

As teses de Dworkin são assim resumidas pelo professor Bernardo Gonçalves Fernandes (2010, p. 79-80):

[...] (1) a negativa da discricionariedade judicial; (2) a negativa de que decisões judiciais possam se apoiar em diretrizes políticas; (3) a importância da noção de devido processo para a dimensão da integridade; e (4) a própria noção de integridade, que levanta a exigência de que cada caso seja compreendido como parte de uma história encadeada; não podendo, portanto, ser descartado sem uma razão baseada em uma coerência de princípios.

O juiz deve não somente interpretar o direito, mas justificar-se. A melhor justificação da prática jurídica, para Dworkin, advém da doutrina da integridade. Assim, as decisões acabam por constituir verdadeiras peças de filosofia, que devem alcançar legitimação no Estado Democrático de Direito, de sorte que, reitera-se, produzam a solução correta para o caso concreto.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PANDEMIA DA COVID-19

Sobrevindo a pandemia da covid-19, tornou-se inevitável que o Estado brasileiro, em consonância à experiência internacional, adotasse medidas de contenção do contágio comunitário da doença. Com efeito, a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Ministério da Saúde e demais entidade médicas recomendam o distanciamento e o isolamento social para o alargamento do tempo de contaminação e a redução do contingente de infectados, a fim de que o sistema de saúde se mantenha minimamente administrável em face do crescimento paulatino da demanda de pacientes.

As ações de combate à covid-19 se iniciaram em meados do mês de março, com destaque para a aprovação do Decreto Legislativo n. 6/2020 que reconhece o estado de calamidade pública e possibilita a esfera federal decretar medidas de prevenção e contingenciamento dos estados¹⁵.

Deflagrada essa conjuntura sanitária, a atuação judicial se faz necessária quando da proteção de direitos suscetíveis a violações corroboradas pelas circunstâncias postas pela covid-19. A seguir, com o objetivo de exemplificar a atividade do Poder Judiciário na pandemia, serão examinados três casos concretos levados ao STF. O primeiro se refere às Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 668 e n. 669, com pedidos de cautelar, ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos e pela Rede Sustentabilidade contra divulgação da campanha publicitária “O Brasil não pode parar” ideada pelo Governo Federal. Em seguida, far-se-á análise do *Habeas Corpus* 184.828/DF, cujos pacientes são integrantes do corpo diplomático venezuelano. Por fim, será perquirida a ADPF n. 672, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o Presidente da República.

¹⁵ Ver, por exemplo: SÃO PAULO. Decreto n. 64.881, de 22 de março de 2020. Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências complementares. **Diário Oficial – Executivo**, São Paulo, 23 de março de 2020, p.1. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/193361>>. Acesso em: 25 de junho de 2020. Ou: MINAS GERAIS. Decreto n. 47.886, de 15 de março de 2020. Dispõe sobre medidas de prevenção ao contágio e de enfrentamento e contingenciamento, no âmbito do Poder Executivo, da epidemia de doença infecciosa viral respiratória causada pelo agente Coronavírus (COVID-19), institui o Comitê Gestor do Plano de Prevenção e Contingenciamento em Saúde do COVID-19 – Comitê Extraordinário COVID-19 e dá outras providências. **Diário do Executivo**, Minas Gerais, 15 de março de 2020, p. 1. Disponível em: <https://www.portaldoservidor.mg.gov.br/images/caderno1_2020-03-15.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

2.1 O caso da propaganda governamental

A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) e a Rede Sustentabilidade propuseram, respectivamente, as ADPFs n. 668 e n. 669 contra provável divulgação de campanha, pelo governo federal, a qual incitaria o retorno às atividades laborais de modo a minimizar as consequências causadas pelo coronavírus e ignorar quaisquer alegações técnico-científicas.

Ambas as ações traziam pedido de cautelar para se fazer cessar o ato em razão do *periculum in mora* caso a divulgação em vídeo da campanha “O Brasil não pode parar” permanecesse em curso, como alegavam as requerentes, bem como da plausibilidade do direito alegado quando se considera as manifestações de autoridades médicas e entidades de saúde acerca da emergência sanitária provocada pela covid-19. Os dois requisitos foram reconhecidos pelo relator, Min. Luís Roberto Barroso, e, conseqüentemente, a necessidade de se resguardar os direitos à saúde, à segurança, à informação e proteção à vida.

A saúde (arts. 6º e 196, da CRFB/88), enquanto direito de todos e dever do Estado estaria sujeita a violações quando se parte da premissa de que o governo – robustecido pela presença do Chefe do Executivo –, ignorando as primeiras mortes e contaminações no Brasil, decide ir na direção contrária de países mais assolados pelos efeitos da pandemia viral ao, ainda que indiretamente, estimular o retorno e/ou permanência das atividades produtivas.

O risco à segurança e informação (art. 5º, incisos XIV e XXXIII, da CRFB/88) foi igualmente salientado. É expressamente determinado pela CRFB/88, em seu art. 37, §1º, que as campanhas publicitárias dos órgãos públicos devem limitar-se ao caráter “informativo, educativo ou de orientação social”, o que mostra-se dissonante com qualquer intenção do poder público em flexibilizar as medidas protetivas contra a Covid-19, vez que, em verdade, haveria uma desinformação aos cidadãos sobre a situação enfrentada pelo país.

Ademais disso, assinalou o Min. Luís Roberto Barroso que o discurso sobre a divergência existente entre economia e saúde não se opera.

[...] não há efetivamente uma dicotomia entre proteção à saúde da população e proteção à economia e aos empregos da mesma população, tal como vindo sendo alegado. O mundo inteiro está passando por medidas restritivas em matéria de saúde e pelos impactos econômicos delas decorrentes. Caso o Brasil não adote medidas de contenção da propagação do vírus, o próprio país poderá ser compreendido como uma ameaça aos que o estão combatendo, passando a correr o risco de isolamento econômico. (BRASIL, 2020c, p. 16).

Como derradeiro fundamento de sua decisão, isto é, o deferimento de liminar para bloquear a produção e circulação da campanha alhures, o relator ratificou não se tratar de deliberação ideológica. “Trata-se de questão técnica. E o Supremo Tribunal Federal tem o dever constitucional de tutelar os direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação de todos os brasileiros” (BRASIL, 2020c, p. 16).

A manifestação da Procuradoria Geral da República (PGR) sobre ambas as ADPFs, todavia, alegou o não cabimento desse tipo de ação para o caso discutido vez que a(s) requerente(s) (i) não tem legitimidade ativa por falta da pertinência temática (ADPF n. 668); (ii) não demonstraram a existência concreta do considerado ato ofensivo do poder público (ambas); (iii) não respeitaram o princípio da subsidiariedade para propositura de ADPF (ambas). Ainda foram salientados os limites da jurisdição constitucional na interferência de atos governamentais.

Sobre aquele primeiro apontamento, Augusto Aras, Procurador da República, diz que a CNTM – na condição de entidade sindical – não tem legitimidade para propor a ADPF em comento, pois o objeto impugnado (campanha pública “O Brasil não pode parar”) não atinge, diretamente, seus fins estatutários, razão pela qual a pertinência temática é inexistente. No que tange à existência material do ato do poder público, a PGR alega que a requerente da primeira ação não apresentou nenhuma prova de divulgação da campanha, a passo que a Rede Sustentabilidade (ADPF n. 669) limitou-se em trazer aos autos

[...] Extrato de Dispensa de Licitação nº 1/2020 – UASG 110319, publicado no Diário Oficial da União de 26.3.2020, que dá conta da dispensa de licitação da empresa “ICOMUNICAÇÃO INTEGRADA – EIRELI”, para prestação de serviços de comunicação integrada à Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República [...] (BRASIL, 2020a, p. 13).

Em relação ao princípio da subsidiariedade, o art. 4º, §1º, da Lei 9.882/99, dispõe que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Nesse sentido, entende a PGR que uma ADPF tutela direito objetivo, enquanto as intenções das requerentes são de ordem subjetiva e podem ser solvidas por meio de outros instrumentos ofertados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por derradeiro, foi apresentado que a jurisdição constitucional não pode ser requisitada para interferir deliberadamente nos atos do Executivo, mormente aqueles que partem de decisões urgentes, tal como requer uma situação de pandemia.

Sob o aspecto material, a reunião e análise de dados e de opiniões técnicas e seu confronto com dados estatísticos **não se coloca no campo da jurisdição constitucional, mas no da definição de política pública de saúde que somente autoriza a intervenção judicial quando produzidos relevantes efeitos jurídicos em desacordo com a Constituição, qualificados, de regra, por efeitos danosos mensuráveis** (BRASIL, 2020a, p. 24) (g.n).

Para além dessas considerações, a PGR atesta que a ADPF em curso pretende “[...] **a substituição do juízo discricionário próprio ao Executivo** na definição do momento oportuno para uma maior ou menor grau de isolamento social, considerada a ponderação entre o limite do sistema de saúde de um lado e o limite do sistema econômico de outro [...]” (BRASIL, 2020a, p. 27) (g.n) e continua “Tal juízo discricionário de ponderação, contudo, considerada a epidemia nacional de covid-19, faz-se tendo por base dados fáticos em constante e rápida mudança, permeados por dificuldades técnicas de toda a sorte, próprios ao trato de uma crise sem precedentes [...]” (BRASIL, 2020a, p. 27).

Esteada nessas considerações, a PGR encerra-se no argumento da impossibilidade de se constatar a lesividade ou não de deliberações dos órgãos de governo quando essas emergem num cenário mutável – considerando-se que a marcha processual teve início ainda no começo do quadro pandêmico – o qual não permite uma análise precisa quanto aos acertos e erros das medidas de enfrentamento à covid-19.

Ante os argumentos esposados pela PGR, o Min. Barroso, ora relator, ponderou que “[...] tendo em vista as informações prestadas pela Presidência da República [...] e pela Advocacia Geral da União [...], no sentido de que a União não pretende deflagrar a campanha ‘O Brasil não pode parar’ (cujo vídeo preliminar circulava pela internet), já não há razão para o prosseguimento dos presentes processos” (BRASIL, 2020b, p. 1-2). Nesses termos, ambas as ADPF foram extintas perda do objeto, conforme disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 21.

2.2 O caso dos venezuelanos

No primeiro dia de maio do presente ano, fora impetrado *Habeas Corpus* (HC 184.828/DF) em favor de 34 integrantes do corpo diplomático venezuelano, ora pacientes, em face das autoridades coatoras Sr. Presidente da República e Sr. Ministro de Estado das Relações Exteriores acerca do Ofício CGPI/17 DIMU/BRAS/VENE – subscrito no dia 28 de abril – o qual determinou que os funcionários venezuelanos e seus familiares deixassem o território

nacional em caráter definitivo até o segundo dia do mês de maio de 2020.

Muito embora o relator, Min. Luís Roberto Barroso, tenha reconhecido certa obscuridade quanto à situação em que se encontram os pacientes, decidiu pelo deferimento da tutela de urgência, suspendendo por 10 dias os efeitos da ordem de retirada. Desse modo, fora auferida a plausibilidade do direito ao se considerar a tutela dos direitos constitucionais à vida e à saúde (arts. 5º, 6º, 196, da CRFB/88), bem como convenções e tratados de direitos humanos e relações diplomáticas – como fora esposado na manifestação da PGR.

Dessas convenções e tratados, destaca-se o art. 12, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC 1966); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que reconhece direitos inerentes à pessoa humana independente de sua nacionalidade; os arts. 3º ao 10, do Protocolo de San Salvador, que endossam o compromisso do Brasil na promoção da saúde; a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, (arts. 29 a 37), a qual prevê a proteção à vida e integridade física dos membros de missões diplomáticas, bem como de seus familiares; e Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, que dispõe que o Estado receptor de diplomatas deve ceder a eles e sua família o tempo e assistência necessária à sua saída.

Quanto ao perigo na demora, levou-se em conta o quadro pandêmico – tendo por base o posicionamento da OMS, do Ministério da Saúde, e a situação em que se encontra a Venezuela – o qual dá ensejo à violação aos direitos supratranscritos, sobretudo quando se exige a saída de um grupo de pessoas que, em princípio, não representam ameaça eminente.

Contra a liminar concedida e contra a pretensão do impetrante, a Advocacia-Geral da União e o Ministério das Relações Exteriores fizeram, de forma preliminar, duas objeções: (i) a incompetência do STF, por se referir à impugnação a ato do Ministro do Estado; e (ii) e o descabimento do *habeas corpus*. Ademais disso, sustentaram, quanto ao mérito, que as matérias seriam de competência privativa do Presidente da República.

Começando pela (in)competência da Corte no trato da lide, faceia, o relator, o argumento, dizendo que

[...] parece haver uma insuperável contradição no argumento de que o Supremo Tribunal Federal não seria competente na matéria, por se tratar de ato do Ministro das Relações Exteriores. De fato, como ambos os informantes alegaram nas razões que apresentaram, a competência do Presidente da República na matéria aqui versada é explícita e inequívoca, como dispõe o art. 84, VII, da Constituição Federal [...] (BRASIL, 2020f, p. 8-9).

Outrossim, na mesma quadra, aponta para o parágrafo único do referido dispositivo, para afirmar, *a contrario sensu*, que o Ministro das Relações Exteriores foi mero executor da vontade presidencial, pois que a competência do Presidente na matéria é indelegável, restando inequívoca a competência do Tribunal, conforme o art. 102, I, *i*, da CRFB/88.

Quanto ao cabimento do remédio, destaca o Min. Barroso que o Ofício CGPI/17 DIMU/BRAS/VENE, do Ministro das Relações Exteriores, valeu-se da expressão “deverão deixar”, determinando, para os pacientes, não uma faculdade, mas uma obrigação. Ademais, mostra que foram solicitadas as atuações do 5º Batalhão da Polícia Militar do Distrito Federal e do 2º Comando de Policiamento Regional Metropolitano, revelando os riscos à liberdade de locomoção. Sublinha, ainda, que, em rede social, ao se referir à liminar concedida, o Presidente da República falou de uma suspensão da “expulsão” dos venezuelanos. Restou, entendido, assim, o cabimento do *habeas corpus*.

Por derradeiro, em respeito ao direito inerente ao Presidente da República, o Min. Barroso reconheceu a validade da decisão do Chefe do Executivo – externada pelo ofício do Ministro do Estado das Relações Exteriores –, bem como sua capacidade de produzir efeitos, mas que, em decorrência da situação excepcional instaurada, exige a limitação posta na decisão judicial e, por essas razões, o veto à retirada dos venezuelanos não terá mais como base a Convenção de Viena – vez que pela decisão presidencial, não gozam dos privilégios de suas funções consulares – e sim a Lei de Migração, a qual se sujeita qualquer estrangeiro.

Diante disso, em decisão ulterior (16/05/2020), o relator ratificou a concessão da liminar, prorrogando seu efeito suspensivo enquanto durar o estado de calamidade pública e emergência sanitária declarada pelo Congresso.

2.3 O caso dos estados e municípios

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) propôs arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n. 672 – em face de ações comissivas e omissivas do Poder Executivo federal, na pessoa do Sr. Presidente da República, no contexto da pandemia causada pela Covid-19.

No que concerne ao cabimento da ação, o relator alega o perfeito juízo de subsunção entre a matéria tratada e a ferramenta processual de acesso à Jurisdição Constitucional, pois que

[...] caberá, *preventivamente*, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL com o objetivo de se evitar condutas

do poder público que estejam ou possam colocar em risco os preceitos fundamentais da República, entre eles, a proteção à saúde e o respeito ao federalismo e suas regras de distribuição de competências, consagrados como cláusula pétrea da Constituição Federal [...] (BRASIL, 2020d, p. 6).

No gozo de sua capacidade postulatória, o CFOAB questiona o posicionamento do governo federal quando das decisões tomadas ante a crise sanitária da Covid-19, por vezes, contrárias às posições de entidades médicas e da comunidade científica, razão pela qual pede-se, em defesa da saúde – nos termos dos arts. 196 e 197 da CRFB/88 – concessão de liminar “*para que seja determinado o respeito às determinação (sic) dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração*” (BRASIL, 2020d, p. 8).

O fundamento do pedido retro encontra esteio na CRFB/88 em seus arts. 23, incisos II e IX (competência comum de todos os entes federativos da saúde e assistência pública, bem como promover programas de melhoria das condições de saneamento básico); 24, inciso XII (competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal legislar sobre a defesa da saúde); e 30, inciso II (competência dos Municípios em suplementar a legislação federal e estadual no que couber).

Nessa esteira, o Estado brasileiro, ora Estado federal, tem com princípio basilar a autonomia dos estados-membros, respeitadas as normas constitucionais, de sorte que, em situações imprevisíveis como a hodierna pandemia do coronavírus, atos que violem tal princípio, especialmente em matéria de saúde, são prontamente levados à análise judicial.

Dessa narrativa, entendeu o relator, Min. Alexandre de Moraes, que

[...] não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos [...] (BRASIL, 2020d, p. 9).

Com efeito, o relator concedeu parcialmente o pedido da medida cautelar arguido na inicial em observância às disposições constitucionais sobre a organização político-administrativa do Estado, reconhecendo a competência dos entes federativos independente de ato do governo federal ulterior que disponha em sentido diverso, vez que é dever constitucional

do judiciário “[...] exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva [juízo de conveniência do Presidente da República] [...]” (BRASIL, 2020d, p. 8), de modo a adequá-la à realidade em que se encontra o país, bem como impedir que esse poder ultrapasse as fronteiras constitucionalmente estabelecidas.

3 À LUZ DA INTEGRIDADE DO DIREITO: REFLEXÕES PARA O PORVIR

O Brasil – e o mundo – se acham atualmente face a uma das maiores crises de sua história recente. Tal cenário exige ações em consonância com a realidade, muito além das paixões de qualquer natureza, com intuito de evitar perdas de tantas vidas. Trata-se de pôr longe a bazófia ideológica característica do projeto necropolítico¹⁶, que vige no País, ao arrepio da *dignidade humana* e de todos os direitos e garantias fundamentais que para ela confluem e que compõem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Malgrado as recomendações da comunidade científica e da Organização Mundial da Saúde, existe por parte do Governo federal a insistente tentativa de minimizar os impactos da pandemia¹⁷. Disso se segue que o STF, quando instado a agir, como nos aludidos casos, tem um dever institucional grave, conquanto não possa trespassar a sua competência.

De par com a doutrina dworkiniana, entende o constitucionalista Bernardo Fernandes (2010, p. 79) que

[...] cada decisão judicial preenche um momento de nossa *histórica institucional*, tentando revelar a *melhor* leitura que nossa sociedade faz de suas práticas sociais. Logo, o magistrado (que não é, e nem deve ser, uma figura *criadora do direito*) se apresenta como um participante que argumenta com o restante da sociedade, tentando convencê-la que, sua leitura, de fato atinge o objetivo de trazer o direito ao caso à sua melhor luz.

Depreende-se das análises dos casos concretos realizadas que o STF não agiu aquém, nem tampouco além, de suas atribuições legais – tratou-se, pois, de uma atuação circunspecta, aos moldes da integridade do direito e da normativa constitucional vigente. O que

¹⁶Ver: MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. Trad. Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2018.

¹⁷ Um exemplo foi o pronunciamento feito no dia 24 de março de 2020, em que o Presidente Jair Messias Bolsonaro referiu-se a Covid-19 como sendo “uma gripezinha”, “um resfriadinho”. Ver: PLANALTO. **Pronunciamento do presidente da República, Jair Bolsonaro (24/03/2020)**. Planalto, 2020. 1 vídeo (4min58s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Vl_DYb-XaAE>. Acesso em: 1 de junho de 2020.

se pode perceber é um certo protagonismo da Corte que, em situações excepcionais, é provocada a dirimir impasses cuja não resolução implica na violação de direitos fundamentais e de princípios constitucionais que, embora suscetíveis de transgressão a qualquer tempo, tornam-se ainda mais vulneráveis em um cenário como esse.

Quando, no *caso da propaganda governamental*, o relator, num primeiro momento, atendeu ao pedido de concessão de medida cautelar para se vedar a produção e, conseqüentemente, a circulação da campanha denominada “O Brasil não pode parar”, não buscou restringir os atos do Governo Federal corroborando para a interferência dos poderes da República. Do contrário, manteve a coerência de decisões passadas (ADI 5592, ADI 4066, RE 627189) quando da aplicação, v.g. dos princípios da prevenção e precaução em matéria de saúde pública e meio ambiente.

Observa-se nessa conduta a manutenção da integridade do direito, pois o magistrado, Min. Luís Roberto Barroso, à luz do atual cenário pandêmico, avaliou a situação presente e voltou-se para casos pretéritos com o intento de justificar seu posicionamento, embora a pandemia do coronavírus – nessa proporção – seja inédita. Por esse prisma, arrolar julgados anteriores como justificativa de uma decisão atual não traz consigo a pretensão reafirmar os objetivos vislumbrados à época, e sim levar em consideração o histórico de decisões jurídicas as quais devem ser interpretadas e continuadas (DWORKIN, 1999).

Ainda nesse caso (ADPFs n. 668 e n. 669), a decisão posterior não se configurou ativista e tampouco retificadora: reconheceu as informações prestadas pela Advocacia Geral da União e pela PGR, até então desconhecidas, acerca da inexistência do ânimo de deflagrar a propaganda governamental questionada em juízo. Mais uma vez, a integridade aparece quando se considera que para essa nova decisão, manteve-se o respeito às normas adjetivas para se considerar – como menor explicado no capítulo anterior – a perda do objeto da ação.

Nos outros dois casos apresentados neste estudo, as conclusões se assemelham: tanto no *caso dos venezuelanos* (em que se discutia tratados e convenções internacionais de direitos humanos e relações diplomáticas, bem como o princípio da dignidade humana, em relação a prerrogativas do Executivo) quanto no *caso dos estados e municípios* (cuja discussão orbitava em torno do princípio federativo ou o pacto federativo), as decisões que se seguiram não qualificaram um ativismo judicial, mas partiram de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado [...], mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer (DWORKIN, 1999, p. 273).

Tudo somado e além, cumpre aludir à primorosa lição do professor Ronald Dworkin (2010, p. 492), tão pertinente às vivências correntes:

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que toma todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.

É a partir dessa característica interpretativista que o direito, representado neste trabalho pelas decisões do STF, se constitui como um “romance em cadeia”. Ao se colocar diante de uma casuística concreta, um juiz irá fundamentar sua decisão – interlocutória ou final – interpretando decisões passadas e acrescentando na matéria que se discute um novo “capítulo”, isto é, uma nova interpretação adequada ao caso, bem como aos ideais e valores contemporâneos.

No entanto, o processo interpretativo nem sempre é de fácil apreensão: por vezes, o magistrado pode se encontrar diante de um precedente diverso daquilo que julga ser justo e isonômico (ao menos num primeiro momento). Mas para a manutenção da integridade, assiste a ele retornar ao seu romance, então decisões passadas, dar-lhes nova interpretação, ponderando este ou aquele princípio, para – por derradeiro – escrever um novo fragmento.

Esse episódio da História, cuja trama ainda se desenrola sem fim previsto, é, para o Direito, a continuação do “romance em cadeia” do qual falava Dworkin. Sua origem não remonta à chegada da covid-19 ao País, nem tampouco se esgotará junto ao fim da pandemia.

Os juízes e intérpretes do porvir – ou os mesmos de agora, em decisões vindouras – deverão continuar a escrever esse romance como obra de um só autor, quase como se não se pudesse aperceber da pluralidade de mãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia da Covid-19 tem evidenciado alguns embates entre os poderes com o objetivo de dar cumprimento a direitos fundamentais, quer coletivos, quer individuais. Ao Supremo Tribunal Federal cabe resolver os questionamentos que são direcionados, circunscrevendo-se nos limites abalizados pela Constituição Federal de 1988, preservando a integridade do direito

As exigências do direito como integridade se revelam ainda mais urgentes nesse momento da história institucional brasileira, pois que as decisões do STF, nesses casos, têm ligação direta com a vida de todas as brasileiras e brasileiros.

O presente estudo perpassou por dois momentos diferentes para que, ao final, pudessem ser aglutinados em uma discussão reflexiva que se propõe a verificar a existência ou ausência da postura ativista do STF. Para atingir essa pretensão, tomou-se unicamente para a construção desse raciocínio três casos levados ao Judiciário durante o quadro instaurado pela Covid-19.

Com base na doutrina dworkiniana foi atestado o dever que exige dos magistrados o juízo de adequação e interpretação de decisões anteriores para que não haja o rompimento de uma linha progressiva dos julgados. Diz-se progressiva, pois não se trata de um abandono de precedentes, mas de um ato arrazoado e harmônico com as necessidades hodiernas que não se valha de interesse próprio pelo que se irá suceder.

A atuação do STF, portanto, não se mostrou ativista. Certo é que não compete à Corte intervir em atos do Executivo relacionados a políticas públicas urgentes e em prerrogativas inerentes ao cargo de Chefia do Estado, quando não restar demonstrado sua lesividade a direitos fundamentais. Contudo, mais acertado ainda é avaliar e ponderar essas permissões – ou, como no *caso dos estados e municípios*, reafirmar um princípio constitucional – quando uma situação inesperada e imprevisível pairar no país, guardando a Constituição e o império do direito.

REFERÊNCIAS

BARRET, John Q. **Arthur M. Schlesinger, Jr. - in Action, in Archives, in History.**

Disponível em: <<https://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20071015-Jackson-List-re-Arthur-Schlesinger.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2020.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, v. 5. n.1, p. 23-32, 2012. Disponível em:

<<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 13 de agosto de 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ativismo judicial – primeiras aproximações. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). **Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais**. Brasília: IDP/EDB, 2016. p. 149-163.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 de junho de 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Parecer**

SFCONST/PGR n. 100822/2020. 13 de abril de 2020a. Disponível em:

<<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADPF000668COVID19campanhahabpublicitariagovernofederalVFCDFCD.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

Fundamental n. 668. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data da Decisão: 7/5/2020b.

Decisão por perda de objeto. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2020/05/barroso-o-brasil-nao-pode-parar_070520200455.pdf>. Acesso em 23 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

Fundamental n. 669. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data da Decisão: 31/3/2020c.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

Fundamental n. 672. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data da Decisão: 8/4/2020d.

Decisão por concessão parcial de medida cautelar. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>>. Acesso em: 27 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus/DF n. 184.828**. Relator: Min. Luís

Roberto Barroso. Data da Decisão: 2/5/2020e. Deferimento de liminar. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC184828.pdf>>. Acesso em: 27 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus/DF n. 184.828**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data da Decisão: 16/5/2020f. Ratificação da medida cautelar. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC184828ratifica.pdf>>. Acesso em: 27 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Peticionamento de Habeas Corpus com pedido de liminar**. Petição inicial n. 27481. Impetrante: Paulo Roberto Severo Pimenta. Data do Peticionamento: 1/5/2020g. Disponível em: <<https://jefersonmiola.files.wordpress.com/2020/05/hc-paulo-pimenta-venezuelanos.pdf.pdf>>. Acesso em: 27 de junho de 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 60, p. 59-117, 2016. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272603/Book_RMP_60.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Considerações sobre recentes decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*. Reflexões críticas à luz da “teoria do direito como integridade” de Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 69-84, jul./dez. 2010.

LIMA, Caio Moyses de. **O Império dos Direitos: lei e autoridade política em Ronald Dworkin**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-25112011-155803/pt-br.php>>. Acesso em: 23 de junho de 2020.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4356/1/2009_MariaCristinaIrigoyenPeduzzi.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. In: DE PRETTO, Renato Siqueira et al (Coord.). **Interpretação constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2007. p. 231-253.

**UNIÃO ESTÁVEL E CONTRATO DE NAMORO: A APLICABILIDADE DO
CONTRATO DE NAMORO EM TEMPOS DE PANDEMIA**

**UNIÃO ESTÁVEL E CONTRATO DE NAMORO: A APLICABILIDADE
DO CONTRATO DE NAMORO EM TEMPOS DE PANDEMIA**

**STABLE UNION AND DATING CONTRACT: THE APPLICABILITY OF THE DATING
CONTRACT IN TIMES OF PANDEMIC**

Gabriel Azenha Bueno de Oliveira
Instituto Filadélfia de Londrina
gabriel.azinha.adv@outlook.com

Lucas Albano
Universidade Estadual de Londrina
lucas.albano.adv@gmail.com
 lattes.cnpq.br/3261112669623367

Sara Luiza Franco
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
sarafranco.advogada@gmail.com
 lattes.cnpq.br/5160353933930347

Vitória Dreide Xavier Araújo
Universidade Estadual de Montes Claros - Unimontes
dreidevitoria@gmail.com
 lattes.cnpq.br/3638034320387808

RESUMO: O presente artigo tem por objeto reflexões sobre contrato de namoro, com a finalidade de se discutir sua validade, bem como sua aptidão para produzir efeitos em tempos de pandemia, buscando aparato jurídico no Direito Civil Contratual e no Direito de Família. O objetivo principal deste trabalho visa esclarecer o que é Contrato de Namoro, compreender a liberdade contratual entre as partes que o acordam e discutir sua utilização como meio válido na pandemia. Em um primeiro momento serão analisados brevemente os institutos do namoro e outros institutos, inclusive a união estável, bem como a evolução histórica desses no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo feito isto, abordar-se-ão as semelhanças e as diferenças entre o namoro qualificado e a união estável. No segundo tópico será analisada a liberdade contratual e os princípios norteadores das relações contratuais, de forma a comprovar a validade e a eficácia na formalização dos contratos de namoro. Por fim, no terceiro tópico será analisado o contrato de namoro em si, discorrendo sobre o principal fundamento para a sua utilização durante a pandemia.

Palavras-chave: *Affectio maritalis*. Família. Namoro qualificado. Repercussões jurídicas. União estável.

ABSTRACT: This present article has as object the reflections on the dating contract, with the objective of discussing its validity, as well as its ability to produce effects in times of pandemic, seeking legal apparatus in Civil Contractual Law and Family Law.

The main objective of this paper is to clarify what Dating Contract is, to understand the contractual freedom between the parties that agree and discuss its use as valid means in the pandemic. In a first moment, the dating institutes and other institutes will be analyzed briefly, including the stable union, as well as the historical evolution of these ones in the Brazilian legal system. Having done so, the similarities and differences between qualified dating and a stable union will be addressed. In the second topic, freedom of contract will be analyzed and the guiding principles of contractual relationships, in order to verify the validity and effectiveness in the formalization of the dating contracts. Finally, in the third topic, the dating contract will be analyzed itself, discoursing about the main foundation for its use during a pandemic.

Keywords: *Affectio maritalis*. Family. Qualified dating. Legal repercussions. Stable union.

INTRODUÇÃO

Durante anos, as relações afetivas foram juridicamente divididas em relações matrimoniais e extramatrimoniais, sendo que somente as primeiras recebiam proteção do Estado. A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), iniciou-se a regulamentação das uniões afetivas livres até então não tuteladas, por exemplo, a união estável. Desde esse momento, o fortalecimento dessas uniões tornou-se recorrente, tanto que a união estável foi equiparada ao instituto do casamento. Com a consolidação dessas uniões afetivas e sua recorrência cada vez maior, nasceram também o temor e insegurança quanto aos efeitos dessas relações.

A escolha do tema contrato de namoro teve por escopo compreender as discussões sobre a possibilidade da utilização do contrato de namoro para assegurar o que as partes acordam dentro de seu relacionamento, intentando afastar a caracterização da união estável, como forma de proteção aos seus direitos pessoais e patrimoniais.

Para melhor abordar o assunto utilizamos de jurisprudências e doutrinadores como Maria Berenice Dias, Carlos Roberto Gonçalves e Flávio Tartuce que trazem em suas obras o enlaçamento das relações afetivas do Direito de Família diante da realidade social.

Tendo em vista que ocorreram mudanças nas configurações familiares e na sociedade, a união estável ganhou espaço. No entanto, a má compreensão do que é

união estável tem feito com que os instrumentos jurídicos sejam utilizados erroneamente ao buscar a “proteção” de relações como as de namoro.

A pesquisa utilizou o método dedutivo de abordagem, pois partiu do estudo do desenvolvimento histórico dessas uniões, ressaltando seus procedimentos e organização; já quanto à técnica de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental por meio da análise da legislação e jurisprudência sobre a matéria.

Sendo assim, de partida, serão analisados brevemente os institutos do namoro e outros institutos, inclusive a união estável, bem como a evolução histórica desses no ordenamento jurídico brasileiro. Após isto, abordar-se-ão as semelhanças e as diferenças entre o namoro qualificado e a união estável.

No segundo tópico será analisada a liberdade contratual e os princípios norteadores das relações contratuais, de forma a comprovar a validade e a eficácia na formalização dos contratos de namoro. Por fim, no terceiro tópico será analisado o contrato de namoro em si, discorrendo sobre o principal fundamento para a sua utilização durante a pandemia.

1 BREVE ANÁLISE SOBRE OS INSTITUTOS DO NAMORO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Família é um dos mais primórdios institutos da humanidade, que vive em constante experimentação de mudanças e evoluções ao longo do tempo. Está intrinsecamente ligada à ideia de valores sociais e morais e, conforme esses valores mudam, a família também caminha no sentido de ampliar concepções, acarretando mudanças na seara jurídica, já que o ordenamento jurídico desempenha papel crucial na organização da vida em sociedade.

Nos últimos tempos, o meio social tem dado espaço às mais diversas discussões advindas do campo da afetividade. Passou-se, então, a buscar definições de novas formas de relacionamento que têm se tornado recorrente, como os institutos do namoro e da união estável.

Nesse sentido, ensina Pablo Stolze Gagliano (2018):

A despeito da resistência ainda existente em face de determinados núcleos de afeto, ninguém nega a importância da sua discussão jurídica, valendo lembrar que, não apenas a doutrina, mas também a jurisprudência, em grande parte, já se harmonizam com esses novos tempos, consolidando um processo inexorável de reconstrução do conceito de família, à luz do princípio da afetividade (GAGLIANO, 2018, p. 142).

Dessa forma, como legítimos fatos jurídicos humanos (atos jurídicos em sentido amplo),

estes institutos devem ser estudados a fim de analisar seu impacto e efeitos.

1.1 Conceito de namoro

A conceituação de contrato de namoro tem sido alvo de amplos estudos, vez que a linha de diferenciação entre namoro e união estável é muito tênue.

O namoro simples se configura como um relacionamento, em que pode haver a existência de prática sexual e convivência, sem, no entanto, haver o patente ânimo de constituir futuramente uma família (por mais que possa ocorrer de evoluir-se de um mero namoro para um relacionamento consolidado).

Euclides de Oliveira (2011) define o namoro como um processo de convivência baseado no afeto. De acordo com ele, o namoro é:

Passo importante na escalada do afeto ocorre se o encontro inicial revela o início de uma efetiva relação amorosa. Dá-se então, o namoro, já agora um compromisso assumido entre homem e mulher que se entendem gostar um do outro. Pode ser paixão à primeira vista, embora nem sempre isso aconteça, pois o amor vai se consolidando aos poucos, com encontros e desencontros do casal embevecido. Do latim *in amoré*, o namoro sinaliza situação mais séria de relacionamento afetivo (OLIVEIRA, 2011, p.13).

Segunda Aidar (2008),

Namoro não gera direitos. Representa ato de império não se confundir eventuais direitos emergidos da relação de namoro, em função da cobrança de indenização por danos morais e materiais. Estes podem aflorar-se pela prática de um ilícito civil no curso da relação de namoro. Somente isto, nada além disto (AIDAR, 2008, p.1).

Afere-se, assim, que o namoro, por si só, não tem consequências jurídicas. Não acarreta partilha de bens ou qualquer aplicação de regime de bens, fixação de alimentos nem mesmo direito sucessório.

1.2 A figura jurisprudencial do namoro qualificado

O namoro qualificado é uma expressão oriunda da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que fez uso da expressão para tratar da seriedade de uma relação entre um casal maior e capaz. O namoro qualificado não configura uma entidade familiar. Isso ocorre devido à ausência do *animus* de constituir família, ou seja, não existe, num primeiro momento, o *affectio maritalis*. Para Satil (2011), essa expressão pode ser definida como:

[...] uma relação que para que seja caracterizada é necessário que estejam presentes a publicidade, continuidade e a durabilidade, não importando a quantidade de anos, como foi salientado acima, e não traz nenhuma vinculação patrimonial, pois o par não tem o objetivo de constituir uma família (SATIL, 2011, p.2).

Diante da complexidade dos casos concretos que chegavam ao judiciário, a jurisprudência utilizou do *affectio maritalis* para realizar a distinção entre namoro e o instituto da união estável. O *affectio maritalis* é fator determinante para verificar se há ou não o ânimo de constituir família.

Segundo Tartuce (2018), pode-se diferenciar o namoro qualificado da união estável da seguinte forma: no namoro qualificado “[...] há um objetivo de família futura, enquanto na união estável a família já existe (*animus familiae*)” (TARTUCE, 2018, p. 1488).

A intenção futura ou presente da constituição de família estaria tanto configurada no tratamento dos companheiros (*tractatus*) como no reconhecimento social de seu estado (*reputatio*) (TARTUCE, 2018).

Ainda o STJ, já vem decidindo que:

[...] o propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado ‘namoro qualificado’-, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída (BRASIL, 2015).

Pode-se dizer assim que no namoro qualificado apesar de existir relacionamento afetivo, que futuramente pode se desdobrar na formação de família, não apresenta ainda uma comunhão de vida. O namoro qualificado possui uma convivência pública, contínua e duradoura. Ainda assim, será possível observar que esse casal possui liberdade nas suas ações (MALUF; MALUF, 2013).

No entender de Madaleno (2013), pode-se diferenciar o namoro qualificado da união estável tendo em vista que:

[...] a união estável exige pressupostos mais sólidos de configuração, não bastando o mero namoro, por mais estável ou qualificado que se apresente, porquanto apenas a convivência como casal estável, de comunhão plena e vontade de constituir família concretiza a relação estável, da qual o namoro é apenas um projeto que ainda não se desenvolveu e talvez sequer evolua como entidade familiar (MADALENO, 2013, p. 1138).

Para Veloso (2018),

Nem sempre é fácil distinguir essa situação – a união estável – de outra, o namoro, que também se apresenta informalmente no meio social. Numa feição moderna, aberta, liberal, especialmente se entre pessoas adultas, maduras, que já vêm de relacionamentos anteriores (alguns bem-sucedidos, outros nem tanto), eventualmente com filhos dessas uniões pretéritas, o namoro implica, igualmente, convivência íntima – inclusive, sexual –, os namorados coabitam, frequentam as respectivas casas, comparecem a eventos sociais, viajam juntos, demonstram para os de seu meio social ou profissional que entre os dois há uma afetividade, um relacionamento amoroso. E quanto a esses aspectos, ou elementos externos, objetivos, a situação pode se assemelhar – e muito – a uma união estável. Parece, mas não é! Pois falta um elemento imprescindível da entidade familiar, o elemento interior, anímico, subjetivo: ainda que o relacionamento seja prolongado, consolidado, e por isso tem sido chamado de 'namoro qualificado', os namorados, por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam e não querem – ou ainda não querem – constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida, no nível do que os antigos chamavam de *affectio maritalis*. Ao contrário da união estável, tratando-se de namoro – mesmo do tal namoro qualificado –, não há direitos e deveres jurídicos, mormente de ordem patrimonial entre os namorados. Não há, então, que falar-se de regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo (VELOSO, 2018, p. 313).

Dos precedentes do STJ podem ser extraídos alguns trechos em que fica visível o entendimento do que se considera namoro qualificado. Segundo o STJ:

Na relação de namoro qualificado os namorados não assumem a condição de conviventes porque assim não desejam, são livres e desimpedidos, mas não tencionam naquele momento ou com aquela pessoa formar uma entidade familiar. Nem por isso vão querer se manter refugiados, já que buscam um no outro a companhia alheia para festas e viagens, acabam até conhecendo um a família do outro, posando para fotografias em festas, pernoitando um na casa do outro com frequência, ou seja, mantêm verdadeira convivência amorosa, porém, sem objetivo de constituir família (BRASIL, 2012).

Diante disso, a jurisprudência buscou estabelecer a diferenciação do namoro qualificado para os demais institutos pela presença do *affectio maritalis*. De forma que fica demonstrado a linha tênue que limita o que será ou não abarcado por estes institutos.

1.3 Aspectos gerais da união estável e sua diferenciação de outros institutos, inclusive do

namoro, pelo affectio maritalis

A união estável nasceu de uma relação que era condenada inicialmente, já que advinda do que era tido como concubinato. Em sua criação, o concubinato foi tido como uma relação adúlterina mantida concomitantemente com alguém que já possuía ou possuiu um relacionamento; no entanto, essa estrutura não constituía uma entidade familiar, mas uma mera sociedade de fato (TARTUCE, 2018).

Esse conceito passou por uma ruptura quando se iniciaram as uniões livres, do direito inglês, que atualmente são conhecidas como uniões estáveis. Essa conceituação ganhou força após o “Movimento de *Woodstock*”, no qual as pessoas buscavam exercer vida conjugal de maneira livre, não estando com alguém por uma obrigação, mas por livre escolha, unindo-se em comunhão de afeto e planos futuros, sem, no entanto, fazê-lo por meio do tradicional casamento.

Passando por um importante processo de inserção social, o instituto da união estável recebeu atenção pelo ordenamento jurídico brasileiro que, enquanto legítima democracia, está sempre se adequando às novidades da realidade social, e a jurisprudência caminha nesse sentido.

Assim, pode-se dizer que no Brasil, a ideia inicial de união estável surgiu da estrutura do concubinato. Quando surgiu essa figura, ainda não era permitido o divórcio, somente o desquite. Sendo assim, as pessoas não podiam casar novamente, a não ser que ficassem viúvas ou que o matrimônio fosse anulado; era como se o vínculo entre os parceiros casados não tivesse fim, fazendo *jus* ao tão conhecido “até que a morte os separe”.

O desquite foi um estado civil previsto até a Lei nº 6515/77, segundo a qual as pessoas que passassem a viver com outro indivíduo, depois de já ter sido casado, eram chamadas de “amasiadas”. Tendo em vista que não era possível novo casamento, criou-se a figura do concubinato puro e impuro.

O concubinato impuro era aquele em que uma das partes teria um casamento válido e constituía concomitantemente uma relação adúlterina. Já o concubinato puro era aquele em que se tinha a figura de um desquitado que passava a viver com outra pessoa, que é o que atualmente se chama de união estável. Faz-se necessário, ainda, ressaltar que atualmente, os dois institutos não mais se confundem, principalmente quanto aos efeitos, já que no concubinato, diferentemente da união estável, as partes não têm direito a meação patrimonial, direito a alimentos ou direito sucessório (TARTUCE, 2018).

Trazendo-se o instituto à constitucionalização, como efetivo reconhecimento do

concubinato como fato jurídico, a CRFB/88, em seu artigo 226, § 3º, reconhece o instituto da união estável como entidade familiar, de forma a facilitar posteriormente sua conversão em casamento.

No Código Civil de 2002 (CC/02), a união estável possui um capítulo próprio, entre os seus artigos 1.723 a 1.727. O artigo 1.694 do CC/02 ainda consagra o direito à alimentação dos companheiros.

Aqui cabe tecer alguns comentários acerca das concepções terminológicas. Nos dias atuais, pode causar estranheza à utilização do termo “concubinos ou amasiados” para se referir a pessoas que convivem sob o instituto da união estável, tanto que não mais é o adequado.

Nessa senda, Gagliano (2018) esclarece que:

Quando a expressão consagrada para designar o instituto, em todas as suas modalidades, era concubinato, denominavam-se os integrantes da relação, sem pudores, de amásios ou concubinos. Superado esse primeiro momento, passaram os sujeitos dessa relação a ser chamados, especificamente, de companheiros ou conviventes, reservando-se a expressão concubinato para uma outra modalidade de relação. [...]. Hoje, porém, como se depreende de uma simples leitura do já transcrito art. 226 da Constituição Federal, a expressão consagrada é união estável. Tecnicamente, porém, não é mais aceitável considerar a sinonímia (e, a partir deste momento, será evitada a sua utilização neste capítulo, já que superada a análise histórica) com a expressão “concubinato”, pois esta, na forma do art. 1.727, CC/2002, constitui uma modalidade específica para designar relações não eventuais, entre homem e mulher, impedidos de casar. A união estável, nesse diapasão, traduz uma constitucional forma de família, motivo pelo qual nem sequer recomendamos as expressões, consagradas pelo uso, de “concubinato puro” (como sinônimo de união estável) e “concubinato impuro” (para significar a relação paralela ao casamento ou mesmo à união estável), pela evidente confusão terminológica. (GAGLIANO, 2018, p. 425).

Disso, entende-se que a expressão correta é a adotada pela CRFB/1988, que conferiu verdadeiro prestígio ao instituto da união estável, remanescendo a terminologia concubinato para definir relações não eventuais entre pessoas impedidas de unir-se em casamento.

O debate é amplo quando a questão diz respeito às características da união estável.

Segundo Diniz (2020) a união estável seria constituída quando houvesse:

[...] convivência pública, contínua e duradora de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para a sua convolação (CC, art. 1.723, §§ 1 e 2) (DINIZ, 2020, p.420).

Pablo Stolze Gagliano (2018), por sua vez, afirma que:

[...] a união estável, por seu turno, não se coaduna com a mera eventualidade na relação e, por conta disso, ombreia-se ao casamento em termos de reconhecimento jurídico, firmando-se como forma de família, inclusive com expressa menção constitucional (CF, § 3.º do art. 226). Nesse contexto, feitas tais considerações e salientadas importantes diferenças, podemos conceituar a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família. (GAGLIANO, 2018, p. 430).

Dessa forma, para a caracterização da união estável, não se faz necessária a convivência sob a mesma casa, bastando apenas que se demonstre o ânimo de constituir família, ou seja, trata-se de pessoas que, ainda que residam em locais diferentes, são reconhecidas no seio da comunidade onde habitam, como uma entidade familiar.

O *affectio maritalis* trata-se da “essência do instituto no novo sistema constitucionalizado, diferenciando uma união estável de uma relação meramente obrigacional” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 1314).

O instituto da união estável, consoante ensina Maria Helena Diniz (2020), pode ser configurado mesmo que:

a) um de seus membros ainda seja casado, desde que antes de iniciar o companheirismo estivesse já separado de fato, extrajudicialmente ou judicialmente, do cônjuge; b) haja causa suspensiva, pois está apenas tem por escopo evitar realização de núpcias antes da solução de problemas relativos à paternidade ou a patrimônio familiar, visto que em nada influenciaria na constituição da relação convivencial. Assim sendo, se alguém maior de 70 anos passar a viver em união estável, não sofrerá nenhuma sanção, podendo o regime convivencial ser similar ao da comunhão parcial (CC, art. 1.725) (DINIZ, 2020, p.437).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou em sua Súmula 382 que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

A edição de referida súmula representa verdadeiro divisor de águas, em se tratando da regulamentação do fato jurídico união estável. Nas palavras de Stolze Gagliano (2018):

Com a edição da súmula, essa situação encontrou melhor disciplina, o que foi ainda mais bem tratado com a respeitável tese — polêmica, é verdade! — da inexigibilidade de prova de contribuição econômica por parte da concubina (admitindo-se o apoio moral e psicológico, como companheira de vida, além do reconhecimento de que o esforço para a manutenção do lar, na atividade caseira e em analogia à prestação de serviços domésticos, já seria contribuição suficiente para autorizar a partilha), bem como com a edição, pela mesma corte, da Súmula 382, que dispensou a vida em comum sob o mesmo teto como pressuposto de caracterização do concubinato (GAGLIANO, 2018, p. 424).

Além disso, a lei não estabelece prazo mínimo para a sua constituição, devendo ser

analisado o caso concreto (SÃO PAULO, 2009).

Para Nader (2016), a diferença entre união estável e casamento está na sua constituição. Segundo ele:

A união estável, diferentemente do casamento, não se instaura documentalmente, mediante celebração de negócio jurídico. A sua instituição efetiva-se na ordem dos fatos, mediante relações de vida. O vínculo jurídico se forma, lentamente, por acontecimentos envolvendo o casal (NADER, 2016, p.796).

Nas palavras de Tartuce (2018), “não há qualquer requisito formal obrigatório para que a união estável reste configurada, como a necessidade de elaboração de uma escritura pública entre as partes ou de uma decisão judicial de reconhecimento” (TARTUCE, 2018, p. 1486).

O STF, em 2017, passou a entender que a união estável possuía equiparação sucessória com o casamento, reconhecendo assim a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/02 (BRASIL, 2017). Partindo disso, entende-se que não há mais distinção de regimes sucessórios entre eles, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime previsto no artigo 1.829 do CC/02.

Feitos tais apontamentos, é possível sintetizar as características centrais da união estável pela: a) publicidade, marcada pela convivência pública, em detrimento do segredo, o que diferencia a união estável de uma relação clandestina (o atual concubinato); b) convivência contínua, no sentido do *animus* definitivo de permanência, o que diferencia a união estável de um namoro; c) estabilidade, o que faz com que a convivência seja consolidada; e d) objetivo de constituir família como essência, tanto que a união estável já é reconhecida como entidade familiar.

Insta narrar que o ordenamento jurídico passou por diversas mudanças dentre as quais a evolução no reconhecimento de que relações afetivas não se dão somente entre pessoas do mesmo gênero.

A decisão do STF (ADI 4.277 e ADPF 132 e Resolução do CNJ nº 175/2013 (art. 1 *in fine*) que reconheceu a união estável para casais homoafetivos, revela-se como marco determinante nesse sentido, não sendo mais restrita a união estável apenas a relações constituídas por “homem e mulher”, como previsto pela CRFB/88.

Sobre o processamento da união estável, observa-se que antes da CRFB/88, esse instituto era tido como concubinato e por essa razão a União Estável era classificada como um processo da área civil, com poucos direitos, sendo vista ainda, como uma sociedade de fato.

Atualmente, mudou-se esse entendimento, passando a ser processada na vara de família, através das ações de reconhecimento e dissolução de união estável ou ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com petição de herança.

Uma vez erigida à classe do direito familiarista, a união estável acarreta efeitos que podem ser identificados no diploma civilista. Em seu artigo 1.724, o CC/02 prevê que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos” (BRASIL, 2002).

Esses deveres mútuos entre os companheiros nada mais são do que efeitos pessoais. São deveres que em muito se aproximam dos estipulados no casamento. Entretanto, como já exposto, tais deveres podem ser exercidos sem que se verifique a coabitação como elemento central.

No que tange aos efeitos patrimoniais, tem-se que esses são os de maior curiosidade e receio, que acomete os indivíduos que procuram firmar contrato de namoro, como se verá adiante.

Os efeitos patrimoniais na união estável, via de regra, não são almejados, e sim decorrem naturalmente da relação estabelecida, independentemente da vontade dos companheiros.

Nelson Rosenvald (2020) preconiza que:

O tráfego das relações jurídicas econômicas (reais e obrigacionais) é absolutamente natural nas entidades familiares, pois os companheiros assumem os solidários encargos de cuidar do sustento do lar, respondendo por despesas comuns para a manutenção da família. Dentre os efeitos patrimoniais da união estável sobreleva explicar que alguns decorrerão da sua dissolução em vida, enquanto outros defluem da dissolução por morte. Note-se que na dissolução por ato entre vivos, decorrem o direito à meação e aos alimentos. Quando extinta a relação pela morte de um dos conviventes, o sobrevivente poderá reclamar, além da sua meação, o direito à herança (inclusive podendo pleitear a inventariança), à habitação e aos eventuais benefícios previdenciários, tudo isso sem prejuízo da sub-rogação no contrato de locação de imóvel urbano. Tanto em uma hipótese, quanto na outra, a dissolução não afeta o bem de família (FARIAS *et al*, 2020, p. 1269).

Por tal razão é que, cada vez mais pessoas, figuram em um relacionamento de namoro, mas que não pretendem que se perfaçam tais efeitos, buscam soluções no direito contratual para delimitar o alcance das consequências da relação que vivem.

2 DA LIBERDADE CONTRATUAL

Passadas as digressões acerca do direito das famílias, ganha palco o instituto dos contratos, haja vista a existência de correlação entre ambos.

Em linhas gerais, os contratos revelam-se como manifestações de vontade, são atos volitivos, conjugados à função social.

O artigo 421 do CC/02 inaugura o estudo dos contratos, demonstrando a imprescindível interligação entre a liberdade contratual e o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CRFB/88): “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 1988).

A função social nada mais é do que um exercício meritório da liberdade contratual. Significa que as obrigações estabelecidas contratualmente devem ter uma finalidade perante o corpo social, uma razão de ser.

Nessa senda, a doutrina preocupa-se em tratar da função social sob os pontos de vista intrínseco e extrínseco. Como bem explicita Nelson Rosenvald (2015), na obra coordenada pelo Ministro Cezar Peluso,

A justificativa que se lança é que, entre as partes, a função social teria o escopo de assegurar contratos mais equilibrados, garantindo maior igualdade e dignidade entre os contratantes; já externamente, transcenderia à polarização entre as partes e representaria o reflexo da relação contratual perante a sociedade, promovendo a confiança nas relações sociais (GODOY *et al.*, 2015, p. 435).

Adiante, o CC/02 estabelece princípios norteadores das relações contratuais, quais sejam, a probidade e a boa-fé objetiva. Isso se extrai do seu artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002).

A boa-fé é o que integra o conteúdo da relação contratual, presta-se a verdadeiro selo do que é pactuado *inter partis*, e visa a melhor valoração das relações sociais.

Nesse sentido, a boa-fé é classificada pelos estudiosos em objetiva e subjetiva. A boa-fé subjetiva está ligada a um estado psicológico de crença, é uma convicção interna que não pode ser resguardada de um modo geral, posto que não é externalizada. Já a boa-fé objetiva é uma regra de comportamento social que incita à lisura, correção, honestidade, caracterizando-se como uma confiança plausível.

Ensina Rosenvald (2015) que

É possível aferir alguns pressupostos da boa-fé objetiva, quais sejam: a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bonus pater familias*; c) reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado (GODOY *et al.*, 2015, p.

437).

Além da boa-fé que permeia o tema de contratos, outros elementos devem ser observados para que as relações contratuais tenham validade, haja vista que contratos são, antes de tudo, negócios jurídicos.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias (2020), na obra que escreve com Nelson Rosenvald e Felipe Braga Neto, negócios jurídicos “são fatos jurídicos em cujos suportes fáticos existem atos humanos voluntários. A vontade das partes, nesse caso, é importante não apenas para sua formação, mas também para a determinação de seus efeitos” (FARIAS *et al*, 2020, p. 375). É importante destacar que há um poder de escolha, motivo pelo qual os contratos são um dos maiores exemplos de negócios jurídicos.

Por derradeiro, o artigo 104 do CC/02 define quais são os elementos de validade, que são inerentes aos negócios jurídicos: “A validade do negócio jurídico requer: I - Agente capaz; II - Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - Forma prescrita ou não defesa em lei” (BRASIL, 2002).

Perceba-se que o diploma civilista se ocupou em sistematizar o plano de validade dos negócios jurídicos, distinguindo as consequências da validade e da sua ausência, que torna os negócios nulos (art. 166 e 167, CC/02) ou anuláveis (art. 171, CC/02).

É imprescindível a capacidade do agente (se absolutamente incapaz, gera nulidade de pleno direito; se relativamente incapaz, a nulidade será também relativa). No mais, o objeto do negócio (ou do contrato) deve ser lícito, daí decorre que o mesmo não pode ser vedado em lei, tampouco destoante da ordem moral, da ordem pública e dos bons costumes.

Além disso, seu objeto deve ser realizável, de forma que contratos, por exemplo, não podem ser celebrados objetivando prestações impossíveis, inexistentes ou impassíveis de determinação. Por fim, a forma só é exigível quando a lei assim estabelecer. Do contrário, a liberalidade das partes impera sobre a forma adotada de comum acordo, desde que, por óbvio, observadas as demais orientações aqui mencionadas.

Denota-se, por conseguinte, que o CC/02 preza pela vontade das partes, pelo estímulo ao comum acordo, sempre resguardando a função social, e orientando as relações sociais em conformidade aos princípios inerentes à convivência em comunidade.

Em consequência, as possibilidades de contratar tornam-se cada vez mais amplas, abarcando as mais diversas situações que se vê no cotidiano. Diferente não seria o tratamento dispensado ao instituto das famílias, posto que diretamente relacionado à organização da

convivência social.

Disso infere-se que, almejando resguardar direitos e dispor sobre eles, é que os indivíduos buscam alternativas na seara contratual, de acordo com os permissivos legais, quando se deparam com determinadas circunstâncias, como é o caso do instituto da união estável, que devido aos efeitos patrimoniais que acarreta, deixa casais de namorados em verdadeiro temor por um futuro incerto.

Nesse cenário, ganha espaço a procura pela elaboração de contratos afetivos.

3 O CONTRATO DE NAMORO E SUA INCIDÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

O receio de uma responsabilização financeira após o fim de um relacionamento amoroso tem incentivado os chamados contratos afetivos, ou contratos de namoro. Nesse sentido Dias (2010) leciona que:

Desde a regulamentação da união estável, levianas afirmativas de que simples namoro ou relacionamento fugaz podem gerar obrigações de ordem patrimonial provocaram pânico. Diante da situação de insegurança, começou a se decantar a necessidade de o casal de namorados firmar contrato para assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro (DIAS 2010, p.181 *apud* VENOSA, 2017, p.242-243).

Sendo assim, os contratos de namoro buscam a finalidade de afastar a situação de fato que poderia ser compreendida como união estável e suas consequências.

Acompanhando essa linha de raciocínio, Stolze Gagliano (2018) expõe que

Neste campo amoroso, de profundidade eminentemente psíquica, o direito não pode servir como instrumento realizador de vingança ou lenitivo de um coração magoado. Mais complexa ainda, aliás, é a zona cinzenta entre namoro e união estável, o que levou o brasileiro a criar a curiosa figura do contrato de namoro, [...] que se trata de um negócio celebrado por duas pessoas que mantêm relacionamento amoroso — namoro, em linguagem comum — e que pretendem, por meio da assinatura de um documento, a ser arquivado em cartório, afastar os efeitos da união estável (GAGLIANO, 2018, p. 144).

Essa “zona cinzenta entre namoro e união estável” (GAGLIANO, 2018, p.144) a que se refere o autor representa exatamente a linha tênue a que se aludiu anteriormente. Impende, então, enfatizar, que a diferença entre união estável e namoro repousa preponderantemente sobre o ânimo de constituir família, salientando-se que a união estável se encontra num passo mais avançado, vez que já reconhecida como entidade familiar, que enseja efeitos pessoais e

patrimoniais.

O claro objetivo, então, do contrato de namoro, nas melhores palavras de Maria Berenice Dias (2010), é o de “assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro” (DIAS, 2010, p. 178).

O firmamento dessa espécie de contrato é possível, contanto que sejam observados os elementos que orientam a elaboração dos contratos, posto que é irrefutável a liberdade de contratar. Fala-se, então, em um contrato bilateral (estipulado entre duas partes), que contenha o elemento volitivo, celebrado por pessoas capazes, cujo objeto (namoro) seja lícito, possível e determinado, e sua forma, em que pese não prescrita em lei, não seja por ela vedada, vez que se enquadra como um contrato atípico. Além disso, deve-se ressaltar que o contrato de namoro é opcional entre as partes. Não sendo obrigatório para a caracterização de um namoro.

Trazendo todas essas questões ao contexto atual, a saber, ao contexto da pandemia ocasionada pela Covid-19, é certo que imperam reflexos passíveis de discussão.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, um surto da doença coronavírus (COVID-19) estabelecendo uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE, 2020).

No Brasil, em 20 de março de 2020 entrou em vigor o Decreto nº6, de 2020 pelo qual foi declarado o estado de calamidade pública, ocasionando grandes mudanças com o objetivo de contenção do novo coronavírus. Dentre elas as estabelecidas pela Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 que prevê que:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (BRASIL, 2020).

Uma das medidas mais incisivas adotadas para combater a proliferação da doença viral foi o isolamento social, em que muitas pessoas viram-se obrigadas a permanecer mais tempo em suas casas, evitando contato físico com outros indivíduos que não os de seu íntimo convívio. Nisso, aqueles que já conviviam em união estável assim permaneceram; mas também há aqueles que, por questão de praticidade do dia a dia, que mantinham relacionamento de namoro,

passaram a compartilhar a convivência durante a quarentena.

Junto com essas mudanças, sobreveio o receio de que referida convivência (ainda que forçosa), configurasse a união estável e, por derradeiro, desse ensejo aos efeitos que dela decorrem.

Segundo matéria de Beatriz Olivon (2020), o Conselho Federal do Colégio Notarial do Brasil, já vem observando a procura do contrato de namoro durante a pandemia, sendo registrados entre os meses de abril e junho deste ano seis contratos de namoro.

Durante a pandemia, casais que optaram por cumprirem o isolamento social juntos, em regra, configuram o namoro. Somente caracterizando a união estável se conter o *affectio maritalis*.

Não há impedimentos legais para que esse tipo de contrato de namoro seja celebrado. No entanto, ao analisar seus efeitos práticos, uma observação necessita ser levada em consideração: não há como obstar eventual caracterização de uma união estável, cuja configuração decorre de elementos fáticos que superam estipulações por escrito, não podendo, portanto, sofrer restrições por negócios jurídicos, como os contratos.

Tanto que, pela regra da primazia da realidade, um contrato de namoro não terá validade se, de fato, a união tiver sido estável (BRASIL, 2017).

Carlos Roberto Gonçalves (2005) esclarece que a união estável “é um fato jurídico, um fato da vida, uma situação fática, com reflexos jurídicos, mas que decorrem da convivência humana” (GONÇALVES, 2005, p. 564). Assim, sequer um contrato de namoro pode impedir seu reconhecimento.

Por outro lado, urge esclarecer que, em situação de pandemia, deve-se ressaltar que não basta, por conseguinte, a mera convivência do casal para que se configure a união estável. Caso não haja o *animus* de constituição de família, prevalecem as condições de relacionamento de namoro, motivo pelo qual a convivência motivada pela pandemia não deve causar, por si só, maiores desatinos pelo temor de que se configure uma união estável.

Por mais intensos que sejam, os namoros, por si só, não têm o condão de se converter em uma modalidade familiar.

Corroborando com tal entendimento a enriquecedora fala de Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018):

Percebe-se, portanto, a tênue e sutil fronteira existencial entre um simples namoro – relação instável sem potencial repercussão jurídica – e uma relação de

companheirismo – relação estável de família com potencial repercussão jurídica. E, precisamente por conta do receio de caírem na malha jurídica da união estável, muitos casais brasileiros convencionaram celebrar, em Livro de Notas de Tabelião, o denominado “contrato de namoro”, negócio jurídico firmado com o nítido propósito de afastar o regramento do Direito de Família. Mas, conforma já observado ao longo deste capítulo, a união estável é um fato da vida e, como tal, se configurada, não será uma simples declaração negocial de vontade instrumento hábil para afastar o regramento de ordem pública que rege este tipo de entidade familiar. Pensamos, com isso, que o inusitado contrato de namoro poderá até servir para auxiliar o juiz a investigar o *animus* das partes envolvidas, mas não é correto considerá-lo, numa perspectiva hermética e absoluta, uma espécie de “salvo-conduto dos namorados” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 1314).

Decerto que a aferição da incidência do fator *animus maritalis* deve ser feita, com prudência, pelo julgador no caso concreto. Cite-se um exemplo de julgado em que o relacionamento posto *sub judice* ostentava meros contornos de namoro, o que não era suficiente para caracterizar a união estável:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. Para a caracterização da união estável é imprescindível a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir família. O relacionamento que ostenta apenas contornos de um namoro, ainda que duradouro, sem atender aos requisitos do art. 1725, não caracteriza união estável. Apelação desprovida (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

No mesmo sentido, tem-se a decisão fundamentada pelo STJ, nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 1.149.402 – RJ, *in verbis*:

Analisando minuciosamente os documentos acostados aos autos, verifica-se que a relação do Autor com a falecida servidora não configura união estável, mas **namoro qualificado, um tipo de relação bastante comum atualmente e que pode ser - como vem sendo - facilmente confundido com a união estável, devido às semelhanças que possui com ela no que tange aos requisitos objetivos.**

De fato, é comum encontrar, hodiernamente, namorados residindo juntos por circunstâncias da vida e interesses particulares, frequentando as respectivas casas, viajando juntos, hospedando-se nos mesmos quartos de hotéis, participando da vida familiar um do outro, usando alianças (que não são mais exclusividade de noivos e casados), compartilhando contas bancárias e fazendo poupança juntos, algumas vezes até com a intenção de formarem uma família no futuro.

[...]

Tanto a união estável quanto o namoro qualificado são relações públicas, contínuas e duradouras, sendo que, na união estável, a família já está constituída e afigura um casamento durante toda a convivência, porquanto, nela, a projeção do propósito de constituir família é para o presente (a família existe efetivamente), enquanto, no namoro qualificado, se há uma expectativa de constituição de família, é projetada para o futuro, através de um planejamento de formação de um núcleo familiar, que poderá ou não se concretizar. No namoro qualificado, o casal faz planos para o futuro, mas ainda não vive como uma família. **O requisito subjetivo, então, é que distingue a união estável do namoro qualificado, devendo ser aferido caso a caso, valorando-se juridicamente os fatos. O elemento diferenciador substancial entre a união estável e o namoro qualificado é a *affectio maritalis*, a intenção de constituir família** (BRASIL, 2017) – Destacamos.

Portanto, o requisito subjetivo é o essencial para a distinção entre os institutos do namoro qualificado e da união estável. Devendo ser analisado caso a caso, observando-se os fatos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, entende-se que, a congruência de todos os fatores objetivos previstos no CC/02 para a caracterização da união estável (como a publicidade e a continuidade) não acarretaria, necessariamente, a sua declaração como esse instituto, mas tão somente indicaria a existência de um relacionamento amoroso entre as partes. Portanto, o elemento subjetivo, a saber, o intuito de constituir família, seria o marco essencial para a diferenciação.

Dessa forma, o contrato surge com o objetivo de proteger e garantir os direitos individuais das partes na proporção dos avanços afetivos entre elas. Os contratos podem ser assinados tanto de forma privada com firma reconhecida em cartório como também podem ser feitos no cartório de notas.

A possibilidade jurídica de utilização dos contratos de namoro durante a pandemia são analisados diante do fato concreto. Desde que comprovada a sua veracidade e conformidade com as previsões jurisprudenciais e legais serão considerados válidos.

Conclui-se, assim, que a melhor ponderação é a que será fruto da apreciação do caso concreto, permitindo-se aferir se determinado relacionamento está revestido pelo elemento *affectio maritalis*, imprescindível para a diferenciação entre mero namoro e união estável.

Apesar dos avanços da interpretação sobre as relações interpessoais e sobre a *affectio maritalis*, observa-se que essa temática não se esgota em considerações objetivas. Pelo contrário, requer a detalhada análise da vida pessoal e social do casal, o que explica as divergências entre os tribunais.

Por ora, e ainda que abstratamente, quem procura assegurar-se por via de contrato de namoro em tempos de pandemia não deve se atemorizar, haja vista tratar-se de situação que necessita de um olhar que pondere as circunstâncias excepcionais do atual contexto vivenciado.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Antonio Ivo. **A união estável em tetos diferentes sob o manto da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal e dos artigos 1.723 e 1.725 do Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/67498/a-uniao-estavel-em-tetos-diferentes-sob-o-manto-da-sumula-382-do-supremo-tribunal-federal-e-dos-artigos-1723-e-1725-do-codigo-civil-brasileiro>. Acesso em: 10 de jul. 2020, às 14h.

BIROLI, Flávia. **Família: novos conceitos.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2014.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 12 de jul. 2020, às 10h.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de jul.2020, às 09h.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 12 de jul.2020, às 09h.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 13 de ago. 2020, às 23h.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº6, de 2020.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decreto-legislativo-2020-coronavirus.pdf>. Acesso em: 13 de ago. 2020, às 22h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 382.** Precedentes: RE 49212; RE 2004. Brasília, DF, 03 de abril de 1964. Diário da Justiça, Brasília-DF, 08 de maio de 1964, p. 1237; 11 de maio de 1964, p. 1253; 12 de maio de 1964, p. 1277. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 14 de jul. 2020, às 10h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277.** Requerente: Procurador-Geral da República. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 13 de outubro de 2011. Diário de Justiça, Brasília- DF, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 15 de jul. 2020, às 15h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132.** Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Coautor: Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 13 de outubro de 2011. Diário de Justiça, Brasília- DF, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 15 de jul.2020, às 16h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 878.694/MG, Informativo nº 864.** Recorrente: Maria de Fatima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outros. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 18 de maio de 2017. Diário de Justiça, Brasília- DF, 22 de maio de 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>. Acesso em: 11 de jul. 2020, às 19h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1454643 RJ 2014/0067781-5.** Recorrente: M A B. Recorrido: P. A. DE. O. A .B. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 3 de março de 2015. Diário da Justiça, Brasília- DF, 10 de março de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178417344/recurso-especial-resp-1454643-rj-2014-0067781-5>. Acesso em: 15 de jul. 2020, às 10h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.263.015/RN 2011/0143716-0.** Recorrente: S G DA S. Recorrido: J. H. F. DE. S. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19 de junho de 2012. Diário da Justiça, Brasília- DF, 26 de junho de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22271865/recurso-especial-resp-1263015-rn-2011-0143716-0-stj/inteiro-teor-22271866?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 de jul. 2020, às 11h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Resp. nº 1.149.402 – RJ**. Agravante: Rubens da Lyra Pereira. Agravado: União. Rel. Min. OG Fernandes. Brasília, DF, 12 de setembro de 2017. Diário da Justiça, Brasília- DF, 15 de setembro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/499312520/agravo-em-recurso-especial-aresp-1149402-rj-2017-0196452-8/decisao-monocratica-499312535?ref=serp>. Acesso em: 15 de jul. 2020, às 18h.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 15 de jul. 2020, às 18h.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 178.

FARIAS *et al.* **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 5 ed. Editora: Juspodivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil: volume único**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GODOY *et al.* **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso**. 9 ed.rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2013, p. 1138.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. Editora Saraiva, 2013.

OLIVON, Beatriz. **Busca por contratos de namoro aumenta durante a pandemia**. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/valor.globo.com/google/amp/legislacao/noticia/2020/07/22/busca-por-contratos-de-namoro-aumenta-durante-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 11 de ago. 2020, às 20h.

OLIVEIRA, Euclides de. **A escala do afeto no Direito de Família: ficar, namorar, conviver, casar**. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/13.pdf. Acesso em: 11 de ago. 2020, às 14h.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Folha Informativa- COVID-19 (doença causada pelo coronavírus)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 13 de ago. 2020, às 21h.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70064765647/RS**. Apelante: D.E.P.V. Apelado: G.A.S. Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, RS, 20 de julho de 2017. Diário da Justiça, Porto Alegre- RS, 24 de julho de 2017. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/480555451/apelacao-civel-ac-70073665267-rs>. Acesso em: 12 de jul. 2020, às 18h.

SATIL, Priscila de Araújo. **Diferenciação entre União Estável e Namoro Qualificado**. Web Artigos, 2011. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/diferenciacao-entre-namoro-qualificado-e-uniao-estavel/79824/>. Acesso em 10 de jul. 2020, às 12h.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação com Revisão nº 570.520.5/4, Acórdão nº 3543935 de São Paulo**. Rel. Des. Rebouças de Carvalho. São Paulo, SP, 04 de março de 2009. Diário de Justiça, São Paulo-SP, 30 de abril de 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/60287904/djsp-judicial-1a-instancia-capital-14-10-2013-pg-2758?ref=serp>. Acesso em: 15 de jul.2020, às 21h.

VELOSO, Zeno. **Direito Civil: temas**. Belém: ANOREGPA, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** família. 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5)

PANDEMIA, MAIS QUE UM FATO, UMA AMEAÇA: CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E ASPECTOS ECONÔMICOS DA GARANTIA À SAÚDE

PANDEMIC, MORE THAN A FACT, A THREAT: DIRECT CONSTITUTION AND ECONOMIC ASPECTS OF HEALTH GUARANTEE

Lísia Emanuelle Rodrigues Almeida

Faculdade Independente do Nordeste - FAINOR
lialmeida61@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4895601488533677>

Ana Luiza Brito Viana

Faculdade Independente do Nordeste - FAINOR
albritoviana@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5787187153969556>

José Carlos Melo Miranda

Faculdade Independente do Nordeste - FAINOR
adv.josecarlos@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7794861819634142>

RESUMO: A previsibilidade da pandemia que hoje mobiliza pesquisas no mundo inteiro em busca de reduzir contágio e mortalidade é uma oportunidade de refletir sobre a prevenção como elemento indissociável da garantia à saúde. Nesse sentido, é essencial discutir aspectos econômicos e sociais que podem ter contribuído para o cenário presente, incluindo na análise, conceitos e posicionamentos do jurista Gomes Canotilho, formulador da teoria finalística adotada pela constituinte de 1988. A referência ao autor elucida a importância de atribuir caráter inconcluso para as proposições constitucionais e a necessidade de adaptá-las aos contextos históricos presentes e aos que se estimam para o futuro, outra relevante reflexão possível a partir dos posicionamentos de Canotilho é sobre a vinculação nos termos de uma constituição programática. Há que se atribuir pertinente destaque para as frequentes indicações das ciências biológicas e sociais de que um agente patológico estaria para ser exposto à humanidade de modo tão significativo. Abordar os fatores decorrentes da inobservância de tais previsões resultou em uma pesquisa bibliográfica, descritiva e qualitativa, onde ainda foi pertinente considerar a importância das propostas que pensam uma nova forma de relacionamento com a natureza e um novo paradigma para a visão nacional da saúde em seu caráter preventivo. O reconhecimento das restrições da iniciativa privada para custear pesquisas preventivas reafirma a necessidade do estado assumir o papel de garantidor de direitos.

Palavras-chave: Dirigente. Financiamento. Pandemia. Pesquisa. Prevenção.

ABSTRACT: The predictability of the pandemic that today mobilizes research worldwide in order to reduce contagion and mortality is an opportunity to reflect on prevention as an inseparable element of health guarantee. In this sense, it is essential to discuss economic and social aspects that may have contributed to the present scenario, including the analysis, concepts and positions of jurist Gomes Canotilho, formulator of the finalistic theory adopted by the 1988 constituent. The reference to the author elucidates the importance of attributing an inconclusive character for the constitutional propositions and the need to adapt them to the present historical contexts and those that are estimated for the future, another relevant possible reflection based on Canotilho's positions is on the link in terms of a programmatic constitution. It is necessary to attribute a relevant emphasis to the frequent indications from the biological and social sciences that a pathological agent would be exposed to humanity in such a significant way. Addressing the factors resulting from the non-observance of such predictions resulted in a bibliographic, descriptive and qualitative research, where it was still pertinent to consider the importance of the proposals that think a new form of relationship with nature and a new paradigm for the national vision of health in its preventive character. Recognizing the restrictions of the private sector to fund preventive research reaffirms the need for the state to assume the role of guarantor of rights.

Keywords: Financing. Leader. Pandemic. Prevention. Search.

INTRODUÇÃO

A excepcionalidade de uma crise sanitária trouxe consigo problemas contemporâneos à tal realidade e evidenciou condições antigas. Em ambos os casos as ciências jurídicas, comunicando-se com outras esferas de conhecimento, têm muito que discutir.

Após estudos referentes ao contexto trazido pela COVID-19, é natural a referência com outras experiências similares acontecidas a não tanto tempo assim. Cientistas das áreas biológicas, infectologistas e aqueles que se dispõem a estudar a sociedade capitalista através de ciências sociais já alertavam a algum tempo sobre a possibilidade de um agente biológico desconhecido ameaçar a humanidade. Não seria algo inédito, uma vez que a “história oficial” já relata uma cíclica incidência de guerras e pestes (ElPaís, 2020) (Plos Pathogens, 2017) (Acosta, ‘Bem Viver’, edit. Elefante, 2016).

Em 1918, o ano fim da Primeira Guerra Mundial, a humanidade foi novamente ameaçada pela praga, que ficou conhecida como a “Gripe Espanhola”. O nome, sobre o qual entrou para a história, por si, já denota o quanto a economia e outros complexos fatores são relevantes para analisar a conjuntura social que se constrói. Apesar de não se saber exatamente onde se iniciaram os contágios, os primeiros casos da mutação do vírus INFLUENZA foram

diagnosticados, não na Espanha, mas nos Estados Unidos da América (EUA). Coincidentemente, com as suas experiências na primeira guerra e consolidação como potência econômica após a segunda, o país não é imediatamente associado a 50 milhões de mortos (TASCHNER, Veja Saúde, 2020).

Tendo havido previsões de ciências aparentemente tão distintas a respeito de uma potencial pandemia com aspectos econômicos imediatos, como é possível justificar países com significativos investimentos em ciência passando por experiências em níveis surpreendentemente semelhantes a outros países com economias menos desenvolvidas? Como o Brasil, na vigência da Constituição de 88, que assegura como direito social o acesso à saúde, não esteve à frente do desenvolvimento de pesquisas para prevenir e conter o avanço de uma crise sanitária?

Biologia, economia e constituição dirigente podem impulsionar algumas reflexões a respeito.

1. A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E AS GARANTIAS (Canotilho, 1982)

O constitucionalismo surgiu para restringir poder absolutista através de um documento contendo estrutura de estado, organização, formas de obter e exercer poder, além de limites para sua atuação (GUEDES, ConJur, 2012).

A teoria da constituição dirigente ou programática tem como elemento primordial o direcionamento trazido em metas pró-futuro. A primeira experiência de uma constituição com tal finalidade foi a partir da proposta do José Joaquim Gomes Canhotilho, jurista português, e se materializou inicialmente na constituição de seu país (JusBrasil, 2014).

As críticas a tal formulação vieram da ala tradicional, a exemplo de Eloy Garcia (1998), que acusava o texto constitucional Português de ter um caráter dúplice, como se existissem duas constituições em uma, de um lado a liberal e de outro a dirigente, teoricamente autoritária, sendo assim incompatíveis (GUEDES, ConJur, 2012) (Anuário de Derecho Constitucional y Parlamentario, 1998, p. 32.).

Em meio às polêmicas, Canotilho (1982) compartilha seu posicionamento em sua tese de doutorado intitulada “*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*”, em que trata, como sugere o nome, a respeito da vinculação quanto as normas programáticas. O objetivo foi

conceituá-las não como promessas ou meros preceitos políticos desprovidos de vinculação, como assinalava a doutrina conservadora, mas como normas com o mesmo valor jurídico que as outras dispostas no texto constitucional (GUEDES, ConJur, 2012).

Entre 1987 e 1988, após 21 anos de regime militar (de 1964 a 1985), o Brasil assume o compromisso de solidificar uma república democrática através de uma Carta Magna que resguardasse os interesses do cidadão. É nesse contexto histórico, após anos de limitações de direitos e repressão, que o país importa de Portugal a teoria, tendo como objetivo proteger o povo de qualquer afronta a suas garantias individuais e sociais (Ambito Jurídico, 2007).

A Constituição brasileira de 1988 consolidou os direitos fundamentais e estabeleceu limites para os três poderes e expressa o caráter programático dispondo sobre objetivos fundamentais da república em seu artigo terceiro:

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.

Consagram-se então como objetivos da República Federativa do Brasil os ditos supracitados, realizações compatíveis com o exercício da democracia. É relevante apontar também que a conceituação de programática não exclui os elementos de garantia, abarca normas com ambas finalidades. Destaca-se o artigo 5º, que dispõe sobre direitos e garantias fundamentais, trazendo reforço quanto ao caráter garantista do artigo, o seu parágrafo primeiro, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”:

Art. 5; CF:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

2. A MORTE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE (Canotilho, 2001)

Em 2001, na edição revisada do seu livro publicado pela Universidade de Coimbra, Canotilho (2001) surpreendeu com algumas considerações inéditas a respeito da constituição programática relacionadas a atualização de sua teoria em relação à realidade de Portugal. Alguns constitucionalistas interpretaram como o anúncio da “morte da constituição dirigente”, abandonada pelo próprio criador (JusBrasil, 2014).

Foi então necessário que o jurista se posicionasse quanto ao seu novo entendimento. Ele reafirmou a importância de considerar a realidade histórica e de que a sua teoria não pode ser considerada como conclusiva, uma vez que se encontra em constante adaptação. Então indicou que a realidade de Portugal mudou consideravelmente desde a promulgação da carta magna, carecendo de um novo olhar sobre as normas programáticas (JusBrasil, 2014).

Ao se analisar a realidade do Brasil, um país que carrega ainda tantas dívidas históricas e injustiças sociais, tem-se que vislumbrar a importância jurídica do texto da CRFB/88 ao legitimar anseios por maior equidade. É interessante considerar essa reflexão de Canotilho e interpretar o texto constitucional como um instrumento para exercício de metas que estão em constante adaptação (JusBrasil, 2014).

O cenário de uma crise sanitária de nível pandêmico, que já era amplamente prevista (Plos Pathogens, 2017), traz questionamento a respeito da possibilidade de reivindicação ampla do direito a saúde sobre a égide de uma constituição programática, e questiona aspectos econômicos referentes aos interesses que permeiam o contexto (Plos Pathogens, 2017).

As garantias trazidas pelo texto constitucional estão amparadas pelo entendimento do seu autor principal, de que geram responsabilidade e vinculam o legislador a meios de promover efetivação. A tese de Canotilho (1982/2001), mais uma vez, protagoniza reflexão a respeito da vinculação gerada pelo preceito dirigente da Constituição. Questiona-se então como a prevenção, para além do tratamento, deveria ser interpretada como direito nos parâmetros da saúde nacional (JusBrasil, 2014).

3. PARADIGMA DA SAÚDE NO BRASIL

Em 2014, através de uma parceria entre o Ministério da Saúde e a Universidade Federal do Ceará, foi produzida a *Caderneta Humaniza SUS*, fornecendo vastas informações para entender o processo de formação da consciência social quanto à saúde (Rede Humaniza SUS, 2014).

Antes de 1980 a saúde no Brasil era imediatamente associada à anatomia patológica, o interesse do médico foi se voltando para explicação de doenças através da busca por lesões. Nesse sentido, a saúde foi entendida em contraposição a ideia de doença, negligenciado o caráter preventivo (Rede Humaniza SUS, 2014).

No ano de 1984 a Organização Mundial da Saúde (OMS) conceituou a saúde como bem-estar, isso representa a adoção de um sentido amplo, considerando o sujeito, além de favorecer políticas públicas que atendam a modelos mais abrangentes (Rede Humaniza SUS, 2014).

Durante o processo de redemocratização no Brasil surge uma movimentação social que resultaria no reconhecimento da saúde como direito. O Movimento da Reforma Sanitária, apresentada com diversas nomenclaturas, atingiu uma importante conquista quando a Constituição Brasileira de 1988 reconheceu o direito à saúde e defendeu diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) (Rede Humaniza SUS, 2014).

O tratamento específico a saúde é trazido como direito social e disposto a partir do artigo 6º e seguintes da Constituição Federal.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A prevenção como meio de garantia e concretização do acesso à saúde é trazida pelos artigos que tratam de orientar políticas sociais, como dispostos nos artigos da Carta Magna a seguir:

Art. 196. 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.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Compreendendo que saúde, abrangendo prevenção, é garantia social e que o Estado Brasileiro se compromete em assegurar ao seu povo, os recorrentes indícios e avisos do que estaria por assolar o mundo a partir do ano de 2019 deveriam ser o bastante para o Estado validar o seu papel como garantidor dos direitos e investir em medidas preventivas (CRFB/88) (Plos Pathogens, 2017).

Nos termos de uma Constituição programática, seria viável reivindicar o direito à saúde, trazido como direito social pela Constituição, na iminência de uma crise sanitária. Além disso, cobrar investimentos em pesquisas científica e medidas preventivas favoráveis à saúde pública seria legítimo e necessário (CRFB/88).

Isso quer dizer que sendo cientificamente provável que tais eventos ocorreriam para esta ou para as próximas gerações, caberia, nos termos de entendimentos desenvolvidos a respeito da presente Constituição, uma reivindicação ampla, assegurando que o poder público esteja efetivamente resguardando a saúde do seu povo com políticas de saúde PREVENTIVA, e não apenas buscando medidas para tratamento ou contenção após um grande surto, como está sendo o desenvolvimento de vacinas (CRFB/88) (Plos Pathogens, 2017).

4. A PREVISIBILIDADE DA PANDEMIA

4.1 Quem alertou sobre a iminência de uma crise sanitária em tal magnitude?

Uma publicação de novembro de 2007 em “PLOS PATHOGENS” compartilha com o mundo a descoberta que poderia ter sido um grande alerta para a iminência de uma pandemia, que hoje é enfrentada como fatalidade (Plos Pathogens, 2017).

Cientistas do Instituto de Virologia de Wuhan, na China, detectaram um grande número de corona vírus relacionados à SARS (SARSr-CoV- causador da atual pandemia da COVID-19) em morcegos-ferradura desde 2005 em diferentes áreas da China. O mesmo artigo dispõe que células foram identificadas com diferentes sequências de proteína, que então seriam capazes de ter o corpo humano como receptor. Ademais, especifica que o seu objetivo é informar sobre a origem e a evolução do vírus, além de enfatizar a necessidade de

preparação para o surgimento futuro de doenças relacionadas ao agente (Plos Pathogens, 2017).

Ainda seguindo as previsões baseadas em pesquisas biológicas, em 2012, David Quammen (2012) - escritor americano de ciência, natureza e viagens, autor de quinze livros - compartilhou parte de suas experiências pesquisando sobre zoonóticas (infecções animais transmissíveis para humanos) em seu livro “Spillover: Animal Infections and the Next Human Pandemic”¹, obtendo a atenção da imprensa mundial como o “homem que previu a catástrofe” (ElPaís, 2020).

Após a pandemia atual, o autor refletiu em uma entrevista sobre algumas questões muito pertinentes a respeito da presente crise. Ele define o cenário como responsabilidade humana, trata a respeito da relação humana com a natureza, bem como a forma de vestir, morar e comer, além de apontar o fluxo de pessoas em viagens favorecendo a disseminação do vírus e ressaltar que os animais selvagens, em geral, não são inimigos, nem ameaças (ElPaís, 2020).

O autor aponta para o desinteresse dos governantes em reagir a uma provável ameaça biológica. A incerteza quanto ao momento e relativização do ideal de saúde pública justificam a inércia dos políticos e indústria farmacêutica de investirem em prevenção. A classe política não estaria disposta a investir em prevenção de uma pandemia que esteja para acontecer após o seu mandato, e os investimentos da indústria farmacêutica acompanham as orientações do mercado (ElPaís, 2020).

Bill Gates em uma palestra no ano de 2015 expôs para o Ted Talks suas reflexões bastante plausíveis sobre a iminência de um agente biológico que representaria uma ameaça global. O título da palestra em questão foi "O próximo surto? Não estamos preparados" e nela o empresário apontou que a maior catástrofe que poderia acontecer estaria em forma de vírus altamente infeccioso. Além disso, ele alerta para o fato de haver pouco investimento em sistema para barrar epidemia, impedindo que se torne pandemia, e compara com a realidade de investimentos consideráveis em armas nucleares (Ted, 2015).

4.2 Como ciências humanas estão vinculadas a esses estudos?

Autores de ciências humanas e críticos de uma ideia de desenvolvimento baseada nos parâmetros do capital, ressaltam, há muito tempo, os problemas relacionados ao consumo

¹ “*Spillover: infecções animais e a próxima pandemia humana*” (tradução livre).

desenfreado e destacam a interação inconsciente com a natureza como insustentável para o planeta, propondo algumas alternativas (ElPaís, 2020) (Acosta, 'Bem Viver', edit. Elefante, 2016) (Foer, 'Comer Animais', 2009).

As cidades cada vez maiores, a intervenção nos ciclos naturais, o consumo inconsciente de animais - responsáveis pela maioria das transmissões-, e outros fatores que podem trazer a dimensão social da crise biológica, ressaltam uma série de questões que devem ser repensadas, como destacou David Quammen (2012) na entrevista supracitada divulgada pelo El País em 19 de abril de 2020 (ElPaís, 2020).

Entre os diversos autores das ciências sociais que trazem contribuições pertinentes ao apontarem as problemáticas do sistema e se dispõem a pensar uma nova forma de organização, podemos considerar Alberto Acosta, economista e político que pôs os Direitos da Natureza na Constituição do Equador, causando um efeito inédito no mundo (Acosta, 'Bem Viver', edit. Elefante, 2016).

O seu livro chegou ao Brasil em 2016 com o título "Bem Viver" e se destacou desde então nos debates ocorridos sobre o tema, principalmente por ter sido publicado no país poucos meses após a tragédia de Mariana, no Estado de Minas Gerais, evento que mostrou uma série de aspectos econômicos e sociais relacionados aos crimes ambientais (Acosta, 'Bem Viver', edit. Elefante, 2016).

O livro é uma referência para compreender a inviabilidade das prioridades estabelecidas pelo sistema, os riscos de estimar os aspectos econômicos em detrimento do coletivo social e ainda remete à necessidade de reflexão mais profunda sobre todos os elementos vinculados a presente crise (Acosta, 'Bem Viver', edit. Elefante, 2016).

Jonathan Safran Foer (2009), considerado uma das "Pessoas do Ano" da revista Rolling Stone e "Melhores e Mais Brilhantes" da Esquire, em seu livro intitulado "Comer animais" investiga as raízes culturais, sociais e econômicas do consumo de carne. O número de infecções relacionadas aos hábitos alimentares não pode estar fora das discussões sobre prevenção de doenças infecciosas, o incentivo ao hábito alimentar vegano é rico de argumentos e é tema defendido pelo autor como estratégia contra as crises sanitárias (Foer, 'Comer Animais', 2009).

5. ASPECTOS POLÍTICOS, E ECONÔMICOS E A INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

As perspectivas de infecção generalizada eram tão conscientes que não poderiam ser ignoradas. A crise sanitária e a postura do setor público apresentam relevantes questões econômicas.

Aspectos financeiros são pertinentes para analisar o comportamento hesitante da indústria farmacêutica quanto à pesquisa preventiva. As perspectivas de risco desestimulam os investidores e as empresas ficam sem fundos para se manterem no mercado, há algum tempo o setor delimitou sua área de atuação considerando as potencialidades lucrativas imediatas (Ictq, JACOBS, 2016).

Algumas das maiores indústrias farmacêuticas dos EUA abandonaram o ramo das pesquisas para se dedicarem ao lucrativo setor de produção de medicamentos para conter ansiedade, impotência masculina, entre outros. O sistema adoce as pessoas com uma lógica de produtividade e o mesmo lucra com o fornecimento de paliativos para dormir (Ictq, JACOBS, 2016).

As dificuldades de permanecer no ramo da pesquisa são expressas pela realidade das fabricantes de antibióticos, a exemplo da Achaogen e da Aradigm que faliram, da Novartis e Allergan que abandonaram a área. A insolvência é um risco presente para as empresas que ainda perduram no ramo de antibióticos (Ictq, JACOBS, 2016).

Há muito tempo a possibilidade de elaboração de antivirais e antibióticos universais vem sendo considerada, mas o investimento em pesquisa desse tipo custa caro e exige tempo. Como exemplo a empresa de biotecnologia Achaogen que dedicou 15 anos e US\$1 bilhão (R\$ 4 bilhões) para conseguir a aprovação de um produto para combater infecções do trato urinário (Ictq, JACOBS, 2016).

Considerando o custo exorbitante e a iniciativa privada cada vez mais voltada para o objetivo primordial do sistema capitalista, o lucro, a iniciativa de financiar tais pesquisas carece de subsídios do governo. Como alternativas para concretizar essa participação podem ser consideradas: aumentar os reembolsos às empresas pela criação de antibióticos novos, verbas federais para formar e armazenar estoques grandes de medicamentos eficazes contra micróbios multirresistentes, e incentivos financeiros para atrair de volta as gigantes do setor farmacêutico.

Mike Davis (2020), já reforçou o entendimento neste sentido em um material publicado após a infecção já ter atingido o caráter de epidemia na China. O escritor e ativista político conclui que existindo esse desestímulo no mercado caberia então aos governos e organizações sem fins lucrativos assumirem a responsabilidade de distribuição e fabricação dos medicamentos frutos de pesquisas complexas. A sobrevivência dos pobres, ressalta ele, deve ser prioridade maior que os lucros (Observatório das Metrópoles, 2020).

Além disso, ele aponta efeitos diferentes da crise em decorrência das desigualdades sociais, a classe economicamente mais favorecida estaria tendo suas necessidades respeitadas com *home office* e sendo atendidas pelos aplicativos de entrega, já a massa de trabalhadores está sendo sujeita a uma exposição diária, evidenciando quem sustenta a economia. Tudo isso sobre o falso argumento de “estamos todos no mesmo barco”, mas a crise atinge de formas diferentes a depender da classe social (Observatório das Metrópoles, 2020).

Na capital de São Paulo, a prefeitura divulgou dados do dia 26 de abril de 2020 que expõem a desigualdade. O número de infectados em bairros nobres foi significativamente superior, mas na periferia estava concentrado o maior número de mortes, onde Brasilândia liderava com 55 (cinquenta e cinco) óbitos no total (SOUZA, Uol, 2020).

No dia 28 de abril de 2020, a partir de dados do Ministério da Saúde, Worldometers divulgou resultados referentes ao número de casos no mundo e o Brasil liderava com 26.417 casos (vinte e seis mil quatrocentos e dezessete), seguido pelos EUA com 19.680 casos (dezenove mil seiscentos e oitenta). O mais surpreendente é que na combinação de dados, considerando o número de testes por mil habitantes, o Brasil estava na quarta posição com 4,1, precedida pelo Chile com 27,7, o que poderia ser um forte indício de que o número de casos era muito superior que o divulgado. Esse era o cenário ainda na gestão do ministro Nelson Teich. Antes de completar um mês no cargo, no dia 15 de maio do presente ano, Teich deixou o ministério da saúde e desde então (10 de junho), não foi anunciado um substituto (Worldometers, 2020).

Isso deve ser analisado considerando uma série de eventos que estão se desenvolvendo na política do Brasil e do mundo há algum tempo. Nos EUA o presidente Donald Trump já havia cortado orçamento do Centro de Controle de Doenças, dissolveu o grupo de trabalho sobre pandemias no Conselho Nacional de Segurança e decidiu cortar todo o financiamento da pesquisa, inclusive sobre as mudanças climáticas (THE WASHINGTON POST, 2018).

Na primeira revisão orçamentária do ano de 2019, o Presidente do Brasil formalizou em decreto o congelamento de verbas destinadas à Saúde, Educação e Cidadania, bem como de outros ministérios. Na saúde o congelamento foi de R\$ 599 bilhões, na Cidadania o bloqueio foi de R\$ 1,050 bilhão e a Educação sofreu uma redução de R\$ 5,839 bilhões (25% do valor previsto no orçamento) (UOL, 2019).

CONCLUSÃO

Foi possível desenvolver algumas reflexões a respeito do caráter econômico, político e social de uma crise sanitária em tal magnitude. Compreendendo os alertas científicos sobre o risco de infecção, as considerações insistentes de cientistas sociais sobre as problemáticas do sistema econômico e político que priorizam lucro, e o apontamento quanto às omissões dos mais variados setores. É possível formular uma relação entre a relativização da garantia à saúde, negligenciando pesquisas preventivas e a possibilidade de vinculação constitucional.

O perfil das infecções disseminadas pelo mundo apresenta a vulnerabilidade humana em relação à alimentação. Tanto a COVID-19 hoje, quanto diversos vírus que tomaram um grande número de pessoas, atingiram a espécie humana através de hábitos alimentares. É importante refletir quanto à relação das mais variadas infecções com a alimentação e apontar os seus países de origem para superar considerações preconceituosas com relação ao consumo de animais especificamente incomuns ao paladar ocidental, como a relação do morcego com a COVID.

Considerando as particularidades relacionadas a pesquisa preventiva e a necessidade de materializar o dever de assegurar a saúde, algumas interpretações de situações passadas são muito atuais, o próprio Mike Davis remete a considerações antigas feitas na situação da gripe aviária, ele retoma como atual a defesa de que o interesse de investir em saúde, priorizando setores menores na iniciativa privada, é dos governos. Há 15 anos ele escreveu em ‘O monstro bate à nossa porta: a ameaça global da gripe viária’ que o acesso a medicamentos, incluindo antibióticos e antivirais, deve ser um direito humano sem custos (Observatório das Metrópoles, 2020).

REFERÊNCIAS

J.J. Gomes Canotilho, *El Derecho Constitucional como um compromisso permanentemente renovado*, (entrevista a Eloy Garcia) in **Anuário de Derecho Constitucional y Parlamentario**, (1998), p. 32.

GUEDES, Néviton. *Professor Canotilho e sua Constituição Dirigente*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-12/constituicao-poder-professor-canotilho-constituicao-dirigente>> acessado em 08 de julho de 2020

ACOSTA. Alberto - O bem viver. Editora Elefante, 2016.

El país- *A era do veganismo: o fim dos prazeres da carne*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/29/eps/1548772174_224933.html> acessado em 07 de junho de 2020

El país- *David Quammen: “Os humanos somos mais numerosos do que qualquer outro grande animal. Em algum momento haverá uma correção”*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/ciencia/2020-04-19/david-quammen-nossas-demandas-do-mundo-natural-tendem-a-aproximar-de-nos-os-virus-que-vivem-em-animais-selvagens.html>> acessado em 07 de junho de 2020

Bill Gates "previu" uma pandemia em palestra dada há cinco anos. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/saude/bill-gates-previu-uma-pandemia-em-palestra-dada-ha-cinco-anos-161939/>> acesso em 07 de junho de 2020

TASCHNER, Natalia Pasternak. *Gripe espanhola: 100 anos da mãe das pandemias*. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/blog/cientistas-explicam/gripe-espanhola-100-anos-da-mae-das-pandemias/>> acessado em 07 de julho de 2020

Emprego da teoria da constituição dirigente adequada à realidade brasileira. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30277/emprego-da-teoria-da-constituicao-dirigente-adequada-a-realidade-brasileira>> acessado em 08 de julho de 2020

A noticiada morte da constituição dirigente. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5615/A-noticiada-morte-da-constituicao-dirigente>> acessado em 10 de junho de 2020

Brasil. Ministério da Saúde (MS). *Cadernos HumanizaSUS. Volume 4: Humanização do parto e do nascimento*. Disponível em: <http://www.redehumanizasus.net/sites/default/files/caderno_humanizasus_v4_humanizacao_parto.pdf> acessado em 10 de junho de 2020

A importância e as controvérsias da medicina baseada em evidência:

<<https://setorsau.de.com.br/a-importancia-e-as-controversias-da-medicina-baseada-em-evidencias/>> acessado em 10 de junho de 2020

JACOBS, Andrew. *INDÚSTRIA FARMACÊUTICA ABANDONA PESQUISA E PRODUÇÃO DE NOVOS ANTIBIÓTICOS*. Disponível em: <<https://www.ictq.com.br/industria-farmaceutica/1095-industria-farmaceutica-abandona-pesquisa-e-producao-de-novos-antibioticos-2>> acessado em 11 de junho de 2020

SOUZA, Cleber. *Covid-19 na periferia de SP expõe faceta da desigualdade, dizem médicos*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/26/covid-19-na-periferia-expoe-a-faceta-da-desigualdade-dizem-especialistas.htm>> acessado em 11 de junho de 2020

WORLDOMETERS- *PANDEMIA DE CORONAVÍRUS COVID-19*. Disponível em: <<https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>> acessado em 11 de junho de 2020

THE WASHINGTON POST- *Alto funcionário da Casa Branca encarregado da resposta à pandemia sai abruptamente*. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/news/to-your-health/wp/2018/05/10/top-white-house-official-in-charge-of-pandemic-response-exits-abruptly/>> acessado em 12 de junho de 2020

UOU- *Educação, Saúde e Cidadania têm R\$ 7,5 bi em verbas congeladas*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/educacao-saude-e-cidadania-tem-r-75-bi-em-verbas-congeladas.shtml>> acessado em 12 de junho de 2020.

A descoberta de um rico conjunto genético de coronavírus relacionados ao SARS fornece novas informações sobre a origem do coronavírus SARS. Disponível em: <<https://journals.plos.org/plospathogens/article?id=10.1371/journal.ppat.1006698>> acessado em 14 de junho de 2020

R7 notícias- *'Temos que repensar escolhas', diz autor de livro que previu pandemia*. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/temos-que-repensar-escolhas-diz-autor-de-livro-que-previu-pandemia-02052020>> acessado em 14 de junho de 2020.

Coronavírus e a luta de classes. Disponível em: <<https://www.observatoriodasmetropoles.net.br/coronavirus-e-a-luta-de-classes/>> acessado em 16 de junho de 2020.

Jonathan Safran Foer - *Comer Animais (2009)*. Disponível em: <<https://www.amazon.com/Jonathan-Safran-Foer/e/B001IGLMTI>> acessado em 18 de junho de 2020.

Teoria da democracia. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/teoria-da-democracia/#_ftn3> acessado em 10 de agosto de 2020

'*O próximo surto? Não estamos preparados.*' Disponível em:

<https://www.ted.com/talks/bill_gates_the_next_outbreak_we_re_not_ready?language=pt>

acessado em: 20 de julho de 2020

DIREITO À TRANSPARÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA:

Análise de boletins epidemiológicos de municípios mineiros

TRANSPARENCY RIGHT IN PANDEMIC TIMES:

Analysis of epidemiological bulletins from municipalities in Minas Gerais

Renata Cristina Nogueira Santos

Universidade Federal da Bahia

nogueira.renatacs@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/8247575571802827>

RESUMO: O presente artigo buscou analisar a materialização do direito à transparência relacionada a informações sobre a pandemia do novo coronavírus em 6 municípios norte-mineiros da microrregião de Janaúba, a partir da análise de boletins epidemiológicos divulgados por suas secretarias de saúde. Trata-se de pesquisa exploratória e descritiva de natureza qualitativa e quantitativa que utilizou protocolo de observação com base no modelo de análise desenvolvido pela OPEN KNOWLEDGE BRASIL (OKBR). Por meio do levantamento dos dados foi possível constatar que 4 municípios apresentaram índices de transparência opaco e baixo, um município apresentou índice médio, e um município apresentou índice bom. De modo geral, tais municípios precisam, ainda, evoluir no que diz respeito a transparência das informações relacionadas à pandemia do novo coronavírus em suas áreas de abrangência, permitindo que tal direito seja acessível aos cidadãos.

Palavras-chave: Transparência, pandemia, acesso à informação.

ABSTRACT: This article sought to analyze the materialization of the right to transparency related to information about the pandemic of the new coronavirus in 6 municipalities in the north of Minas Gerais in the micro region of Janaúba, based on the analysis of epidemiological bulletins released by their health departments. This is exploratory and descriptive research of qualitative and quantitative nature that used an observation protocol based on the analysis model developed by OPEN KNOWLEDGE BRASIL (OKBR). Through the survey of the data it was possible to verify that 4 municipalities presented opaque and low transparency indexes, one municipality presented average index, and one municipality presented good index. In general, these municipalities still need to evolve with respect to the transparency of information related to the pandemic of the new coronavirus in their areas of coverage, allowing such a right to be accessible to citizens.

Keywords: Transparency, pandemic, access to information.

1. INTRODUÇÃO

Desde a declaração do novo coronavírus como pandemia, ocorrida em 11 de março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde (WHO, 2020), o modo de vida das pessoas tem sido alterado em sua essência. As rotinas estão sendo reinventadas e as tecnologias têm sido o modo de a sociedade se comunicar. Esforços no sentido de conter a doença têm ocorrido nos quatro cantos do mundo e, nesse contexto, o direito à transparência das informações sobre o coronavírus tem atraído as atenções das sociedades e tem sido palco para debates no mundo jurídico e fora dele.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao garantir o direito à transparência com o direito de acesso à informação previsto no art. 5º, XXXIII, e do dever de publicidade dos atos por parte da administração pública, previsto no Art. 37, caput. estabeleceu que o direito à transparência passou a ser a regra, e o sigilo a exceção. Posteriormente com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000) e a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11, doravante LAI) os temas relacionados a transparência, acesso à informação e publicidade na administração pública ganharam ainda mais importância.

No contexto de emergência de saúde pública, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que direito à transparência tem se relacionado diretamente com o direito à saúde, na medida que sem o primeiro – direito à transparência – a condução de medidas de combate à disseminação do vírus fica prejudicada, afetando o segundo – direito à saúde (BRASIL, 2020).

A Ordem dos Advogados do Brasil na petição inicial que compõe a ADI 6351/2020, que discute a questão da transparência de informações pelo poder público durante a pandemia do novo coronavírus, afirma que no momento de combate ao coronavírus é necessário a maior transparência possível por parte da administração pública, visto que é por meio dela que os cidadãos e profissionais estarão mais bem informados e, conseqüentemente, mais preparados para enfrentar essa crise gerado pela doença (BRASIL, 2020). Assim, o direito à transparência seria um pressuposto para o exercício da cidadania.

Para avaliar a transparência em relação ao coronavírus, a OPEN KNOWLEDGE BRASIL (OKBR), também conhecida como “Rede pelo Conhecimento Livre”, uma

organização da sociedade civil que desenvolve projetos de conhecimento livre e transparência, desenvolveu uma metodologia de análise da transparência ativa dos entes estatais por meio da análise de seus boletins epidemiológicos e as informações contidas neles (OKBR, 2020a). Por meio dessa metodologia, é possível verificar, empiricamente, o nível de transparência de cada ente estatal, o que vem contribuindo nas pesquisas e discussões sobre transparência pública em relação ao coronavírus.

Em observação a esses novos debates sobre o direito à transparência em tempos de pandemia do novo coronavírus, a questão que emergiu para basear a presente investigação foi definida da seguinte forma: **como se caracteriza a transparência pública dos municípios norte-mineiros da microrregião de Janaúba com mais de 10 mil habitantes?** Especificamente o que se pretendeu foi desenvolver um ranking da transparência das informações relacionadas ao novo coronavírus desses Municípios por meio da metodologia da OKBR, de modo a observar se esses municípios têm garantido que o direito à transparência dessas informações sejam disponibilizadas à sociedade.

Foram selecionados os seguintes municípios: Janaúba, Jaíba, Monte Azul, Espinosa, Porteirinha, Mato Verde. Todos municípios da microrregião norte-mineira de Janaúba com mais de 10 mil habitantes (IBGE, 2019). O recorte espacial se justifica por serem municípios norte-mineiros que carecem de hospitais públicos, recorrendo ao Hospital Regional de Janaúba que proporciona atendimento a todos os municípios dessa microrregião (JANAÚBA, 2011), o que torna necessário a exploração de suas realidades locais e avaliação de transparência de informações relacionadas ao novo coronavírus em cada um deles a fim de subsidiar a qualificação a gestão e atendimento do Hospital Regional.

A escolha pelo modelo de análise da OKBR se justifica por ser um modelo atualizado sobre transparência no contexto de pandemia e por ter sido aplicado com sucesso em algumas pesquisas, como a de Raupp e Pinho (2020) e de Santos e Mota (2020).

A presente pesquisa é classificada quanto aos fins como pesquisa exploratória e descritiva, de natureza qualitativa e quantitativa e, quanto aos meios, como pesquisa de campo com uso da técnica de observação sistemática, a partir de evidências empíricas de boletins epidemiológicos divulgados pelas duas cidades e com base num protocolo de observação extraído da OKBR (2020b).

Acredita-se que a relevância dessa pesquisa se dá pela pandemia do novo coronavírus em si ser um fenômeno novo, multifacetado e que demanda investigações interdisciplinares.

Espera-se que este trabalho supra uma lacuna existente em relação a transparência em tempos de pandemia do novo coronavírus analisados em pequenos municípios, considerados como tal aqueles com menos de 50 mil habitantes.

O presente artigo está estruturado em introdução, fundamentos teóricos, metodologia, resultados, considerações finais e referências.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS/DESENVOLVIMENTO

2.1 Direito à transparência

A elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se deu após um longo período em que a restrição e controle de informações públicas pelo Estado era a regra. Com a redemocratização, os constituintes se viram na necessidade de repensar o modo no qual as informações públicas eram postas à sociedade. (SILVA, 2017)

O direito à transparência ergue-se, assim, articulado constitucionalmente com o direito de acesso à informação e do dever de publicidade dos atos por parte da administração pública, previstos no art. 5º, XXXIII, como direito fundamental, e no Art. 37, caput. Vejamos tais previsões constitucionais:

“Art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;” (BRASIL, 1988)

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.” (BRASIL, 1988)

Com base em tais disposições constitucionais, diferentemente do que ocorria no período da ditadura militar, o direito à transparência passou a ser a regra, e o sigilo a exceção, restrita a casos de imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado. Cunha Filho e Xavier (2014) explicam essa máxima da transparência das informações públicas:

“O conteúdo normativo deste princípio implica no estabelecimento de presunção em favor da publicidade de informações públicas, a qual vincula a atividade de todos os órgãos públicos. Assim, a aplicação deste princípio implica que requerimentos de acesso à informação podem ser denegados quando a autoridade pública demandada demonstrar concretamente que a sua publicação pode trazer risco de dano

substancial a um direito constitucional ou legalmente protegido.” (CUNHA FILHO e XAVIER, 2014. p. 108)

Contudo, apesar da previsão clara e bem intencionada do texto constitucional, o direito à transparência carecia de um marco regulador que materializasse parâmetros e procedimentos para que a transparência ocorresse.

Para Bairral, Silva e Alvez (2015), embora a temática da transparência tenha ganhado visibilidade no Brasil com a Constituição da República de 1988, foi com a Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000) e a Lei de Acesso à Informação (BRASIL, 2011) que o tema da transparência começou ser tratado com mais seriedade pelos gestores públicos. Com a Lei de Acesso à Informação, doravante LAI, a transparência deixou de ser um aspecto subjetivo de cumprimento pelos gestores, passando a ter critérios objetivos para sua materialização, tendo como destaque a utilização de meios eletrônicos para a ampla divulgação de informações de interesse da sociedade, buscando promover a “cultura do acesso”, termo que Andrade, Raupp e Pinho (2017) utilizam ao se referir a institucionalização da transparência por meio da internet. Vejamos o Parágrafo segundo do Art. 8º da LAI que trata desse ponto:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.
§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

Embora considera-se que os sites sejam usualmente os instrumentos legítimos de informações de instituições públicas, no âmbito dos estudos da comunicação política, o uso das redes sociais como meio de transparência e controle social tem crescido desde 2014 (DOS SANTOS e TAVARES, 2016). Com o advento da WEB 2.0 e das redes sociais, as relações de consumo de informações pela sociedade também tem se alterado (CARVALHO, 2011), assim é preciso pensar novas formas de comunicação que promovam um diálogo mais eficiente entre a administração e os atores sociais.

Reforça esse entendimento Cruz, Ferreira, Silva e Macedo (2012), de que as relações de comunicação, informação e publicidade tem sido modificadas com o advento da tecnologia de informação e da internet, o que faz com que a Administração Pública também deva se adequar a essa nova realidade, adaptando os instrumentos de transparência e os meios com que presta informações e se adaptando às novas exigências sociais a prestação de contas. Assim, é

obrigatório conforme a LAI o uso de sites oficiais pela administração pública como instrumentos para geração de publicidade, mas a transparência não se limita a eles, devendo a administração utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem.

Jordão (2011) considera a “cultura do acesso” como um conjunto de esforços para despertar a consciência social de que as informações gerenciadas pela administração pública são de interesse social, devendo o Estado disponibilizá-las de maneira compreensível, objetiva e tempestiva. Ainda, segundo o autor, na cultura do acesso, a transparência possibilita uma melhor tomada de decisões por parte dos gestores e há uma maior confiança da população na condução do interesse público pelo Estado.

A Lei de Acesso à Informação trouxe, ainda, um grande avanço ao direito à transparência no Brasil prevendo duas dimensões da transparência: transparência ativa e transparência passiva. A primeira diz respeito a uma postura proativa dos entes públicos, de publicizar seus atos, de ofício, sem provocação. A segunda, diz respeito à obrigatoriedade de os entes públicos fornecerem informações quando provocados (FERREIRA, 2014). Um caminho para avaliar a transparência ativa de um ente da administração pública é por meio da verificação empírica de sites oficiais ou outros meios de publicidade, analisando se o ente atende aos critérios mínimos da LAI (ANDRADE et. al, 2017).

Ainda na perspectiva constitucional, em relação à publicidade, o parágrafo primeiro do mesmo artigo prevê, ainda, que a publicidade deve possuir caráter educativo, informativo e de orientação social (BRASIL, 1988). Para Platt Neto et al. (2009), a publicidade é um dos elementos da transparência, juntamente aos elementos compreensibilidade e utilidade das informações. Segundo eles, o elemento publicidade está relacionado a dar ampla divulgação de informações e garantir acesso a elas. O elemento compreensibilidade está relacionado à administração pública utilizar uma linguagem que seja entendida para passar as informações. O elemento utilidade das informações está relacionado a relevância, comparabilidade e confiabilidade das informações e dados apresentados (PLATT NETO et al., 2009).

Raup e Pinho (2020) afirmam que a construção da transparência no Brasil tem sido um processo bastante complexo e difícil, visto que envolve um papel da sociedade mais ativo, de exigir que as informações sejam publicizadas, o que não tem sido mostrado no nosso processo histórico. Além disso, envolve governos responsivos e engajados em demonstrar clareza na

condução da coisa pública, o que também falta em nossa trajetória histórica (Raupp e Pinho, 2020).

Sacramento e Pinho (2016) entendem que a mitigação da transparência no Brasil tem relação direta com o patrimonialismo que perpetua desde a base da gestão pública brasileira até os dias de hoje. Falta, assim, uma cultura de transparência que precisa ser incentivada e continuamente construída, não só pelos nossos governantes, como por toda a sociedade. Bellver e Kaufmann (2005), consideram o direito à transparência e o acesso à informação como preceitos tão importantes que os consideram direitos humanos fundamentais em sociedades democráticas. Para Matias-Pereira (2006) a transparência do Estado acontece e torna as relações Estado-sociedade civil mais democráticas quando o cidadão tem acesso à informação governamental de forma clara, tempestiva e inteligível.

2.2 Transparência em meio à pandemia do novo coronavírus

Desde o início da pandemia no novo coronavírus, o Ministério da Saúde vinha divulgando informações relacionadas à doença em Boletins Epidemiológicos, “publicações de caráter técnico-científico, acesso livre, formato eletrônico com periodicidade mensal e semanal para os casos de monitoramento e investigação de doenças específicas sazonais” (FIOCRUZ, 2020, p. 1). Em geral, vinham sendo apresentadas informações relacionadas à evolução da contaminação da doença no Brasil, o número de óbitos, locais onde a doença estava crescendo, recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), entre outras. Através desses boletins, a administração pública, por meio dos seus gestores, tem a possibilidade de identificar a evolução dos quadros e orienta a tomada de decisões (FIOCRUZ, 2020).

Em 06 de junho de 2020, o Ministério da Saúde alterou a forma de divulgação de informações sobre o coronavírus, deixando de informar o número acumulado de mortes e casos registrados nas últimas 24 horas, como até então vinha sendo feito (BBC, 2020). A decisão da alteração, ocorrida no dia em que o país ultrapassou 35 mil mortes, reacendeu os debates sobre o direito à transparência, direito à saúde, e as possíveis consequências dessa omissão na contínua construção em um estado democrático de direito.

De modo similar, os estados e os municípios, por meio de suas secretarias de saúde, têm divulgado informações sobre o coronavírus em suas áreas de abrangência por meio de boletins epidemiológicos. Essa divulgação local/regional feita pelos estados e municípios tem

contribuído para a qualificação do sistema de saúde, no sentido de reorganizar o funcionamento do Sistema único de Saúde (SUS), na medida em que leva em consideração especificidades locais, sociais, políticas e epidemiológicas de cada localidade (BEZERRA, 2009). Em se tratando de um país com dimensões continentais e realidades muito distintas, a avaliação de dados locais tem sido necessária para subsidiar a tomada de decisões mais eficientes pelos gestores (OLIVEIRA, 2020).

Em se tratando de municípios de pequeno porte (menos de 10 mil habitantes), e de porte médio (entre 10 mil e 50 mil habitantes) (IBGE, 2011) há ainda peculiaridades do sistema de saúde a serem levadas em consideração: o quantitativo de hospitais públicos disponíveis nessas regiões. No caso da microrregião de Janaúba, no norte de Minas Gerais, compete ao Hospital Regional do município de Janaúba proporcionar atendimento a todos os municípios dessa microrregião (JANAÚBA, 2011). Dessa maneira, a transparência de informações relacionadas ao novo coronavírus se faz necessária em cada um desses municípios para uma melhor gestão e qualificação do atendimento pelo Hospital Regional. É o que será investigado neste trabalho.

3. METODOLOGIA

A presente pesquisa buscou analisar empiricamente o boletim epidemiológico do dia 13 de Julho de 2020, data da coleta de dados, publicado por seis cidades norte mineiras com mais de 10 mil habitantes da microrregião de Janaúba, quais seja, Janaúba, Jaíba, Monte Azul, Espinosa, Porteirinha, Mato Verde.

Trata-se de pesquisa exploratória e descritiva, de natureza qualitativa e quantitativa e com uso da técnica de observação sistemática a partir de evidências empíricas de instrumentos de transparência das seis cidades. De acordo com Gil (2002), a observação sistemática é um tipo de pesquisa caracterizada pela utilização de técnicas padronizadas de coleta de dados. Para tal, o protocolo de observação e modelo de análise utilizados nesta pesquisa foram extraídos da OPEN KNOWLEDGE BRASIL (OKBR), uma organização da sociedade civil que busca desenvolver projetos de conhecimento livre e transparência. (OKBR, 2020a).

O modelo de análise possui três dimensões: conteúdo, granularidade e formato. A dimensão “conteúdo” apresenta os seguintes indicadores: idade ou faixa etária, sexo, status de atendimento, doenças preexistentes, ocupação de leitos, outras doenças respiratórias, testes

disponíveis, testes aplicados. A dimensão “granularidade” apresenta os seguintes indicadores: microdado e localização. A dimensão “formato” possui os seguintes indicadores: visualização, formato aberto, série histórica. A cada indicador foi atribuída uma pontuação de 0 a 1, conforme verificação do indicador no boletim epidemiológico.

Quadro 1 – Modelo de Análise

Dimensão	Critério	Descrição	Pontuação
Conteúdo	Idade ou Faixa Etária	Idade ou faixa etária das pessoas que pertencem ao grupo de, no mínimo, casos confirmados	0 = não apresenta; 0,5 = apresenta apenas uma média geral; 1 = apresenta idade ou faixa etária.
	Sexo	Sexo das pessoas que pertencem ao grupo de, no mínimo, casos confirmados	0 = não apresenta; 0,5 = apresenta uma média geral; 1 = apresenta idade ou faixa etária
	Status de atendimento	Especifica casos hospitalizados (internação e UTI) ou em isolamento domiciliar	0 = não apresenta; 1 = apresenta.
	Doenças preexistentes	Presença de doenças preexistentes/comorbidades (diabetes, hipertensão etc.)	0 = não apresenta; 0,5 = apresenta em algum grupo (ex. óbitos) 1 = apresenta para todos os casos
	Ocupação de leitos	Quantidade de leitos ocupados no município em relação ao total disponível	0 = não apresenta; 1 = apresenta.
	Outras doenças respiratórias	Número de casos de Síndrome Respiratória Aguda Grave registrados ou outras condições que possam indicar Covid-19	0 = não apresenta; 1 = apresenta.
	Testes disponíveis	Quantidade de testes de que o município dispõe	0 = não apresenta; 1 = apresenta
	Testes aplicados	Quantidade de testes já realizados. A quantidade de casos descartados, que pode ser somada à de confirmados, pontua neste tópico, desde que indicado que foram descartados por critério laboratorial	0 = não apresenta; 1 = apresenta

Granularidade	Microdado	Cada caso é um registro	0 = não apresenta; 0,5 = apresenta de um grupo de casos; 1 = apresenta
	Localização	Nível de agregação geográfica dos casos divulgados	estado = 0; cidade = 0,5; bairro, distrito ou hospital = 1
Formato	Visualização	Painel para consulta do público em geral	0 = não apresenta; 1 = apresenta
	Formato aberto	Dados estruturados em ao menos uma planilha em formato editável, de preferência aberto (CSV, ODS)	0 = não apresenta; 1 = apresenta.
	Série histórica	Uma base de dados única e atualizada contém o histórico completo, desde o início do registro de casos	0 = não apresenta série; 0,5 = série em gráfico; 1 = série em uma base completa.

Fonte: (OKBR, 2020b, p. 8-9)

Para o cálculo da pontuação final, considerou-se que cada dimensão possui um peso específico:

Quadro 2 – Dimensões e pesos

Dimensão	Peso
Conteúdo	1
Granularidade	2
Formato	3

Fonte: elaborado pela autora.

Por fim, o índice é representado numa escala de 0 a 100, em que 0 é atribuído ao ente menos transparente e 100 atribuído ao ente mais transparente. Os níveis de transparência foram definidos com base na pontuação obtida, conforme a fórmula “cálculo do índice de transparência, e os resultados categorizados da seguinte maneira: opaco (0 a 19), baixo (20 a 39), médio (40 a 59), bom (60 a 79) e alto (80 a 100).

Imagem 1 – Cálculo do índice de transparência

$$\left(\frac{\text{Conteúdo} + (2 \times \text{Granularidade}) + (3 \times \text{Formato})}{\Sigma \text{Pontos possíveis}} \right) \times 100$$

Fonte: (OKBRb, 2020, p. 3)

Ressalta-se que, embora haja uma preocupação com a privacidade e proteção de dados pessoais de pessoas atendidas pelo sistema de saúde, o índice utiliza informações de dados abertos, respeitando a Lei Federal n. 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). A coleta de dados aconteceu no dia 13 de Julho de 2020 e foram selecionados um boletim de cada município, sendo seis boletins analisados no total. A seguir serão apresentados os resultados verificados.

4. RESULTADOS

Inicialmente cumpre ressaltar que não foi possível localizar boletins epidemiológicos no site oficial de três dos municípios objeto da pesquisa: Mato Verde, Porteirinha e Monte Azul. Assim, os dados foram coletados a partir de postagens da rede social “instagram” oficial dos municípios, onde boletins epidemiológicos, em formato de mídia digital, têm sido postados. Os dados dos demais municípios foram coletados de seus sites oficiais.

Conforme visto, a Lei de Acesso à Informação exige o uso de sites oficiais pela administração pública como instrumentos para geração de publicidade, mas a transparência não se limita a eles, devendo a administração utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem. Assim, para fins de verificação empírica de transparência ativa, considerou-se as redes sociais também como instrumentos para geração de publicidade, visto que, são instrumentos oficiais de publicidade e transparência da administração pública (CARVALHO, 2011; CRUZ, et. al, 2012) e dão publicidade aos boletins epidemiológicos da pandemia do novo coronavírus, objeto desta análise, de onde serão coletados os dados.

Verificou-se que o município de Mato Verde não tem postado boletins epidemiológicos com frequência (diariamente), sendo o último boletim epidemiológico encontrado datado do dia

27 de junho de 2020. Os demais municípios têm mantido regularidade diária de divulgação de informações.

Coletados os dados da plataforma mencionada e aplicados à fórmula “Cálculo do índice de transparência” da Imagem 1, foi encontrado o índice de transparência dos seis municípios analisados.

Tabela 1 – Pontuação dos municípios

Município	CONTEÚDO								GRANULARIDADE		FORMATO			TOTAL COM PESOS	ÍNDICE (SOMA/13 X 100)
	Idade ou Faixa etária	Sexo	Status de atendimento	Doenças Preexistentes	Ocupação de leitos	Outras doenças respiratórias	testes disponíveis	testes aplicados	micro dados	localização	visualização	formato aberto	série histórica		
Janaúba	1	1	1	0	1	1	0	1	1	1	1	0	1	16	76,1904762
Jaíba	1	1	1	0	1	0	0	1	1	1	1	0	0	12	57,1428571
Monte Azul	1	1	1	0	1	0	0	1	1	0	0	0	0	7	33,3333333
Espinosa	0	0	1	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	5	23,8095238
Porteirinha	0	0	1	0	0	1	0	1	0,5	0	0	0	0	4	19,047619
Mato Verde	0	0	1	0	0	1	0	1	0	0	0	0	0	3	14,2857143

Fonte: Elaborado pela autora.

Das três dimensões analisadas, os municípios apresentaram melhores médias em conteúdo (média 0,5), e granularidade (média 0,45). A pior média de notas foi atribuída à dimensão formato (média 0,22). Destaca-se, ainda, os indicadores que não foram atendidos por nenhum dos seis municípios: doenças preexistentes, número de testes disponíveis, e disponibilização de dados em formato aberto.

Na sequência, foi elaborado um ranking entre os municípios analisados com base nos resultados obtidos no “Cálculo do índice de transparência” e respectiva classificação obtida conforme metodologia da OKBR.

Tabela 2 – Ranking de transparência dos Municípios da Microrregião de Janaúba

Município	Posição	ÍNDICE	Classificação da transparência
Janaúba	1º	76,19047619	bom
Jaíba	2º	57,14285714	médio
Monte Azul	3º	33,33333333	baixo
Espinosa	4º	23,80952381	baixo
Porteirinha	5º	19,04761905	opaco
Mato Verde	6º	14,28571429	opaco

Fonte: Elaborado pela autora.

Verificou-se que apenas o município de Janaúba apresenta índice de transparência bom, Jaíba apresenta o índice de transparência médio, Montes Azul e Espinosa apresentam o índice de transparência baixo e Porteirinha e Mato Verde apresentam o índice de transparência opaco. Realizando-se nova análise de dados em estatística descritiva com base nos índices demonstrados na Tabela 2, foram encontrados os seguintes resultados:

Imagem 2 – Estatística descritiva

<i>Coluna1</i>	
Média	37,3015873
Erro padrão	9,944415941
Mediana	28,57142857
Modo	#N/D
Desvio padrão	24,35874485
Variância da amostra	593,3484505
Curtose	-0,54919875
Assimetria	0,951304399
Intervalo	61,9047619
Mínimo	14,28571429
Máximo	76,19047619
Soma	223,8095238
Contagem	6

Fonte: Elaborado pela autora.

A média de transparência dos municípios analisados de 37,30 permite classificá-la, conforme metodologia da OKBR, como baixa (20 a 39). O modo indica que não há repetição de pontuação obtida pelos municípios. A curtose do TCU é platicúrtica, ou seja, inferior a zero, demonstrando uma distribuição mais espalhada de valores em relação à distribuição normal da amostra (HAIR, ANDERSON, BABIN, TATHAM, BLACK, 2009). Pode-se considerar que a variância da amostra é alta, considerando a média encontrada e o valor mínimo e máximo da amostra.

Por meio dos resultados encontrados, verificou-se que alguns municípios não têm atendido à Lei de Acesso à informação no que tange à obrigatoriedade de divulgar informações de interesse público em seus sites oficiais, prejudicando a Cultura do Acesso (JORDÃO, 2011;

ANDRADE, et. al, 2017). Assim, tais municípios, de acordo com Platt Neto et al. (2009) não atendem adequadamente ao elemento da transparência publicidade - relacionado a dar ampla divulgação de informações e garantir acesso a elas, e ao elemento utilidade das informações - relacionado a relevância, comparabilidade e confiabilidade das informações e dados apresentados.

Constatou-se que dois municípios analisados apresentaram índice de transparência opaco (0 a 19), quais sejam Porteirinha e Mato Verde, e dois municípios apresentam índice de transparência baixo (20 a 39), Monte Azul e Espinosa. Para esses municípios, é necessário melhorar a maneira como tem realizado a transparência de informações relacionadas à pandemia do novo coronavírus em suas regiões de abrangência. Os municípios de Jaíba e Janaúba que apresentaram respectivamente índices de transparência médio (40 a 59) e bom (60 a 79), devem se atentar aos indicadores ainda não atendidos na disponibilização de informações sobre a doença em seus boletins epidemiológicos, tais como doenças preexistentes, número de testes disponíveis e formato aberto, para que a transparência seja aprimorada.

Conforme Bezerra (2009), quanto mais detalhes de especificidades locais, sociais e epidemiológicas os boletins fornecerem, melhor será a qualificação do sistema e saúde e no caso da microrregião de Janaúba, subsidiará a tomada de decisões mais eficientes pelos gestores (OLIVEIRA, 2020) do Hospital Regional que atende a região.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS/CONCLUSÃO

Em um período em que uma pandemia muda o modo de vida de toda uma sociedade, os cidadãos buscam por informações para se sentirem mais seguros, ou ao menos, cientes da situação de seus municípios a fim de tomar medidas mais adequadas para se protegerem. A transparência, nesse momento vivido, é uma grande aliada no combate à disseminação da doença. Desse modo, o que se espera dos gestores públicos é que informações seguras, tempestivas e o mais detalhadas possíveis sejam acessíveis a todos aqueles que a buscam.

Assim, a presente pesquisa teve como foco analisar o nível de transparência de seis municípios norte-mineiros da microrregião de Janaúba com mais de 10 mil habitantes, com base na metodologia da OKBR, criando-se um ranking de transparência entre eles. Embora dois municípios tenham apresentado índices “médio” e “bom” de transparência de

acordo com a OKBR, quatro municípios apresentaram índices “baixo” ou “opaco”, o que indica que ainda precisam melhorar na forma como tem repassado informações sobre o coronavírus à sociedade, garantindo uma transparência maior sobre esses dados.

O momento da pandemia tem sido importante para evidenciar que o direito à transparência que se espera no Brasil, não deve se limitar à disponibilização de informações legais, como aquelas exigidas pela Lei de Acesso à Informação, mas que deve garantir que a transparência seja desenvolvido de modo a contribuir com a gestão de crises como a do coronavírus, na orientação para tomada de decisões por gestores, no desenvolvimento de políticas públicas, e ainda ser usada como instrumento de governança e como ferramenta de cidadania.

Ressalta-se que, apesar de a literatura sobre transparência considerar diversos instrumentos que podem ser utilizados para se realizar a publicidade de informações, a ferramenta utilizada deve ser adequada ao volume de informações e complexidade do assunto. Assim, para apresentação dos boletins epidemiológicos, a administração pública deve se atentar ao uso de ferramenta que permita o detalhamento das informações relacionadas ao novo coronavírus, o que não foi verificado por meio da disponibilização dos boletins pela rede social “instagram”. Recomenda-se que use as redes sociais como instrumento secundário de publicidade de boletins epidemiológicos, mas que utilize, em primeiro lugar e em atendimento à Lei de Acesso à Informação, o site oficial da prefeitura do município.

Quanto às limitações desta pesquisa, destaca-se o curto período de coleta de dados que impossibilitou que fossem utilizados dados comparados de períodos diferentes. Coletas posteriores podem colaborar para que a presente pesquisa seja enriquecida e para que se possa elaborar um diagnóstico de evolução dos índices de transparência nos municípios analisados. Uma outra limitação se deve ao fato de a pandemia do novo coronavírus ser ainda um assunto recente, o que dificulta a realização de pesquisas comparativas no meio acadêmico sobre o direito à transparência em tempos de pandemia.

Como contribuição, espera-se que esse estudo possa subsidiar gestores públicos na adequação de práticas relacionadas ao direito à transparência de informações relacionadas à pandemia do novo coronavírus de modo a orientar toda a sociedade no combate à disseminação da doença.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rodrigo Gondin de; RAUPP, Fabiano Maury; PINHO, José Antonio Gomes de. Em Busca da Transparência Ativa em Câmaras: Uma Investigação nos Maiores Municípios Brasileira. Revista Advances in Scientific and Applied Accounting. ISSN 1983-8611. São Paulo, v.10, n.1 p. 003 - 020 Jan. / Abr. de 2017.

BAIRRAL, Maria Amália da Costa, SILVA, Adolfo Henrique Coutinho, ALVES, Francisco José dos Santos. Transparência no setor público: uma análise dos relatórios de gestão anuais de entidades públicas federais no ano de 2010. Revista de Administração Pública, 49(3), 643-675. 2015. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/49087>> Acesso em 16 julho 2020.

BELLVER, Ana., KAUFMANN, Daniel., 2005, 'Transparenting Transparency: Initial Empirics and Policy Applications', Draft discussion paper presented at the IMF conference on transparency and integrity 6-7 July 2005, World Bank, Washington, D.C. Disponível em < <https://gsdrc.org/document-library/transparenting-transparency-initial-empirics-and-policy-applications/>> Acesso em 16 julho 2020.

BBC. Brasil é destaque no mundo por não divulgar dados de mortes por covid-19. 2020. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52967730> > Acesso em 16 julho 2020.

BEZERRA, Luciana Caroline Albuquerque et al . A vigilância epidemiológica no âmbito municipal: avaliação do grau de implantação das ações. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro , v. 25, n. 4, p. 827-839, Apr. 2009 . Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2009000400014&script=sci_arttext&tlng=pt > Acesso em 16 julho 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 14 julho 2020.

BRASIL. (2000). Lei de Responsabilidade Fiscal. Lei Complementar n° 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em 14 julho 2020.

BRASIL. Lei de Acesso à Informação. Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm> Acesso em 14 julho 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6351. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5881853>> Acesso em 14 julho 2020.

FERREIRA, Fernanda Balbino, et al. Monitoramento da Lei de Acesso à informação pública em 2013. São Paulo: Mooa Estúdio. 2014. Disponível em < <https://artigo19.org/wp-content/uploads/2014/05/Relat%c3%b3rio-Monitoramento-LAI-2013.pdf>> Acesso em 16 julho 2020.

CARVALHO, João Henrique Dourado. A publicidade nas redes sociais e a geração y: A emergência de novas formas de comunicação publicitária. Revista Negócios em Projeção. V.2. N.2. p. 91-105. Julho de 2011. Disponível em: < <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao1/article/view/101/87>> Acesso em 20 agosto 2020.

CUNHA FILHO, Márcio Camargo, XAVIER, Vitor César Filho. Lei de Acesso à Informação: teoria e prática. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014.

CRUZ, Cláudia Ferreira.; FERREIRA, Aracéli Cristina.; SILVA, Lino Martins; MACÊDO, Marcelo Álvaro. Transparência da gestão pública municipal: um estudo a partir dos portais eletrônicos dos maiores Municípios brasileiros. Revista de Administração Pública, v. 46, n. 1, p. 153-176, jan./fev. 2012.

DOS SANTOS Junior, Marcelo; TAVARES, Camilla. Análise de redes sociais aplicada à comunicação política. Trabalho apresentado no ST16 “Métodos e técnicas de pesquisa em Ciências Sociais”. 40º Encontro Anual da Anpocs. 2016. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/318323618_Analise_de_redes_sociais_aplicada_a_comunicacao_politica> Acesso em 02 Abril 2020.

FIOCRUZ. O que diz o boletim epidemiológico? 2020. Disponível em < <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/o-que-diz-o-boletim-epidemiologico>> Acesso em 16 julho 2020.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HAIR, Joseph F.; ANDERSON, Rolph E.; BABIN, Barry J.; TATHAM, Ronald L.; BLACK, William C.. Análise Multivariada de Dados. tradução Adonai Schlup Sant’Anna. – 6. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : Bookman, 2009.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Indicadores Sociais Municipais. Uma análise dos resultados do universo do censo demográfico 2010. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv54598.pdf>> Acesso em 21 de julho de 2020.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Cidades. 2019. Disponível em:<<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/panorama>> Acesso em 21 de julho de 2020.

JANAÚBA. Estatuto da Fundação Hospitalar do município de Janaúba. 2011. Disponível em < <http://www.hrjanauba.com.br/estatuto.html> > Acesso em 21 de julho de 2020.

JORDÃO, Rogério. Acesso à informação pública: uma introdução à Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília: Eclips Design. 2011. Disponível em < <http://www.esic.ms.gov.br/sic.pdf> > Acesso em 21 julho 2020.

MATIAS-PEREIRA, J. Finanças públicas. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Wanderson Kleber de et al . Como o Brasil pode deter a COVID-19. Epidemiol. Serv. Saúde, Brasília, v. 29, n. 2, e2020044, 2020. Disponível em < https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2237-96222020000200200&script=sci_arttext> Acesso em 16 julho 2020.

OPEN KNOWLEDGE BRASIL (OKBR). Um capítulo da Open Knowledge Foundation no Brasil. 2020a. Disponível em: < <https://www.ok.org.br/sobre/> > Acesso em 13 julho 2020.

OPEN KNOWLEDGE BRASIL (OKBR). Nota metodológica.2020b. Disponível em: <https://transparenciacovid19.ok.org.br/files/Nota_Metodologica_Transparencia_da_Covid-19V.2.pdf> Acesso em: 13 Julho 2020.

PLATT NETO, O. A.; et al. Publicidade e transparência das contas públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. Contabilidade Vista & Revista, v. 18, n. 1, p. 75-94, 2009. Disponível em < <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/contabilidadevistaerevista/article/view/320>> Acesso em 13 julho 2020.

RAUPP, F. M.; PINHO, J. A. G. Precisamos evoluir em transparência? - Uma análise dos estados brasileiros na divulgação de informações sobre a Covid-19. Revista Eletrônica Gestão e Sociedade, v. 14, n. 39, p. 3725-3739. Especial Covid-19 - 2020. Disponível em < <https://www.gestaoesociedade.org/gestaoesociedade/article/view/3253/1474> > Acesso em 12 julho 2020.

SACRAMENTO, A. R. S.; PINHO, J. A. G. The process of implementing answerability in contemporary Brazil. Revista de Administração Pública, v. 50, n. 2, p. 193-213, 2016. Disponível em < https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122016000200193&script=sci_abstract> Acesso em 16 julho 2020.

SANTOS, J. G. D.; MOTA, F. P. B. A Transparência Governamental em Tempos de Covid-19: Reflexões do Quadro Brasileiro. Gestão e Sociedade, v. 14, n. 39, p. 3716-3724, 2020. Disponível em < <http://www.spell.org.br/documentos/ver/58257/a-transparencia-governamental-em-tempos-de-covid-19--reflexoes-do-quadro-brasileiro> > Acesso em 19 julho 2020.

SILVA, Terezinha Elisabeth da et al . O acesso à informação e o parlamento brasileiro: estudo sobre a produção legislativa no período da ditadura militar (1964-1985). Perspect. ciênc. inf., Belo Horizonte , v. 22, n. 4, p. 22-34, Dec. 2017. Disponível

em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-99362017000400022> Acesso em 16 julho 2020.

WHO. World Health Organization. WHO characterizes COVID-19 as a pandemic. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>> Acesso em 14 julho 2020.

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO E SUAS
REPERCUSÕES NA PANDEMIA DA COVID-19**

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION AND ITS
REPERCUSIONS IN THE COVID-19 PANDEMIC

João Pedro Ribeiro Braga

Instituto Elpídio Donizetti

joaoprbraga.adv@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4421429961762302>

RESUMO: A pandemia da COVID-19 mudou totalmente a realidade da população mundial. Em razão da doença, diversos direitos fundamentais foram limitados em prol do bem estar da coletividade. Nessa toada, surge o questionamento se o direito fundamental de acesso à informação seria alvo dessas restrições ou não. É realizado um estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o referido direito de forma a entender sua natureza, histórico e alcance, principalmente durante crises como a vivida no ano de 2020, objetivando entender o papel do direito de acesso à informação durante a pandemia. A partir de uma evolução histórica e legislativa do direito ao acesso a informação, passando pela análise da Lei n 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, e por recentes julgados do STF, resultando na compreensão de que o direito ao acesso à informação é um importante vetor da democracia e do controle social das medidas adotadas pela Administração Pública, devendo ser amplamente garantido durante a crise de saúde provocada pela COVID-19.

Palavras-chave: Acesso à informação. Administração Pública. Pandemia.

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic totally changed the reality of the world's population. Because of the disease, several fundamental rights were limited for the welfare of the community. About this, it's questioned if the fundamental right of access to information would be subject to these restrictions or not. It's realized a doctrinal and jurisprudential study about this right to understand its origin, history and scope, especially during crises such as the one experienced in 2020, aiming to understand the purpose of the right of access to information during the pandemic. From a historical and legislative evolution of the right to access to information, passing through the analysis of Law No. 12.527/2011 - Access to Information Law, and recent judgments of the STF, resulting in the conclusion that the right to access information is an important vector of democracy and social control of the measures taken by the Public Administration, which must be largely guaranteed during the health crisis caused by COVID-19.

Keywords: Access to information. Pandemic. Public Administration.

INTRODUÇÃO

No fim do ano de 2019, na região de Wuhan na China, surge uma explosão de casos de uma nova doença com suposta origem do comércio de pescados. O vírus Sars-CorV-2 rapidamente se espalhou e sua doença, a coronavirus disease 2019 – COVID-19, foi declarada como pandemia em março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde – OMS. A nova doença fez com a que a realidade de toda a população mundial fosse alterada, com imposição isolamento social através de quarentenas e em casos mais extremos a adoção do chamado lockdown.

Em tempos de crises, é normal que ocorra limitações a algumas garantias individuais para que se busque o melhor em prol da coletividade. Como exemplo, podemos citar o direito de locomoção que foi restrito durante os efeitos da crise sanitária da COVID-19, através do cancelamento de voos, proibição de viajar para determinados lugares e fechamento de fronteiras. Entretanto, não se deve entender que todas garantias serão restritas, devendo cada direito fundamental ser analisado no contexto da pandemia.

O desastre provocado pela crise sanitária impacta o Direito diretamente. A forma como a Administração Pública atua tem sido alvo de um olhar crítico da sociedade, de modo que as ações tomadas para combater o vírus e a crise econômica por ele causada devem ser objeto de controle pelos órgãos oficiais de fiscalização, mas também passar pelo controle social.

Não obstante, foram tomadas medidas com vistas a restringir o direito fundamental de acesso à informação, como o caso da edição da Medida Provisória nº 928 de 23 de março de 2020, que será analisada no presente artigo, levantando o questionamento sobre a possibilidade ou não de se reprimir tal direito e constitucionalidade de tais atos.

Em busca de elucidar a questão levantada, o escopo desse artigo é, portanto, analisar o direito fundamental de acesso à informação, buscando entender sua extensão e aplicação durante a pandemia e para além dela. Para tanto será feito estudo bibliográfico através doutrina especializada, da legislação nacional, em especial da Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com destaque aos recentes julgamentos.

1 O DIREITO DE ACESSO A INFORMAÇÃO

1.1 Breve histórico

O direito de acesso à informação possui origens que remontam ao século XVIII, através das reivindicações por publicidade dos atos governamentais por parte da sociedade, sendo a Suécia o primeiro país a positivizar o acesso às informações públicas.

[...] primeira nação a tratar de forma específica do acesso à informação pública como um direito foi a Suécia, quando, através de seu parlamento, adota, em 1766, uma lei sobre liberdade de expressão. Conforme a Anders Chydenius Foundation (2006, p.4), o pensador político finlandês Anders Chydenius (1729-1803), partidário das ideias iluministas, teve um papel crucial na criação dessa lei. A norma trata do acesso à informação pública como um direito incluído no âmbito da liberdade de imprensa. (SALES, 2013, p.82-83).

Modernamente, o modelo atual de legislação sobre o acesso à informação pública possui como marco o *Freedom of Information ACT* (FOIA) nos EUA, em 1966. A lei americana é considerada ponto de partida para um direito fundamental forte e efetivo na luta por uma Administração Pública transparente.

A FOIA nasceu em uma estrutura burocrática americana que começava a registrar e arquivar suas informações de forma profissional, uma vez que passava por um momento histórico onde a população exigia mais informações e participações nas decisões do poder público norte americano.

O processo de expansão da burocracia também criou um efeito interativo, de modo que, ao mesmo tempo em que o governo estava fazendo a sua própria manutenção de registros mais eficiente para fins internos, ele também enfrentou crescente demanda do público para o acesso a esses registros, bem como para a participação na redação de qualquer nova regulamentação. A FOIA dos EUA cresceu sobre uma base substancialmente burocrática, como mais um dentre vários outros mecanismos de accountability e eficiência, onde se criou toda uma estrutura para se possibilitar a liberdade de informação. (SALES, 2013, p.91).

No Brasil, a primeira Constituição a prever o direito de acesso à informação pública é a de 1934, no seu art. 113, §35. Tal direito foi retirado com o golpe do

Estado Novo e a outorga da Constituição de 1937, retornando com a Constituição de 1946 em seu art. 141, §36. Após, foi novamente restrito na Constituição de 1967.

Assim, nas Constituições de 1937 e 1967 (que inauguram períodos ditatoriais), o acesso à informação governamental, quando mencionado, surge muito mais vinculado à necessidade de conhecer informações de caráter pessoal ou de se obter certidões dos órgãos públicos do que exercer controle sobre as atividades do governo. A exceção se dá apenas nos textos constitucionais de 1934 e 1946, que preveem o acesso para esclarecimento dos “negócios administrativos”. Essas prescrições são, contudo, muito vagas, sem clareza sobre como se daria tal acesso e quais seriam esses “negócios”. Em nenhum desses textos ficam claras também as ressalvas com relação aos documentos e às informações de caráter sigiloso, as quais são reguladas diretamente pelos Presidentes, através de decretos. (SALES, 2013, p.109).

O acesso amplo à informação pública é uma característica dos Estados democráticos, sendo suprimido ou bastante restrito em Estados autoritários. A disponibilização das informações à sociedade é imperiosa para um regime democrático, no qual a participação cidadã deve ser estimulada de forma a fortalecer a legitimidade das decisões tomadas pelos agentes públicos através do controle social.

O acesso às informações em poder do Estado e os mecanismos de controle democrático são elementos essenciais à participação cidadã nos negócios públicos (na res publica), pois uma maior participação cidadã resulta em maior transparência da administração pública com o objetivo de aprimorar o controle democrático e a prestação de contas à sociedade por parte do governo. (MOLINARO; SARLET, 2014, p.21).

Atualmente, o direito de acesso à informação está resguardado no texto constitucional como um direito fundamental e coletivo, consagrado no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação.

1.2 O acesso a informação como um direito fundamental

O direito de acesso à informação está constitucionalmente localizado no art. 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, espécie do gênero direitos e garantias fundamentais.

Inicialmente, é imperioso entender o que diferencia os direitos e as garantias fundamentais: “os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados” (LENZA, 2020, p.759).

Conforme se depreende da distinção apresentada, o acesso à informação é um direito fundamental de grande importância para o Estado brasileiro, atuando como vetor do regime democrático instituído em 1988: “Assim, tem-se que o direito de acesso à informação pública configura-se em um direito fundamental individual e coletivo, resguardado no texto constitucional e essencial para a instrumentalização da democracia”. (BERNARDES, 2015, p. 61).

O já citado art. 5º, XXXIII ensina que

todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988).

A garantia do acesso às informações públicas recai tanto sobre as de interesse particular do requerente como as de interesse coletivo. Somada a isso, a Constituição Federal em seu art. 37, §3º, II reconhece o direito de acesso a registros administrativos e a informações e atos do governo.

Doutrinariamente, apesar de não existir consenso, entende-se que o direito à informação e acesso à informação pública são direitos fundamentais de terceira dimensão, por pertencerem ao rol de direitos difusos e coletivos.

Assim, nesse momento, a informação é reivindicada como um direito coletivo e difuso, patrimônio cultural do Estado, que deve ser protegido e democratizado, tendo em vista a evolução paradigmática da Administração Pública. (SALES, 2013, p.224).

Assim, o direito de acesso à informação é reconhecido como um direito de toda a coletividade. Toda a comunidade pode obter informações sobre o poder de seus governantes, de forma que sejam monitoradas suas decisões e como elas afetam a vida em sociedade. A possibilidade de acesso a informações públicas soma-se ao

dever de transparência da Administração Pública.

Nesse viés, dada a relevância atual de se garantir instrumentos que permitam o controle dos atos da administração pública pelos administrados, em obediência aos mandamentos constitucionais, o direito de acesso à informação deve ser reconhecido como um direito fundamental, o qual impõe a cultura da transparência às práticas administrativas. (BERNARDES, 2015, p. 62).

Entende-se por Administração Pública transparente quando esta estabelece uma rede livre de fornecimento de informações com os seus administrados, através de mecanismos propiciem o acesso com facilidade dos dados e documentos pela sociedade.

O princípio da transparência reúne funções materiais e instrumentais: aperfeiçoamento do caráter democrático do Estado (pela legitimidade do uso e do exercício do poder e da função pública), concretização da dignidade da pessoa humana, restauração da confiança na Administração Pública (pelas possibilidades de acesso e participação), parâmetro do controle da fidelidade do devido processo legal administrativo, garantia dos direitos dos administrados, recusa de obtenção de eficiência da ação administrativa mais próxima das demandas sociais e meio de maior adesão e consenso dos administrados às decisões administrativas. (MARTINS JÚNIOR, 2010, p.47).

Noutro giro, é importante deixar claro que nenhum direito fundamental é absoluto e inadmite restrições, uma vez que são protegidos constitucionalmente diversos valores que em algum momento podem colidir. Quanto ao direito de acesso às informações não é diferente: a Constituição Federal estabelece que poderá ser estabelecido o sigilo das informações quando se tratar de segurança do Estado ou da sociedade, e da privacidade.

Não é qualquer fundamento de segurança que é capaz de limitar o direito de liberdade de informação, mas apenas esses previamente estabelecidos. É evidente que também conflitam com o acesso às informações: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, previstas no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. (SALES, 2013, p.240).

Conforme demonstrado, as hipóteses de limitação do acesso à informação pública já estão previstas na própria Constituição Federal, cabendo ao legislador ordinário apenas regulamentar o exercício desse direito e a forma de se definir o sigilo, não podendo, entretanto, criar hipóteses de informações públicas sigilosas.

Nesse sentido, surge a lei nº 12.577/2011 – Lei de Acesso Informação (LAI) que dispôs sobre o procedimento que todas as esferas da Administração Pública devem observar para promover o acesso a informações públicas, as diretrizes a serem seguidas, trazendo instrumentos e garantias, além de detalhar o que pode se entender por informações sigilosas.

2 ASPECTOS DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

A Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, foi publicada em novembro de 2011, entrando em vigor em maio de 2012. A norma vem regulamentar o direito ao acesso à informação assegurado nos art. 5º, XXXIII, 37, §3º, II e 216, §2º da Constituição Federal, dispondo sobre os procedimentos a serem observados pelos órgãos públicos integrantes da Administração Pública direta e indireta da União, Estados, Municípios e Distrito Federal. A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, no âmbito do Poder Executivo Federal.

A LAI possui como principal finalidade transformar em regra a publicidade dos atos governamentais e demais informações administrativas, sendo o sigilo exceção, visando o aumento da participação social.

Para operacionalizar o direito à informação, a lei garante à sociedade o acesso a informações públicas de duas formas: 1. Transparência Passiva: quando o Estado fornece informações específicas solicitadas por pessoas físicas ou jurídicas; 2. Transparência Ativa: quando o Estado concede proativamente amplo acesso a informações de interesse coletivo e geral, divulgando-as, principalmente, em seus sítios eletrônicos na Internet. (MOLINARO; SARLET, 2014, p.31).

O decreto regulamentador estabelece que os órgãos e entidades devem disponibilizar infraestrutura para receber e responder pedidos de informação da sociedade e garantir a análise recursal em diferentes instâncias em caso de negativa de informação. Nesse sentido, surge a necessidade de criação do Sistema de Informação ao Cidadão – SIC em todos os âmbitos, com objetivo de atender e orientar o cidadão no acesso às informações públicas, devendo o SIC possuir espaço físico, mas também garantir o recebimento de pedidos via internet.

Importante destacar que a LAI também se aplica a entidades sem fins lucrativos que de alguma forma recebam financiamento por dinheiro público devendo, portanto, disponibilizar acesso à informação.

2.1 Diretrizes estabelecidas na Lei de Acesso à Informação

O art. 3º da LAI estabelece como diretrizes gerais:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública. (BRASIL, 2011).

A ideia de transparência estatal decorre diretamente dos ideais republicano e democrático que foram estabelecidos pela Constituição Federal. Considerando que os governantes agem em nome do povo e são por ele escolhidos, nada mais justo que suas ações sejam transparentes, de forma a possibilitar o controle pela sociedade de seus atos.

A pretensão do legislador de fomentar o desenvolvimento de uma cultura de transparência na Administração Pública, embora ambiciosa, revela a percepção, correta, de que os problemas na matéria são abrangentes e não serão superados de forma rápida ou automática apenas com a edição de um ato legislativo. Uma cultura de transparência envolve também uma transformação dos modos como os indivíduos e os agentes públicos se relacionam: os indivíduos como cidadãos, constituintes do governo, e não como meros beneficiários de dádivas, sem qualquer responsabilidade ou vínculo com o exercício do poder político; e os agentes públicos como servidores de fato da população, e não seus antagonistas. (BARCELLOS, 2015).

A cultura da transparência na Administração Pública é deveras valiosa, pois cria a ideia de participação da sociedade nos processos de tomada de decisão. Por óbvio, estando em prática a transparência, os atos de desvios no poder público de certo tendem a ser menos corriqueiros. “Nesse sentido, consagra-se a publicidade

como a regra, em obediência ao direito fundamental de acesso à informação, e o cidadão é encarado como agente principal da gestão pública.” (BERNARDES, 2015, p. 62).

A importância da transparência é maximizada, pois ela vai de encontro justamente com o outro objetivo estabelecido que é o controle social do governo. Um governo transparente, que disponibiliza um amplo acesso à informação para sociedade, por certo estará sempre submetido ao controle social.

A dificuldade em obter informação desestimula o controle social na medida em que impõe ao indivíduo eventualmente interessado em desempenhar esse controle um custo enorme, de tempo e esforço, na busca por dados. E, ademais, caso as informações não sejam verdadeiras ou compreensíveis, isso pode inviabilizar, afinal, qualquer controle real. Por outro lado, caso as informações sejam de fácil acesso e compreensão para o público, o custo de se informar e exercer alguma forma de controle social diminuirá sensivelmente. É nesse sentido, portanto, que a Lei nº 12.527/2011 imagina que a construção de uma cultura de transparência pode contribuir para o fomento do controle social. (BARCELLOS, 2015).

Portanto, a LAI estabelece uma correlação entre publicidade, transparência e controle social, de forma a confirmar os valores democráticos estabelecidos na Constituição Federal através de maior participação da sociedade nas decisões governamentais.

A LAI determina que a publicidade deve ser preceito geral, sendo o sigilo exceção. É certo que a publicidade é um dever da Administração Pública e um instrumento primordial para realização da transparência, no entanto, a lei ainda determina que a publicidade deve ser ativa e não passiva, significando que as informações de interesse público sejam divulgadas espontaneamente, independentemente de solicitações.

Ao enunciar que a publicidade é a regra geral, sendo o sigilo a exceção, o inciso I agrega pouco ao que já constava da Constituição. Nos termos da Constituição, a publicidade será sempre a regra, e o sigilo dos atos do Poder Público apenas é admitido para preservação da intimidade e quando seja necessária à segurança da sociedade e do Estado. Entretanto, não basta a invocação genérica da intimidade ou da segurança da sociedade e do Estado para que o sigilo seja justificado. A opção pelo sigilo não é livre à autoridade, devendo ser apresentadas, publicamente, as razões pelas quais se considera que a informação deve ser mantida em sigilo. A publicidade das razões para o ato do Poder Público que decidiu pelo sigilo é obrigatória, até para viabilizar o controle pelo Poder Judiciário. Uma vez que a publicidade dos atos públicos não é uma faculdade do agente público, mas um dever, a sua não aplicação a determinado caso poderá sofrer escrutínio. (BARCELLOS, 2015).

A publicidade, portanto, não deve significar apenas que a informação não seja sigilosa, mas também deve ser levada à sociedade de forma que todos possam ter mecanismos suficientes para que dela possam conhecer.

Por fim, a LAI determina que a informação deve ser disponibilizada em meio de comunicação viabilizado pela tecnologia de informação. Entende-se que deve ser fornecida em formato eletrônico ou digital através da internet e dos meios de comunicação que dela surgirem.

A utilização da internet como ferramenta para difundir informação pública de forma a dar conhecimento à população é louvável, não podendo o poder público se abster de manter também a possibilidade de acessar a informação por meio físico.

2.2 Das restrições ao acesso à informação

A Constituição Federal, conforme já visto, estabeleceu que o acesso à informação pública poderá ser restrito quando se tratar de informação relativa à segurança do Estado ou da sociedade e da privacidade. Assim, a LAI também veio regulamentar a restrição ao acesso à informação.

Inicialmente, deve ser entendido que nem mesmo as hipóteses de sigilo são absolutas. O art. 21, parágrafo único, da LAI preceitua que “As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.” (BRASIL, 2011, s.p). Isso se dá em razão de que o sigilo já foi usado no Brasil em períodos autoritários para esconder diversas violações de direito humanos e garantir a impunidade dos agentes públicos.

Historicamente, o sigilo com fundamento na segurança nacional foi utilizado no Brasil como meio de formação de um aparato repressivo da sociedade. A repressão, que tem seu momento auge na ditadura militar, tinha vários pilares estruturais, mas, no que tange à informação pública, existiam dois principais: os serviços de informação e a polícia política, ambos fundamentados na doutrina da segurança nacional. (SALES, 2013, p.326).

A segurança era utilizada como razão para o acobertamento de informações de interesse público, sem a existência de mecanismos de controle. No histórico do direito à informação, viu-se que, mesmo após a Constituição de 1988, a legislação infraconstitucional brasileira aproximava-se das regras vigentes no período de exceção, sempre preocupada em garantir a legitimidade do sigilo, olvidando a criação e o detalhamento de instrumentos que garantissem o acesso. A mudança

nesse quadro se verifica com a promulgação da lei 12.527/2011, que ocorreu frente a pressões internacionais, com a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso relativo à Guerrilha do Araguaia. (SALES, 2013, p.327).

Assim, por razões históricas, a legislação brasileira através da LAI veio regulamentar o sigilo de forma que ele não seja mais usado para interesses escusos que não se coadunam com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

O art. 23 da Lei nº 12.527/2011 veio então estabelecer as informações que, fundamentadas no interesse da Segurança do Estado ou da sociedade, são passíveis de serem declaradas sigilosas.

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações. (BRASIL, 2011).

A imposição ou não do sigilo deve ser ponderada de acordo com a proporcionalidade e razoabilidade, de forma que não seja imposta alguma outra restrição ao acesso às informações que não sejam ofensivas à segurança do Estado ou da sociedade. Importante salientar que a LAI determinou que as informações que merecessem sigilo serão classificadas em ultrassecretas, secretas ou reservadas.

As informações ultrassecretas têm prazo para sigilo de 25 (vinte e cinco) anos, podendo ser prorrogadas na forma do art. 35, §1º, III da LAI; as informações secretas possuem prazo de 15 (quinze) anos e as reservadas 5 (cinco) anos.

A imposição do sigilo passa por um juízo de ponderação, entre os bens constitucionais protegidos, de um lado a segurança e de outro a liberdade de informação. A lei preceitua, assim, que a Administração deve ter em consideração o interesse público na divulgação daquela informação, para somente fixar o sigilo em caso de efetivo e grave risco à segurança do Estado ou da sociedade, classificando-a

tendo em vistas, ainda, o tempo de segredo estabelecido para a categoria escolhida. (SALES, 2013, p.328).

A imposição de prazos para o fim da restrição estabelece um limite ao sigilo, de forma que em algum momento a informação será considerada pública e deverá ser passível de acesso pela população.

Noutro giro, surge a necessidade de proteção das informações pessoais de cada cidadão. Atualmente, a Administração Pública possui diversas informações em seu poder relacionadas às pessoas físicas ou jurídicas, de modo que tais dados são protegidos pelo direito à intimidade.

Atualmente, existem inúmeras entidades públicas, ou privadas que se relacionam com o poder público, que detêm informações pessoais relacionadas à saúde, à situação financeira e fiscal, etc., que devem ser protegidas pelo segredo, pois relacionadas com os direitos da personalidade das pessoas. Esses direitos, fundados na dignidade humana (que é fundamento do Estado Democrático de Direito), são elencados no art. 5º, X, da Constituição Federal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (SALES, 2013, p.334).

A LAI surge então para regulamentar o acesso e a possível restrição a tais informações. É importante frisar que a própria lei determina que o sigilo não poderá ser invocado para prejudicar investigação de irregularidades, bem como ações voltadas para recuperação de fatos relevantes para sociedade.

O acesso a informações pessoais deverá ser feito de forma transparente, devendo ser respeitado o direito a honra, intimidade, imagem e a vida privada bem como liberdades e garantias individuais. O art. 31, §1º, I da LAI estabelece que o acesso a informações referentes a honra, intimidade, imagem e a vida privada terão seu acesso restrito, independente da classificação do sigilo, pelo prazo máximo de 100 (cem) anos, a agentes públicos autorizados e às pessoas que se referem. Entretanto, conforme dispõe o inciso II do §1º do art. 31, poderá ser autorizada a divulgação destas informações ou acesso a terceiros diante de determinação legal ou anuência expressa das pessoas que se referirem.

O dispositivo legal também estabelece as hipóteses onde não será necessária autorização:

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias: I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente

para o tratamento médico; II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; III - ao cumprimento de ordem judicial; IV - à defesa de direitos humanos; ou V - à proteção do interesse público e geral preponderante. (BRASIL, 2011).

Nota-se que tais determinações surgem para garantir o acesso a informações restritas, desde que por motivo de grande relevância coletiva. Por fim, é importante deixar claro que a utilização indevida de informações pessoais é passível de responsabilização nos termos da LAI.

3 O ACESSO A INFORMAÇÃO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: ANÁLISE DA MP Nº928/2020 E DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A pandemia do Coronavírus (COVID-19) mudou completamente o dia a dia das pessoas. Os impactos decorrentes da pandemia repercutirão de modo imprevisível no mundo e a gravidade da crise gerada coloca em prova diversos institutos.

No Brasil, foi aprovada a lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020, definindo medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da COVID-19. Também foi aprovado o Decreto Legislativo nº 06 de março de 2020, que decretou estado de calamidade pública em virtude da doença.

Em tempos de crise de saúde pública como a vivida atualmente, é necessário ainda mais disponibilizar o acesso à informação a sociedade. A necessidade de se dar publicidade aos atos, bem como fornecer acesso para que seja realizado o controle social, é de suma importância para evitar que os governos utilizem da pandemia para prática de atos que atentem contra o interesse público.

Nessa esteira, o governo federal editou a MP nº 928/202, que em seu art. 1º altera a lei nº 13.979/2020 para inserir o art. 6º-B:

Art. 1º A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 6º-B Serão atendidos prioritariamente os pedidos de acesso à informação, de que trata a Lei nº 12.527, de 2011, relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

§ 1º Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de: I - acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta; ou II - agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência de que trata esta Lei.

§ 2º Os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta com fundamento no disposto no § 1º deverão ser reiterados no prazo de dez dias, contado da data em que for encerrado o prazo de reconhecimento de calamidade pública a que se refere o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 3º Não serão conhecidos os recursos interpostos contra negativa de resposta a pedido de informação negados com fundamento no disposto no § 1º.

§ 4º Durante a vigência desta Lei, o meio legítimo de apresentação de pedido de acesso a informações de que trata o art. 10 da Lei nº 12.527, de 2011, será exclusivamente o sistema disponível na internet.

§ 5º Fica suspenso o atendimento presencial a requerentes relativos aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 2011.” (BRASIL, 2020).

A justificativa do governo para adoção da medida é de se adequar os pedidos de acesso à informação com a realidade da pandemia. Entretanto, é possível notar que o dispositivo inserido traz mais confusão e obscuridade do que clareza para os procedimentos de acesso à informação.

Nessa toada, foram propostas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o STF visando a declaração de inconstitucionalidade formal e material do art.1º da MP nº928. De acordo com o requerente, a norma estaria violando aos artigos 2º; 5º, XXXIII; 37, § 3º, II; 62, *caput*; e 216, § 2º, da Constituição Federal.

Em sede de análise da medida cautelar, o Ministro Alexandre de Moraes deferiu o pedido para suspender a eficácia do art. 6º-B da lei 13.979/202, incluído pelo art. 1º da MP 928/2020. O Ministro entendeu que a norma estava transformando a publicidade em exceção, quando deve ser a regra.

Na hipótese em análise, ao menos em sede de cognição sumária, fundada em juízo de probabilidade, entendo presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada, pois o artigo impugnado pretende TRANSFORMAR A EXCEÇÃO – sigilo de informações – EM REGRA, afastando a plena incidência dos princípios da publicidade e da transparência. (STF, 2020).

A decisão ainda demonstra que a publicidade e transparência são valores indispensáveis na gestão administrativa, devendo garantir pleno acesso à informação

a sociedade como forma de se fortalecer o sistema democrático nacional.

À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo.

A participação política dos cidadãos em uma Democracia representativa somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre as políticas públicas adotadas pelos governantes, como lembrado pelo JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais, que somente se torna efetivamente possível com a garantia de publicidade e transparência. (STF, 2020).

A medida cautelar foi confirmada pelo Plenário, determinando a inconstitucionalidade do art. 6º-B da lei 13.979/2020, inserido pela MP 928/2020, considerando tratar de violação ao princípio fundamental de acesso à informação consagrado na Constituição Federal, além de violar o dever de transparência e publicidade na Administração Pública. O acesso à informação é um vetor importante do regime democrático e não pode ser restrito em razão da pandemia.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESTRIÇÕES GENÉRICAS E ABUSIVAS À GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA. SUSPENSÃO DO ARTIGO 6º-B DA LEI 13.979/11, INCLUÍDO PELA MP 928/2020. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA. 1. A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade. 2. À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo. 3. O art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade. 4. Julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.347, 6351 e 6.353. Medida cautelar referendada. (STF, 2020).

Após esta decisão, o STF foi convocado em mais uma oportunidade para tratar do direito fundamental de acesso à informação durante a pandemia. Desde o início dos casos da COVID-19 no Brasil, o Ministério da Saúde diariamente

apresenta a situação epidemiológica de forma a dar publicidade sobre avanço da doença no país.

O boletim apresentava em síntese as seguintes informações: a) número de casos totais; b) número de casos confirmados nas últimas 24 horas; c) número de óbitos totais; d) número de óbitos nas últimas 24 horas, d) número de casos e óbitos por estado; e) número de recuperados; f) taxa de letalidade e g) casos em investigação.

Ocorre que, no dia 06 de junho de 2020, o Ministério da Saúde decidiu não mais veicular o boletim epidemiológico completo, omitindo diversas informações como o número total de casos, deixando o site oficial do governo federal sobre a situação da COVID-19 fora do ar.

Dessa forma, partidos políticos propuseram Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF buscando que o Ministério da Saúde retome a publicação diária de informações completas sobre a situação epidemiológica da COVID-19 no Brasil.

A medida foi vista como uma violação à publicidade e transparência na Administração Pública e como uma restrição ao pleno acesso à informação pela população quanto a situação da doença no país, afim de se garantir a fiscalização social das ações tomadas para enfrentamento da doença. O Ministro Alexandre de Moraes em sede análise da medida cautelar deferiu os pedidos, determinando que o Ministério da Saúde divulgasse os números da COVID-19 com informações completas e precisas.

Exatamente por esses motivos, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade.

À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações necessárias à Sociedade. O acesso as informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que abrange “*debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta*” (*Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted 376 U.S at 271-72), de maneira a garantir a necessária fiscalização dos órgãos governamentais, que somente se torna efetivamente possível com a garantia de publicidade e transparência. (STF, 2020).

A decisão demonstra que em tempos de crise o acesso à informação deve ser

amplamente garantido. Entende-se que efetivando tal direito fundamental, outros direitos também estariam resguardados.

Outrossim, calha sublinhar que o dever constitucional de transparência, publicidade e de informação, além de permitir o controle social, imprescindível a um Estado democrático de Direito, também assegura (ou facilita) a fruição (e proteção) de outros direitos fundamentais (não apenas, mas em especial os direitos de participação política e de crítica), mas também os direitos sociais, pois o acesso a informações atuais, corretas e completas, por exemplo, em matéria orçamentária, permite fiscalizar a destinação de recursos para os fins constitucionalmente previstos, como é o caso dos direitos à saúde e à educação, os quais inclusive têm assegurado investimento mínimo de recursos públicos. (SARLET, 2020).

É necessário informar a sociedade todas as ações e medidas de combate à situação emergencial vivida, de forma a dar oportunidade para que seja feito o controle social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visou entender o direito ao acesso à informação e sua importância para sociedade. O estado atual de pandemia levou a diversas restrições de direitos e foi questionado se esse direito fundamental também estaria sendo limitado.

Estabeleceu-se uma construção lógica demonstrando o histórico e a evolução legislativa do acesso à informação no Direito. A correlação do acesso à informação com a publicidade e a transparência demonstra que este direito é de grande importância para o sistema democrático estabelecido pela Constituição Federal.

O Estado Democrático de Direito instituído em 1988 ensinou que cabe também à sociedade o papel de fiscalizar e controlar os atos da Administração Pública. A lei nº 12.527/2011 veio regulamentar o direito o acesso à informação pública determinando, assim como na Constituição Federal que a publicidade é a regra e o sigilo a exceção.

Durante a pandemia da COVID-19, o governo federal adotou medida com vistas a restringir o direito fundamental de acesso à informação e, através de ações no STF, foi entendido que este direito não pode ser limitado em razão do momento

atual. A publicidade e transparência devem ser ampliadas em tempos de crise para que as ações e medidas tomadas pelos governantes sejam fiscalizadas pela sociedade.

Portanto, restou demonstrado que a restrição a direitos fundamentais em tempos de crise deve ser analisada em cada caso. Quanto ao direito de acesso à informação, ficou claro que este é um vetor importante do regime democrático, não podendo ser limitado além do que foi estabelecido pela Constituição Federal, de forma a concretizar o controle social, a transparência e a publicidade na Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Camila Fernandes Santos. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO: Uma análise sob a ótica do princípio da transparência. 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13238/3/DireitoFundamentalAcesso.pdf>> acesso em: 01 de julho de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de julho de 2020.

BRASIL. 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/L12527.htm>. Acesso em 03 de julho de 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 928 de 23 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm>. Acesso em: 03 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6351/DF. Relator: Alexandre de Moraes. DJe 30 de março de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342764415&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 690/DF. Relator: Alexandre de Moraes. DJe 10 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343377643&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 de julho de 2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação. 2020.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOLINARO, Carlos Alberto. SARLET, Ingo Wolfgang. DIREITO À INFORMAÇÃO E DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA . Disponível em <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11403/2/Direito_a_768_Informac_807_a_771_o_e_Direito_de_Acesso_a_768_Informac_807_a_771_o_como_Direitos_Fundamentais_na.pdf>. Acesso em> 02 de julho de 2020.

SALES, Ramiro Gonçalves. O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA ADMINISTRATIVA. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F1066346461/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: 02 de julho de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Pandemia V – O STF e o acesso à informação. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2020-jul-03/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-pandemia-stf-acesso-informacao> >. Acesso em: 08 de julho de 2020.

**DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE À
LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

CRIMINAL LAW IN PANDEMIC TIMES: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF
NEOCONSTITUTIONALISM

Jeferson Luan Costa Fagundes

Faculdade Verde Norte - FAVENORTE

jefersonfagundes17@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/6847671280334380>

RESUMO: No final do ano de 2019 uma nova doença foi descoberta, ganhando em 2020, status de pandemia. A covid-19 impôs ao mundo uma nova forma de vida. Diversas políticas de enfrentamento foram introduzidas em varias partes do planeta. No Brasil, não foi diferente. Medidas de isolamento social de quarentena foram implementadas em estados e municípios como mecanismo de frenagem da propagação do vírus. A falta de coesão entre as mais diversas esferas do poder público trouxe medidas que ao serem aplicadas, feriu flagrantemente princípios Constitucionais, dentre tais ações podem ser citadas a aplicação de dispositivos da área do Direito Penal. Sendo assim, o objetivo do presente trabalho é discutir os impactos da Covid-19 no Direito Penal à luz da Constituição Federal e do Neoconstitucionalismo. As discussões apresentadas demonstram que o Direito Penal não é a área mais adequada para a resolução dos problemas advindos da pandemia.

Palavras-chave: Covid-19, Direito Penal, Direito Constitucional.

ABSTRACT: At the end of 2019 a new disease was discovered, gaining pandemic status in 2020. Covid-19 imposed a new way of life on the world. Several coping policies have been introduced in various parts of the planet. In Brazil, it was no different. Social isolation and quarantine have been implemented in states and municipalities as a mechanism to stop the spread of the virus. The lack of cohesion between the most diverse spheres of public power brought measures that, when applied, flagrantly violated Constitutional principles, among such actions can be mentioned the application of provisions in the area of Criminal Law. Therefore, the objective of this paper is to discuss the impacts of Covid-19 on Criminal Law in the light of the Federal Constitution and Neoconstitucionalism. The discussions presented demonstrate that Criminal Law is not the most appropriate area for solving problems arising from the pandemic.

Keywords: Covid-19, Criminal Law, Constitutional Law.

INTRODUÇÃO

Segundo informações do Ministério da Saúde, órgão ligado ao Governo Brasileiro, a Covid-19 é uma doença causada pelo vírus SARS-COV-2, descoberto em 31/12/2019, após casos registrados na China (MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL, 2020).

Conforme dados da Organização Pan-americana de Saúde (OPAS), o surto da Covid-19 constituiu Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, por conta de declaração da Organização Mundial de Saúde (OMS) em 30 de Janeiro de 2020. Ainda conforme a própria OPAS, em 11 de Março de 2020 a OMS, declarou a COVID-19 como Epidemia Mundial (OPAS, 2020)

A rápida proliferação do vírus causou drásticas mudanças na vida de praticamente todos os países pelo mundo. Medidas de isolamento social foram adotadas pela maioria dos países, provocando assim paralisação de diversas atividades nos mais diversos locais. Um exemplo claro, do impacto e da gravidade da situação vivenciada, foi o adiamento das olimpíadas de Tóquio. Os jogos estavam previstos para o mês de julho de 2020 e foi adiada por um ano. Conforme reportagem veiculada pelo Portal Terra, site de notícias, esta é apenas a quarta vez que a competição não é realizada na data prevista, as outras três foram em virtude de guerras.

Destarte, importante frisar que as medidas adotadas seguiram as orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS), a qual atua como uma Organização Internacional (OI). As OI's conforme entendimento de Cabral e Ribeiro (2020) funcionam como uma espécie de associação entre estados, que têm o objetivo de dirimir conflitos e ampliar o caráter cooperativo entre seus membros.

Diante de todo esse contexto, seria natural que as mudanças no âmbito social refletissem nas mais diversas esferas do Direito. No Brasil, se intensificaram as discussões acerca de diversas medidas de isolamento social, as quais interferiram em direitos consagrados pela nossa Constituição. Apesar de meramente didáticos, já que é consensual o caráter uno do Direito, dois ramos, em particular, foram bastante avocados nesses tempos de crise, o Direito Constitucional e o Penal.

Neste aspecto, é importante citar o Neoconstitucionalismo, que conforme Lenza (2012) pode ser entendido como uma nova perspectiva do constitucionalismo, em que a Constituição passa atuar mais firmemente no propósito de efetivação de Direitos Fundamentais.

Sendo assim, o objetivo do presente trabalho é discutir os impactos da pandemia do Covid-19 no Direito Penal à luz do neoconstitucionalismo, através de uma pesquisa bibliográfica e abordagem qualitativa. Além de disso, identificar a pertinência da aplicação de normas penais específicas em meio à pandemia.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1 Procedimentos metodológicos

Quanto aos procedimentos metodológicos adotados, a presente pesquisa foi realizada através de uma pesquisa bibliográfica e abordagem qualitativa.

Marconi e Lakatos (2017, p.302) afirmam que “os métodos em geral, englobam dois momentos distintos: a pesquisa, ou coleta de dados, e a análise e interpretação, quando se procura desvendar o significado dos dados”.

Sobre a abordagem qualitativa completam que “o estudo qualitativo desenvolve-se numa situação natural, oferecendo riqueza de dados descritivos, bem como focalizando a realidade de forma complexa e contextualizada” (MARKONI E LAKATOS, 2017, p.302).

Com relação ao tipo de pesquisa, Henriques e Medeiros (2017, p.106) ensinam que a pesquisa bibliográfica:

Consiste basicamente em selecionar informações bibliográficas (livros, dicionários, dicionários, artigos científicos, documentos) que possam contribuir pra explicar o problema objeto da investigação. Esse tipo de pesquisa visa conhecer e analisar contribuições teóricas fundamentais sobre um tema ou problema, o que faz dela um instrumento indispensável para qualquer tipo de pesquisa.

Portanto, na pesquisa em questão buscou-se supedâneo bibliográfico para análise de um problema atual, buscando descrever de forma contextualizada os resultados encontrados.

1.2 Neoconstitucionalismo e suas repercussões

Nos últimos meses um termo tem sido muito utilizado pelos órgãos de imprensa, o chamado “novo normal”, para se referir às adaptações necessárias no modo de vida da população mundial, as quais passariam a fazer parte do cotidiano das pessoas de modo tão intenso, que seriam consideradas integrantes das relações humanas em todo o mundo.

O Brasil apresentara no período de construção do presente artigo cerca de 50 mil mortes em decorrência do Coronavírus. Na data de 20/06/2020, por exemplo, foram confirmados 1022 novos casos da doença (MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL, 2020).

Os altos números da doença, tensões políticas, causadas pela negação do poder letal e até mesmo da existência do vírus que, em contraponto aos dados apresentados por institutos ligados à ciência, trouxeram à tona diversos questionamentos ligados a direitos fundamentais consagrados pela constituição, além de destacar o papel da Suprema Corte em nosso país na interpretação da Constituição.

Conforme Moraes (2020) a constituição é lei suprema de um estado, versando sobre temas que vão desde sua estruturação até a garantia de direitos e deveres do cidadão.

Sobre o tema Barroso (2019, p. 96) amplia este prisma ao discorrer sobre a Declaração dos Direitos do Homem do Homem e do Cidadão de 1879:

Expressão da ideologia liberal, o constitucionalismo surge como uma doutrina de limitação do poder do Estado. Como consequência, desde as suas origens, sempre foi da essência da Constituição a separação de Poderes e a garantia dos direitos. Ao longo dos séculos, o elenco de direitos tidos como fundamentais ampliou-se significativamente, para incluir, além dos direitos políticos e individuais, também direitos sociais e coletivos.

Neste sentido, o próprio Barroso (2019) acrescenta que, nas últimas décadas o mundo experimentou o reconhecimento da força normativa constitucional com forte impulso no período pós-segunda guerra, passando a ter papel central no sistema jurídico.

Nestes tempos, de diversas incertezas e tensões, a perspectiva neoconstitucional ganha extrema importância. Diversas situações novas não são abarcadas pela legislação, as quais necessitam de análise à luz da Constituição, fortalecendo a ideia da Constituição como centro do ordenamento jurídico. Neste ponto, são fundamentais os ensinamentos de Lenza (2012, p.62):

Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficiência da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante de concretização dos direitos fundamentais. (LENZA, 2012, p.62).

Nesse prisma, Piovesan (2018) classifica a Constituição de 1988 como um dos normativos mais avançados do mundo, principalmente, no papel de aumento significativo do alcance dos direitos fundamentais. A Carta tem como intuito principal, na visão da autora, a formação de um Estado Democrático de Direito, com destaque para alguns supedâneos desta construção, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2018).

Barroso (2019) vai além, ao classificar a Constituição vigente como um marco do movimento neoconstitucionalista, através de um papel destacado no processo de redemocratização. Para o autor a constitucionalização do direito representou uma mudança de paradigma da supremacia da constituição que, além de formal, passou a ser também material.

Portanto, no contexto atual, não há dúvidas do papel central do Direito Constitucional, interferindo significativamente nos demais ramos do direito, dentre eles o Direito Penal.

Ainda sobre a Constituição Federal e sobre o tema discorrido no presente trabalho convém versar, mesmo que superficialmente, sobre uma importante característica da carta. A Supremacia Constitucional decorrente de sua rigidez. Conforme Moraes (2020), as constituições com tal característica geram um escalonamento fazendo com que ela seja a referência na construção de novas leis.

Deste modo, surge uma importante concepção de controle de normas sob a égide da constituição. Nas palavras de Moraes (2020, p. 765):

A ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário.

Sobre o tema, Lenza (2012) ensina que além da rigidez Constitucional, há outro requisito fundamental para o controle da constitucionalidade das normas, a atribuição de competência a um órgão para exercê-lo.

Referindo-se especificamente ao Neoconstitucionalismo Lenza (2012, p.63), apresenta pontos marcantes e bastante pertinentes ao tema em estudo:

Estado constitucional de direito: supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. A Constituição, assim, adquire, de vez, o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição.

Barroso (2019) relaciona o movimento neoconstitucional ao positivismo do pós-guerra, responsável por uma nova perspectiva da hermenêutica jurídica.

1.3 Direito penal: princípios e implicações em tempos de pandemia

Por mais que a humanidade tenha enfrentado situações atípicas ao longo da história, inclusive, outras pandemias, as situações apresentadas pela rápida proliferação do Covid-19, em conjunto com características singulares do atual momento, fazem surgir novos desafios ao Direito, os quais têm reflexos na área penal.

Em um conceito inicial é importante recorrer ao que ensina Masson (2019, p.3) “Direito Penal é o conjunto de princípios e regras destinados a combater o crime e a contravenção penal, mediante a imposição de sanção penal”.

Em uma visão um pouco mais ampliada, Capez (2018) afirma que a área Penal tem a função de selecionar os comportamentos mais relevantes e danosos para a sociedade, descrevendo-o como infrações penais, e, portanto, estabelecendo uma sanção. Em um prisma mais extenso, a ciência penal busca justiça, fornecendo subsídios à adequação aos princípios constitucionais.

Aqui, abre-se um parêntese para tratar de uma importante área da ciência, a Criminologia. A qual segundo Prado e Maíllo (2019, p.12) tem uma importante característica:

Assim, em criminologia é fundamental o estudo das distintas teorias que tratam de explicar o fenômeno delitivo, bem como o estudo da metodologia por meio da qual se realizam observações versando sobre o delito e os delinquentes com técnicas tais como, a observação participante, as entrevistas, as estatísticas oficiais, os questionários de autoinformação.

Nucci (2019, p. 5) completa:

É a ciência que se volta ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ato ilícito, em visão ampla e aberta, não se cingindo à análise da norma penal e seus efeitos, mas, sobretudo, às causas que levam à delinquência, possibilitando, pois, o aperfeiçoamento dogmático do sistema penal. Aguarda-se, segundo nosso entendimento, da criminologia, com base em seus valiosos estudos, propostas de solução dos mais complexos problemas existentes no campo da aplicação da lei penal – e também da sua criação.

Postas tais colocações, reforça-se a ideia de um importante princípio do Direito Penal, que materializa a ideia de que esta área não é, nem pretende ser, a solução de problemas sociais complexos, necessitando de uma complexa atuação conjunta entre diversas áreas do conhecimento, o princípio da intervenção mínima. Que nas palavras de Masson (2019) significa que o direito penal deve acolher apenas comportamentos dignos de sanção, com clara predileção pela abstenção em comportamentos de menor gravidade.

Sobre o tema Barroso (2019, p.358) faz uma importante advertência:

A tipificação de delitos e a atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência.

1.4 Implicações práticas da pandemia no direito penal

A Covid-19 trouxe um cenário completamente novo para a humanidade. É certo que já houve outras pandemias e situações que impuseram drásticas mudanças comportamentais em diversos países, mas o momento histórico da crise atual trouxe diversas singularidades com reflexos importantes no Direito.

Para se ter uma noção dos graves números no Brasil, segundo site do Ministério da Saúde, criado especificamente para acompanhamento dos números da pandemia, em

14/07/2020, havia no país 1.926.824 (um milhão, novecentos e vinte e seis mil, oitocentos e vinte e quatro) casos confirmados de pessoas infectadas, o que representa 917(novecentos e dezessete) casos a cada cem mil habitantes. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Em virtude deste cenário, nos últimos meses não era incomum ver reportagens em que algumas pessoas eram impedidas de frequentar espaços públicos em razão de medidas de controle da transmissão da doença, em alguns casos, a polícia chegou a realizar prisões diante da desobediência de alguns cidadãos.

Neste contexto, surgiu terreno fértil para discussões acaloradas da legalidade de diversas medidas adotadas com o fulcro de contenção da doença. Dentre elas a constitucionalidade de aplicação de sanções penais para aqueles que descumprirem medidas impostas pelos mais diferentes poderes.

Sobre o tema, recente decisão do Supremo Tribunal Federal repercutiu em órgãos de imprensa devido à ampliação da competência para adoção de medidas por estados e municípios no combate à pandemia. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 questionou a medida provisória 926/2020 editada pelo Governo Federal que restringia a competência dos entes federados no combate ao Covid-19.

Matéria oportuna para o fato citado é a competência de cada um dos entes federados para se legislar sobre determinada matéria. Pedro Lenza (2012) cita exemplo interessante sobre a matéria, ADI 2875 de 2008, que julgou constitucional lei distrital que impunha aos médicos públicos e particulares a notificação compulsória dos casos de câncer no âmbito distrital.

É pacífico, portanto, entendimento de que a competência dos entes federados em matéria relacionada à saúde seja concorrente. É o que se constata, por exemplo, no artigo 24, XII, da constituição, “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre...” “[...]previdência social, proteção e defesa da saúde[...]”.

Este aparente conflito, não só de competência, mas fundamentalmente ideológico, fez gerar uma série de conflitos no país. Diversas reportagens e vídeos em redes sociais

mostraram pessoas sendo presas em virtude de fatos ligados as medidas de isolamento. Neste ponto, abre-se novo parêntese para os ensinamentos da criminologia:

De fato, conforme existam mais diferenças sociais e materiais, tanto mais conflito haverá em uma sociedade. Os indivíduos tendem a atuar em primeiro lugar conforme seus próprios interesses, ainda que também possam secundariamente levar em consideração seus valores – se bem que o mais comum é, em caso de conflito, os valores se modifiquem para se ajustar aos interesses. Sempre de acordo com Bernard e outros, o processo legislativo de elaboração das leis encontra-se determinado pela influência e compromisso de diversos grupos que competem entre si para impor seus valores e interesses; com o que esses autores reconhecem com as teorias pluralistas que as leis em geral e as penas em especial não costumam ser consequência da vontade de um só grupo, mas da combinação de vários (PRADO, 2019, p.375).

A aparente falta de coesão de ideias e medidas trouxeram a tona discussão da aplicabilidade de alguns artigos do Código Penal Brasileiro, lei 2848/1940, como o artigo 268 e 330:

Art. 268- Infração de medida sanitária preventiva: Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa.

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Art.330- Desobediência- Desobedecer à ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Sobre o artigo 268, Nucci (2019) ensina para se configurar os elementos do tipo é necessário infringir determinação do poder público, tratando-se, portanto, de tipo penal em branco, necessitando de outra norma regulamentadora. Neste sentido, a lei nº 13979/2020 dispôs sobre medidas de enfrentamento do Covid-19, complementando, portanto, o tipo penal em análise.

A referida lei trata em seu artigo 3º de condutas objetivas a serem impostas pelo poder público no enfrentamento da Covid-19:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual [...].

Portanto, a Lei 13979/2020, define condutas que, em caso de descumprimento, em ação deliberada do agente será tipificada como crime, como por exemplo, alguém que, impelido, pelo poder público se negue a realizar testes.

Quanto ao artigo 330, Nucci (2019, p. 1141) define como elementos objetivos do tipo a seguinte conduta:

Desobedecer (não ceder à autoridade ou força de alguém, resistir ou infringir) a ordem legal (comando lícito) de funcionário público. Exige-se conhecimento direto (na presença de quem emite o comando, por notificação ou outra forma inequívoca, não valendo o simples envio de ofício ou carta) por parte do funcionário ao qual se destina a ordem, sem ser por interposta pessoa, a fim de não existir punição por mero “erro de comunicação”, que seria uma indevida responsabilidade penal objetiva.

Portanto, a título de exemplo, caso um decreto municipal, proíba a aglomeração em determinado espaço público, e um cidadão receba a ordem de se retirar de deste local emanada por agente público e não o faça, restará caracterizado o crime em tela.

Nesta seara, alguns decretos estaduais foram editados com maior ou menor grau de severidade em relação às medidas de quarentena, por exemplo. Alguns deles exorbitaram as atribuições constitucionais. Foi o caso do decreto 30/2020 da cidade de Aiuruoca no Estado de Minas Gerais, que em seu artigo 6º dispôs a seguinte redação:

Art. 6º. Fica proibida a circulação e permanência de pessoas em vias públicas das 20h00min às 04h00, determinando o fechamento de todos os comércios, exceto serviços de delivery autorizado pelo município, profissionais da saúde, casos de emergência, trabalhadores, casos de saúde e segurança pública (PREFEITURA MUNICIPAL DE AIURUOCA, 2020).

Na cidade Caldas Novas, no estado de Goiás, uma mulher foi presa por desrespeitar distância mínima estabelecida em decreto municipal, conforme notícia veiculada no site G1, vinculado à Globo.com, a cidadã não aceitou ficar a um metro e meio de distância das outras pessoas na fila de um banco. Após intervenção policial, ela chegou a ser algemada e liberada após assinar um Termo de Circunstanciado de Ocorrência.

Em que pese não ser um direito absoluto, o artigo 5º da Constituição prevê em ser artigo XV que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Portanto, em uma análise genérica, criar-se-á um conflito em caso de aplicação dos artigos penais 268 ou 330 em uma situação como a exposta. As medidas devem ser proporcionais. Tanto é assim, que no mês de março o Ministério Público de Minas Gerais (2020), da comarca de Camanducaia, expediu recomendação número 1/2020, em que recomendava a revogação de trecho de decreto Municipal em que se proibia a circulação de pessoas naquela cidade:

[...] CONSIDERANDO, portanto, que as restrições veiculadas no mencionado dispositivo revelam-se flagrantemente inconstitucionais [...] RECOMENDA ao excelentíssimo Prefeito do Município de Camanducaia, senhor Edmar Cassalho Moreira Dias, que, de imediato, REVOGUE o artigo 11, caput e seus parágrafos, do Decreto nº 113/2020. (MPMG, 2020)

Tais medidas podem vir a gerar algumas situações anômalas. Em uma situação hipotética em que um policial prendesse alguém em uma cidade em que vigorasse o toque de recolher, e o cidadão viesse a reagir, e em virtude disso fosse preso, a situação estaria eivada de ilegalidade em virtude daquilo que a originou.

Aliás, sobre o tema encarceramento, o Conselho Nacional de Justiça editou recomendação para relaxamento de prisão ilegal, concessão de liberdade provisória, dentre outras medidas, com fulcro de evitar, sempre que possível o encarceramento. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Lado outro, medidas sanitárias baseadas em recomendações de autoridades de saúde devem ser analisadas sob a égide da proteção da coletividade. Para Ribeiro e Cabral (2020, p.13) as “medidas sanitárias que são impostas coercitivamente em tempos como o atual de pandemia precisam ser analisadas sob o viés de proteção a qual elas são destinadas”.

Os mesmos autores acrescentam que não há prejuízo à liberdade do cidadão quando ele é submetido a medidas que evitem o alastramento da Covid-19. Podendo, portanto, o estado impor a um turista, por exemplo, que cumpra quarentena ao chegar de outro local. (RIBEIRO E CABRAL, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que alguns artigos do Direito Penal são plenamente aplicáveis, sem que para isso fira dispositivos constitucionais. Mas apesar disso, esta esfera do Direito não parece ser a mais adequada para auxílio no controle da disseminação do Covid-19.

Além disso, a falta de um plano nacional de combate à doença tem levado alguns estados e municípios a tomarem medidas flagrantemente inconstitucionais, causando novos transtornos à população além daqueles já vivenciados em virtude da pandemia.

Uma das alternativas seria o estabelecimento de sanções administrativas, como multas àqueles que infringirem as normas impostas e o fortalecimento de campanhas educativas que levem a população à conscientização relativa à gravidade do momento vivenciado, bem como a importância da adoção de medidas profiláticas que impeçam ou diminuam a proliferação da doença.

Porém, as aludidas ações só terão resultados eficazes se houver a cooperação entre os entes da federação, de modo que as medidas adotadas sejam minimamente consonantes. É inconcebível, por exemplo, que em cidades de uma mesma região metropolitana o comércio esteja completamente fechado e em outra o funcionamento esteja ocorrendo sem nenhum tipo de controle, já que em caso de saturação da capacidade atendimento hospitalar de uma das cidades, fatalmente a rede hospitalar da outra será utilizada.

Resta claro, portanto, que o aparente conflito, requer nada mais que uma interpretação adequada da Constituição Federal. Não se deve recorrer às sanções penais sem antes aplicar outras normas.

Por todo o exposto e pela dinamicidade do Direito, o tema carece de novos estudos em virtude de novas perspectivas que fatalmente ocorrerão.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Daniel. Saiba quantas vezes as Olimpíadas foram suspensas. **Portal Terra**. São Paulo, 24 mar.2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/esportes/jogos-olimpicos/saiba-quantas-vezes-a-olimpiada-foisuspensa,2da54991f167607f943f4ebda3797e1241u4zama.html>. Acesso em: 01/07/2020.

BARROSO, Luiz Roberto. **Direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 8. Ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral** : – 22. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica** – 9. ed., ver. e reform. – São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº ADI 6343/DF** – Distrito Federal. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. Processo eletrônico, Acórdãos, 15 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765> Acesso em: 05/07/2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação Nº 62**, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 05/07/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em 10/07/2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Aceso em: 02/07/2020.

BRASIL. **Lei 13979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, 07 de

Fev.2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 10/07/2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. – 7. ed.- São Paulo: Atlas, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cléber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)** – vol. 1. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Notícias. **Recomendação pede que prefeito de Camanducaia faça retificação imediata de medida que proíbe circulação de pessoas no município**. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/recomendacao-pede-que-prefeito-de-camanducaia-faca-retificacao-imediata-de-medida-que-proibe-circulacao-de-pessoas-no-municipio.htm>. Acesso em: 05/07/2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Painel Covid-19**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 20/06/2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Coronavirus (covid-19), Sobre a doença**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 05/07/2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984090/recent>. Acesso em: 05/07/2020.

OLIVEIRA, Rafael. Mulher é algemada após desobedecer a distância mínima entre clientes em fila de banco para evitar coronavírus. **Portal G1**. São Paulo, 31 mar.2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2020/03/31/mulher-e-presa-apos-desobedecer-por-duas-vezes-a-distancia-minima-entre-clientes-em-fila-de-banco-em-caldas-novas.ghtml>. Acesso em: 01/07/2020.

OPAS - Organização Pan-Americana da Saúde. **Oms Afirma que Covid-19 é agora caracterizada como Pandemia**. Brasília (DF), 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em: 04/07/2020

OPAS - Organização Pan-Americana da Saúde. Folha Informativa- **Covid-19 Doença causada pelo novo Coronavirus**. Brasília (DF), 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 04/07/2020

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev., atual: Saraiva jur. 2018.

PRADO, Luiz Regis; Maíllo, Alfonso Serrano. **Criminologia**. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987008/cfi/6/40!/4/226/6/6@0:39.5>. Acesso em: 05/07/2020.

PREFEITURA MUNICIPAL DE AIURUOCA (MINAS GERAIS). Decreto nº 30 de 2020 de 1 de abril de 2020. **Estabelece novas medidas para a contenção e enfrentamento da covid-19, e decreta toque de recolher**. Site Oficial do Município de Aiuruoca. Disponível em: <https://www.aiuruoca.mg.gov.br/decreto-30-2020/>. Acesso em: 05/07/2020.

RIBEIRO, M. T. A.; CABRAL, C. H. DE P. L. A dignidade humana frente às medidas sanitárias restritivas da oms e dos estados em tempos de pandemia. **Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras**, v. 2, n. 1, p. e20200102, 17 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cadernoseletronicosdisf.com.br/cedisf/article/view/60>. Acesso em: 07/07/2020.

**O TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL E A PANDEMIA DO
CORONAVÍRUS: UMA REFLEXÃO SOBRE O AUMENTO DE CASOS
E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR**

SLAVE LABOR IN BRAZIL AND THE CORONAVIRUS PANDEMIC: A REFLECTION
ON THE INCREASE OF CASES AND THE PRINCIPLE OF WORKER PROTECTION

Andressa Laste

Escola Brasileira de Direito – EBRADI
andressalaste@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/8965542147418552>

RESUMO: Com o crescente aumento de movimentos abolicionistas ao redor do mundo, o Brasil não viu alternativa senão elaborar uma legislação que abolisse, definitivamente, a escravidão em seu território. A partir desse fato, Leis trabalhistas começaram a ganhar espaço no mundo e força no território nacional, uma vez que o trabalhador foi conquistando direitos e garantias, dentre eles a proteção do Estado. Em que pese o grande avanço na legislação nas questões trabalhistas, a prática da escravidão continuou sendo exercida no território brasileiro. Dessa maneira, o Governo Brasileiro sofreu exigência para a criação de medidas que versassem sobre o Combate ao trabalho escravo contemporâneo. Dentre essas medidas, grupos de fiscalização foram criados, para a averiguação das denúncias recebidas. Todavia, essa medida não se mostra totalmente eficaz, eis que a falta de auditores fiscais do trabalho é um dos fatores que acabam por ocasionar a falta de fiscalização. Somado a esse fator, o Brasil, assim como o resto do mundo, enfrenta uma grande crise sanitária ocasionada pela pandemia do Coronavírus e o isolamento social foi uma medida que teve que ser tomada para o controle de sua disseminação. Dessa maneira, as fiscalizações, que antes já eram escassas, tiveram diminuição considerável. Assim, diante dessas situações e através de uma análise, ainda que breve, do princípio da proteção do trabalhador, cumpre perguntar se há a possibilidade de aumento de trabalho escravo no Brasil ocasionado pela pandemia. Para tanto, a pesquisa se utilizou do método de abordagem dedutivo e métodos de procedimento histórico, bibliográfico e observacional. A justificativa do tema dá-se em razão de um viés informativo e reflexivo.

Palavras-chave: COVID-19; Fiscalização; Pandemia; Trabalho Escravo.

ABSTRACT: With the growing increase in abolitionist movements around the world, Brazil saw no alternative but to draft legislation that would definitively abolish slavery in its territory. From this fact, Labor laws began to gain space in the world and strength in the national territory, since the worker was conquering rights and guarantees, among

them the protection of the State. Despite the great advance in legislation in labor matters, the practice of slavery continued to be exercised in Brazilian territory. In this way, the Brazilian Government suffered a requirement to create measures that deal with Combating contemporary slave labor. Among these measures, inspection groups were created to investigate the complaints received. However, this measure is not totally effective, as the lack of labor tax auditors is one of the factors that end up causing the lack of inspection. In addition to this factor, Brazil, like the rest of the world, faces a major health crisis caused by the Coronavirus pandemic and social isolation was a measure that had to be taken to control its spread. In this way, inspections, which were scarce before, had a considerable decrease. Thus, in view of these situations and through an analysis, albeit brief, of the principle of worker protection, it is necessary to ask whether there is a possibility of an increase in slave labor in Brazil caused by the pandemic. For this, the research used the deductive approach method and historical, bibliographic and observational procedure methods. The justification of the theme is due to an informative and reflective bias..

Keywords: COVID-19; Oversight; Pandemic; Slavery.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por temática a reflexão sobre o aumento de casos de trabalho escravo no Brasil ocasionado pela pandemia do Coronavírus e o princípio da proteção do trabalhador. Nesse sentido, se faz imprescindível entender, primeiramente, a ocorrência do trabalho escravo no Brasil, visto que a sua origem se deu com a chegada dos portugueses ao território brasileiro, no ano de 1500.

Após anos de escravização do povo indígena pela Coroa Portuguesa, o tráfico de escravos do continente africano ganhou força, os tornando as seguintes vítimas desse evento. Depois de sofrer grande pressão de países abolicionistas, o Império brasileiro não teve alternativa senão a criação de uma Lei que colocasse fim a legalidade da escravidão. Dessa maneira, em 13 de maio de 1888 foi sancionada por Isabel, Princesa Regente do Império Brasileiro, a Lei que aboliu a prática da escravidão em todo o território.

A partir da abolição, Leis trabalhistas começaram a ganhar força e espaço em todo o mundo com a conquista de direitos e garantias para o trabalhador, o qual contou com a proteção do Estado. Ocorre que mesmo com as diversas leis nacionais e internacionais, a prática do trabalho escravo não deixou de existir, no Brasil.

Nesse sentido, denúncias à Organização Internacional do trabalho exigiram que o Governo brasileiro adotasse medidas para o combate do trabalho escravo contemporâneo em seu território. Todavia, as medidas não se mostraram totalmente eficazes, devido há falta

considerável no número de auditores fiscais do trabalho para averiguação e fiscalização das denúncias recebidas.

Somado a esse fator, o Brasil, como o resto do mundo todo, enfrenta uma enorme crise sanitária devido à pandemia causada pelo Coronavírus, e medidas de proteção tiveram que ser tomadas, dentre elas, o isolamento social. Dessa maneira, diante dessas situações e através de uma análise, ainda que breve, do princípio da proteção do trabalhador, cumpre perguntar se há a possibilidade de aumento de trabalho escravo no Brasil ocasionado pela pandemia do Coronavírus.

Para tanto, a pesquisa se utilizou do método de abordagem dedutivo e métodos de procedimento histórico, bibliográfico e observacional. A justificativa do tema dá-se em razão de um viés informativo e reflexivo.

2. UMA BREVE HISTORICIDADE DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL: DO DESCOBRIMENTO À ABOLIÇÃO

Os primeiros documentos legais existentes fazem referência para a compra e venda de escravos, tais como o Código de UrNammu e o Código de Hamurabi. (FONTANA, 2000), sendo possível observar que o trabalho escravo tem ocorrência desde os primórdios da civilização, tendo sido a sua prática adotada em inúmeros países, dentre eles o Brasil.

Desembarcava, em 1500, Pedro Álvares Cabral, em terras desconhecidas, fato histórico que constituiu um dos mais importantes episódios de expansão marítima portuguesa que fora iniciada em meados do século XV. Ao chegar à terra que viria a ser o Brasil, os portugueses se depararam com “uma população ameríndia bastante homogênea em termos culturais e linguísticos, distribuída ao longo da costa e na bacia dos rios Paraná-Paraguai.” (FAUSTO, 1995, p.14)

Os portugueses, ao primeiro contato com a terra desconhecida, se interessaram pelos produtos tropicais que o “Novo Mundo” possuía e, através de trocas com o povo nativo, denominas “escambo”, os alcançavam.

Nesses anos iniciais, entre 1500 a 1535, a principal atividade econômica foi a extração do pau-brasil, obtido principalmente mediante troca com os índios. As árvores não cresciam juntas em grandes áreas, mas se encontravam dispersas. A medida que a madeira foi se esgotando no litoral, os europeus passaram a recorrer aos índios para

obté-la. [...] Os índios forneciam a madeira e, em menor escala, farinha de mandioca, trocadas por peças de tecido, facas, canivetes e quinquilharias. (FAUSTO, 1995, p.17)

Por meio de considerações políticas a Coroa Portuguesa foi levada a convicção de que era necessário colonizar a nova terra, dessa maneira, por meio da expedição de Martim Afonso de Sousa, nos anos de 1500 a 1533 houve um momento de transição entre o velho e o novo período. (FAUSTO, 1995) Ainda, a troca dos produtos tropicais pelas bugigangas europeias não persistiu por mais tempo, pois os índios foram perdendo o interesse pelos produtos europeus.

Assim, o povo nativo deixou de fornecer espontaneamente os produtos tropicais e, os portugueses visando a lucratividade que os produtos traziam ao seu comércio, passou a exigir a mão de obra indígena. Com isso, os índios passaram a ser submetidos à violências, privação de liberdade, escassez de alimentos dentre outras atrocidades. (DORIA, 2012)

Após alguns anos a Coroa Portuguesa, por meio das Cartas de Doação de Capitânicas Hereditárias doou pedaços de terras a determinados homens que possuíam direitos e privilégios, bem como legalizou a escravização do povo nativo.

O Brasil foi dividido em quinze quinhões, por uma série de linhas paralelas ao Equador que iam do litoral ao meridiano de Tordesilhas, sendo os quinhões entregues aos chamados capitães-donatários. Eles constituíam um grupo diversificado onde havia gente da pequena nobreza, burocratas e comerciantes, tendo em comum suas ligações com a Coroa. (FAUSTO, 1995, p.18)

Todavia, a Coroa Portuguesa foi percebendo que os índios não tinham cultura do trabalho intenso e regular e muito menos compulsório como pretendido, pois o povo nativo fazia somente o que era necessário para garantir a sua sobrevivência. (FAUSTO, 1995) Todavia, os portugueses, segundo sua justificativa, faziam necessidade da mão de obra do povo indígena para continuar com o plantio da cana de açúcar, pois o produto era enviado para o comércio em Portugal e dali era encaminhado para outros países. (FAUSTO, 1995)

Ainda, inúmeros atritos começaram a acontecer entre os colonizadores e os jesuítas, pois os colonizadores queriam, simplesmente, escravizar os índios forçando-os ao trabalho compulsório, ao passo que os jesuítas queriam catequizá-los e lhes fornecer educação, pois pensavam que assim fariam com que os índios estivessem dispostos a colaborar com os seus serviços. (FAUSTO, 1995) Somando-se a isso, a população indígena estava desaparecendo, eis que as guerras entre as tribos indígenas e as doenças trazidas pelos portugueses assolaram o território brasileiro, pois milhares de índios foram mortos. (VAINFAS, 1986)

Devido a esses fatores e a outros que acabaram por desestimular a escravização do povo indígena, em meados de 1758 a Coroa Portuguesa deliberou pela libertação do povo indígena, apesar de que a escravização do povo nativo “fora abandonada muito antes pelas dificuldades apontadas e pela existência de uma solução alternativa.” (FAUSTO, 1995, p.50). Essa solução alternativa veio a ser o povo africano, eis que seu empenho e resultados no trabalho contínuo já estava sendo (re)conhecido em todos os continentes.

Na verdade “o tráfico de africanos escravizados no Brasil começou por volta de 1535, algumas décadas depois da chegada da esquadra de Pedro Álvares Cabral à Bahia, em 1500.” (GOMES, 2019, p.25), todavia, como o povo nativo já se encontra residindo no “Novo Mundo” e por algum tempo colaborou de forma espontânea com sua mão de obra, a escravização dos africanos foi sendo deixada em segundo plano.

Entretanto, com a libertação do povo nativo, a Coroa precisava de mão de obra para continuar com seus serviços de cultivo de produtos tropicais e envio para o comércio.

A solução mais definitiva adotada para garantir uma oferta regular de mão de obra baseou-se na experiência prévia dos portugueses na produção de açúcar com trabalho escravo africano nas ilhas atlânticas de Madeira e São Tomé, e foi em boa parte possível graças à existência de feitorias portuguesas na costa ocidental da África, onde era fácil o acesso a escravos. Com um volume suficiente de capital mercantil disponível, tornou -se praticável importar escravos africanos para o Brasil em quantidades significativas (LAGO, 2014, p.30)

Além de ser escravizado, o povo africano também foi traficada para o comércio, eis que a comercialização surgiu, inclusive, como forma alternativa e lucrativa para a escravidão. (FONTANA, 2000) Assim, no alcance em que os africanos demonstravam melhores resultados e empenho nas atividades de mão de obra, que antes eram realizadas pelo povo nativo, estes últimos foram deixados em segundo plano e os africanos passaram a ser traficados ao território brasileiro cada vez em maiores proporções. (FAUSTO, 1995)

Dessa maneira, o povo africano passou a ser transportado nos chamados “navios negreiros”, acontece que o transporte era tão precário e insalubre que grande maioria dos traficados não chegavam com vida ao território de destino. Estimativas apontam que quase 1,8 milhão de escravos traficados morreram ainda durante a travessia do Atlântico (GOMES, 2019) e aqueles que sobreviviam eram, de imediato, submetidos a todo o tipo de trabalho, e de violência também.

Muito embora o africano possuísse melhor força física para o trabalho compulsório do que o indígena, ele era nada mais do que um objeto de transações comerciais, haja vista ser considerado um ser racionalmente inferior, não possuindo amparo da Lei. (FAUSTO, 1995). Ainda, ao chegarem ao “Novo Mundo” os africanos não tinham qualquer condição de se desentrelaçarem do trabalho compulsório e, dessa maneira, tiveram que se adaptarem as condições de escravidão que lhes eram impostas. (FAUSTO, 1995)

Salienta-se que a legalidade da escravidão dos africanos nunca chegou a ser questionada, pois foi tratada “como solução para o trabalho na colônia, em face dos limites que a sujeição de nativos impunha aos Senhores” (VAINFAS, 1986, p.80) Apesar de a igreja defender e proteger os indígenas, nem ela e

[...] nem a Coroa se opuseram à escravização do negro. Ordens religiosas como a dos beneditinos estiveram mesmo entre os grandes proprietários de cativos. Vários argumentos foram utilizados para justificar a escravidão africana. Dizia-se que se tratava de uma instituição já existente na África e assim apenas transportavam-se cativos para o mundo cristão, onde seriam civilizados e salvos pelo conhecimento da verdadeira religião. (FAUSTO, 1995, p.52).

Como as atividades econômicas centrais da Colônia eram feita por mão de obra escrava, a qual produzia café, algodão e açúcar, a colonização teve um significativo avanço e, dessa maneira, com a agricultura em constante crescimento nos engenhos, o trabalho escravo teve utilização em diversas regiões do Brasil. (FONTANA, 2000) Assim, o processo de colonização do território brasileiro começou a avançar e os colonos necessitavam da mão de obra escrava para dar prosseguimento as suas atividades, pois a produção era intensa, além disso, o tráfico de escravos se tornou parte do comércio, pois a compra e venda de escravos se tornou uma via lucrativa. (FONTANA, 2000)

Isso porque os escravos não eram considerados cidadãos e sequer possuíam direitos civis que garantissem a sua integridade física, e podiam, inclusive, serem espancados e aprisionados nas senzalas, pois a relação entre senhores e escravos era considerada juridicamente legal. (CARVALHO, 2002)

A Independência do Brasil não viria pela via de um corte revolucionário com a Metrópole, mas por um processo de que resultaram algumas mudanças e muitas continuidades com relação ao período colonial. A história desse processo passa pela transferência da família real portuguesa para o Brasil e pela abertura dos portos brasileiros ao comércio exterior, pondo fim ao sistema colonial. (FAUSTO, 1995, p.66)

Diante disso, a Família Real Portuguesa se acomodou no território brasileiro acabando por ocasionar reviravolta nas relações entre Metrópole e Colônia, pois Dom João decretou a abertura dos Portos às na es amigas, o que promoveu favorecimento aos comerciantes, sobretudo para aqueles que produziam bens destinados à exportação sendo possível vender mercadorias a quem quer que fosse. (FAUSTO, 1995) Assim, o termo “Colônia” não possuía mais suporte e, no ano de 1822 o Brasil conseguiu sua independência, a qual ocasionou importantes codificações para a história, pois com o Direito Nacional veio a outorga da Constituição Imperial de 1824. (PALMA, 2015)

Ao transferir-se para o Brasil, a Coroa não deixou de ser portuguesa e de favorecer os interesses portugueses no Brasil. Um dos principais focos de descontentamento estava nas forças militares. Dom João chamou tropas de Portugal para guarnecer as principais cidades e organizou o exército reservando os melhores postos para a nobreza lusa. O peso dos impostos aumentou, pois agora a Colônia tinha de suportar sozinha as despesas da corte e os gastos das campanhas militares que o rei promoveu no Prata. (FAUSTO, 1995, p.69)

Todavia, em que pese o grande avanço, o tratamento auferido aos escravos persistiu, sendo cada vez mais submetidos à condições desumanas, além de o seu tráfico ter significativo aumento em razão da abertura dos portos, sem contar   lucratividade que ocasionavam, ainda, na nova Constituição os escravos estavam totalmente excluídos de seus dispositivos. (FAUSTO, 1995) Salienta-se que até meados do Século XIX praticamente todos os seres humanos possuíam envolvimento com o tráfico negreiro, seja na sua participação no ato ou tão somente nos lucros. (GOMES, 2019)

No dec nio da Independência, o tráfico aumentou com relação ao período anterior. Segundo as estatísticas oficiais, a média anual de ingresso de escravos no Brasil foi de 32 700 cativos no período 1811-1820 e de 43 100 no período 1821-1830. A concentração da entrada de escravos pelos portos ao sul da Bahia, com amplo destaque para o Rio de Janeiro, cresceu enormemente. Esses portos receberam 53% do total de escravos importados entre 1811 e 1820 e 69% do total entre 1821 e 1830. A maioria dos cativos foi enviada para as lavouras cafeeiras do Vale do Paraíba ou ficou no Rio de Janeiro. Foi aliás a importação e não o deslocamento de escravos da região de Minas Gerais, como se pensava há alguns anos, a principal fonte de suprimento de cativos nessa fase da economia cafeeira. (FAUSTO, 1995, p.104-105)

Após algum tempo, a abolição da escravidão começou a ganhar forças em alguns países, os quais passaram a restringir suas relações de comércio com aqueles que ainda a praticavam ou a financiavam e apoiavam. (FAUSTO, 1995) Diante disso, o Reino Unido foi convocado a se manifestar acerca da prática do tráfico negreiro que tinha por destino as Américas, tendo em

vista sua condição de Império Mundial, assim, passou a exercer forte pressão para que seus parceiros comerciais adotassem partido sobre abolição, dentre eles o Brasil. (PALMA, 2015) Nesse sentido,

Em 1826, a Inglaterra arrancou do Brasil um tratado pelo qual três anos após a sua ratificação seria declarado ilegal o tráfico de escravos para o Brasil de qualquer proveniência. A Inglaterra se reservou ainda no direito de inspecionar em alto-mar navios suspeitos de comércio ilegal. O acordo entrou em vigor em março de 1827, devendo, pois ter eficácia a partir de março de 1830. (FAUSTO, 1995, p. 105)

Após persistente pressão do Império Inglês, o Brasil cedeu, criando a primeira Lei a tratar sobre a escravidão, em 1831.

Uma lei de 7 de novembro de 1831 buscou por em andamento o tratado, ao prever a aplicação de severas penas aos traficantes e declarar livres todos os cativos que entrassem no Brasil após aquela data. A lei foi aprovada em um momento de temporária queda no fluxo de escravos. Logo, o fluxo voltou a crescer e os dispositivos da lei não foram praticamente aplicados. (FAUSTO, 1995, p. 105)

Porém em 1845 com o advento do chamado “*Bill Aberdeen*”, pelo parlamento britânico, foi possível o julgamento de comandantes que usassem de suas embarcações para fins de tráfico de escravos. (PALMA, 2015) Todavia, o tráfico passou a se dar de maneira clandestina e, por isso, os ingleses estreitaram, ainda mais, suas relações com o Brasil, assim essa pressão contribuiu para a elaboração de novas legislações. (PALMA 2015)

Todavia, todas as Leis que visavam regulamentar a situação dos escravos, se mostravam não eficazes, pois era visto o favorecimento dos interesses de seus proprietários, como por exemplo, a Lei do ventre Livre, aprovada em 1871, que previa a liberdade dos filhos de escravos quando esses atingissem oito anos de idade e, em troca, seria paga uma indenização aos seus senhores. (BRASIL, 1871)

Ainda, em 1870 uma série de crises passou a surgir no segundo Reinado devido o início do movimento republicano e os demasiados atritos entre o governo imperial com o exército e a igreja. (FAUSTO, 1995) Já no ano de 1880 o surgimento de associações e participação de pessoas de diversas classes sociais em movimentos abolicionistas passou a ganhar força ao redor do mundo, pois na medida em que o abolicionismo crescia diversos países perdiam o interesse em sustentar a escravidão. (FAUSTO, 1995)

Nesse sentido, o Brasil se viu sem saída e assim o presidente do Conselho de Ministros, João Alfredo, propôs, sem restrições, a abolição da escravidão, iniciativa que foi aprovada por maioria parlamentar e foi sancionada por Isabel, Princesa regente do Império Brasileiro, no ano

de 1888. (PALMA, 201) A Lei nº 3.353 pôs fim a todas as mazelas que os escravos enfrentavam. Assim, iniciava no Brasil, um novo capítulo de sua história.

3. AS QUESTÕES TRABALHISTAS PÓS-ABOLIÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR PERANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

A repercussão da Lei foi tão forte que a Monarquia não conseguiu manter-se no país, uma vez que o seu poder político sofreu grande perda e conseqüentemente acarretou o processo de enfraquecimento do Império. (PALMA, 2015) Nesse sentido, o país sentiu a necessidade de criação de um novo cenário como uma nova política nacional, dessa maneira, a “Era Republicana” teve início em 1889, com o advento de uma nova Constituição. (FAUSTO, 1995)

O novo texto constitucional abarcou direitos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, dentre os quais se encontravam o direito à liberdade, à segurança, à propriedade, sendo que o Estado e a Igreja passaram a serem instituições separadas. (FAUSTO, 1995) Todavia, não abordava questões relacionadas ao trabalho. Depois de anos sem textos legais tratando de questões vinculadas ao trabalho, como por exemplo, a questão do trabalho escravo, os direitos trabalhistas passaram a ganhar forças ao redor do mundo.

Assinado em 1919 pelas potências europeias, o Tratado de Versalhes encerrou oficialmente a Primeira Guerra Mundial, além de prever a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que se encarregaria de proteger as relações entre empregados e empregadores. (MARTINS, 2015) Em decorrência desses eventos, a Organização incentivou o Brasil na criação de normas e regulamentos trabalhistas com a função de normatizar as formas de trabalhos existentes, uma vez que dessa forma se protegeria o trabalhador de ser submetido, novamente, às atividades escravas.

No ano de 1930 a OIT, por meio da Convenção nº 29 abordou a questão do trabalho escravo ao preceituar, em seu artigo 2º, que Trabalho Escravo é a atividade que “designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.” (OIT, 1930) No mesmo ano, o presidente Getúlio Vargas, em 1930, idealizou uma nova política no país e no ano de 1939 a criação da Justiça do Trabalho juntamente com a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, caracterizou grande marco histórico no país, eis que a Consolidação veio como meio de sistematização das leis

esparsas que existiam na época que tratavam de questões relacionadas ao trabalho. (LEITE, 2015)

No ano de 1948, surgia a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) dispondo que toda pessoa tem direito ao trabalho e a livre escolha deste, estabelecendo, inclusive, que o trabalho deve atender condições equitativas e satisfatórias. (DUDH, 1948) Ainda, em 1975 a OIT trouxe a Convenção nº 105 tratando da abolição do Trabalho Forçado no mundo. Já o ano de 1967 trouxe uma nova Constituição, a qual manteve os Direitos Trabalhistas que foram estabelecidos nas Constituições anteriores, bem como a Emenda Constitucional n. 1 de 17 de outubro de 1969, que repetiu a Norma de 1967 no que dizia respeito a esses direitos. (MARTINS, 2015)

O ano de 1988, por sua vez, teve um grande marco histórico para a democracia no Brasil, eis que houve a promulgação de uma nova Constituição no país, chamada também de Constituição Cidadã. (MARTINS, 2015) a qual trouxe por meio do texto constitucional a proteção que o trabalhador tanto necessitava. Diferente das constituições anteriores, essa trouxe os direitos trabalhistas inseridos no cerne dos direitos sociais, trazendo, inclusive, princípios protetores não só ao empregador, mas também para o empregado.

Segundo o Ministro Mauricio Godinho Delgado (2019, p.65-66) acerca da Constituição Federal de 1988 e seus princípios pode se afirmar que ela

[...] possui diversos e importantes princípios gerais, que não se compreendem sem a direta referência ao Direito do Trabalho e seu papel na economia e na sociedade. Trata-se, ilustrativamente, dos princípios da dignidade da pessoa humana; da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica; da justiça social; da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida; do respeito à privacidade e à intimidade; da não discriminação; da valorização do trabalho e emprego; da proporcionalidade; da segurança; da subordinação da propriedade à sua função socioambiental; da vedação do retrocesso social.

A Constituição trouxe, inclusive, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, ensejando o epicentro de todo o ordenamento jurídico. O princípio trata que a personalidade humana deve ser respeitada como um Direito Fundamental atingindo, principalmente, o Direito do Trabalho, eis que o trabalhador, antes de tudo é pessoa humana. (LEITE, 2015) Assim é intuitivo concluir que o trabalho passou a ser um direito humano e fundamental, eis que é solenemente reconhecido nos documentos internacionais, e está previsto, de forma expressa, no texto constitucional, além de que é pelo meio do trabalho que o ser humano consegue garantir a sua subsistência e

sobrevivência, além de contribuir para o desenvolvimento e crescimento de seu país. (LASTE; LOPES, 2020)

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição de 1988 trouxe outros que também protegem o trabalhador, sejam eles o princípio da relação do emprego, o princípio da liberdade de locomoção, a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano de forma digna e na livre iniciativa do trabalho, a proibição da aplicação e execução de trabalhos forçados bem como o princípio social do trabalho. (BRASIL, 1988) A proibição da aplicação e execução de trabalhos forçados veio como forma de garantir a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, já que a sua imposição seria afronto direto ao princípio, ademais trouxe, em seu artigo 6º, normas que limitam o poder do empregador para com o empregado, pois assim se garante condições dignas de trabalho. (MARMELSTEIN, 2008)

Acerca do princípio social do trabalho a Constituição dispôs que o trabalho não pode ser simples mercadoria, pois possui valor social e quando exercido de forma decente, deve propiciar a dignificação da pessoa ora trabalhador. (LEITE, 2015) Nesse sentido, é perceptível que a nova Constituição trouxe meios de garantir a proteção do trabalhador e, dessa forma, é de grande importância refletir sobre o princípio da proteção do e/ou trabalhador também conhecido como princípio protetor, haja vista alguns doutrinadores entenderem que ele descendente da Constituição Federal de 1988.

O princípio da proteção orienta todo o Direito do trabalho e serve como base na elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas no que tange as relações trabalhistas. (ROMAR, 2019) Assim, diante dessas relações é que a atuação do Estado é esperada, visto que se almeja não privilegiar um contratante em detrimento de outro. (MARTINEZ, 2019)

Ainda, o princípio da proteção consiste na tentativa de corrigir desigualdades ao criar uma superioridade jurídica que favoreça o empregado, levando em consideração a sua condição de hipossuficiente. (BARROS, 2009) Nesse sentido, se observa que esse princípio tem por fundamento a proteção do trabalhador eis que é tido como a parte mais fraca, economicamente, da relação de trabalho, além de objetivar assegurar igualdade jurídica entre os sujeitos da relação de trabalho. (ROMAR, 2019)

Diante desse cenário, “cabe ao Estado criar mecanismos de proteção aos vulneráveis, sob pena de compactuar com a exploração do mais forte sobre o mais fraco.” (MARTINEZ, 2019, p.38) No mesmo sentido se percebe que o princípio resulta da própria razão de ser o processo do trabalho arquitetado para realizar o Direito do Trabalho. (LEITE, 2015) como

forma de compensar as desigualdades provenientes entre os sujeitos da relação de emprego, quais sejam: empregado e empregador.

A partir da análise do princípio da proteção se percebe que sua concepção protecionista remonta a sua própria formação histórica, qual seja, longas décadas de trabalhos forçados sem qualquer amparo da legislação para o trabalhador. Nesse sentido, a razão de sua existência se faz necessária como meio de efetivar os direitos dos trabalhadores, eis que o direito do trabalho surgiu de uma consequência de que a liberdade contratual possui poder e capacidade econômica desigual entre as partes que a ele se sujeitam, (RODRIGUEZ, 2000) exemplo disso, são os árduos anos de exploração de mão de obra nos tempos de escravidão.

Entretanto, a Lei que pôs fim a legalidade da escravidão, não foi suficiente para acabar com a prática desse ato. Embora a legislação nacional e internacional, juntamente com os princípios presentes no Direito do Trabalho, por meio da Consolidação das Leis do Trabalho e da Constituição Federal de 1988 e os demais avanços na esfera trabalhista, a prática da escravidão, de fato, não deixou de existir no Brasil.

Os relatos da ocorrência de trabalho escravo no território nacional são cada vez mais constantes, eis que sua cultura acarretou diversos reflexos na sociedade contemporânea, além de a sua fiscalização ser extremamente insuficiente.

Os primeiros relatos de escravidão no Brasil, pós-abolição, foram em meados da década de 70 quando o país começou a ouvir sobre as novas formas de escravidão contemporânea por meio de denúncias realizadas por Dom Pedro Casaldáliga, defensor dos direitos humanos na Amazônia, com “relatos chocantes de maus tratos a trabalhadores, espancamentos, mortes e as mais perversas atrocidades cometidas àquelas pessoas que eram aliciadas e seduzidas para desbravar a qualquer custo a região, eram descritas desde então.” (AUDI, 2006, p. 75)

Todavia, as denúncias à OIT ocorreram tão somente no ano de 1985 e em 1995 o Brasil reconheceu, perante a Organização, a prática de trabalhos escravos sem eu território, sendo um dos primeiros países do mundo a admitir, internacionalmente, a ocorrência de escravidão contemporânea. (COSTA, 2010) A partir disso,

[...] como uma resposta a esse reconhecimento, algumas importantes ações começaram a ser tomadas em 1995 com a edição em 27 de junho do Decreto n. 1.538, criando estruturas governamentais para o combate ao crime do trabalho escravo, com destaque para o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (Gertraf) e o Grupo Móvel de Fiscalização, coordenado pelo Ministério do Trabalho e Emprego. (MTE) (AUDI, 2006, p.76)

Diante disso, a Comissão Pastoral da Terra passou a atuar, de forma sistemática e organizada contra o trabalho escravo contemporâneo, constituindo-se em um grande ator social envolvido nesse combate. Acerca desses atores sociais envolvidos no combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil, menciona-se o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado, Comissão Nacional Para a Erradicação do Trabalho Escravo, Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, Grupo Especial de Fiscalização Móvel, Ações Fiscais, Comissão Pastoral da Terra e a Lista Suja.

O decreto n. 1.538 criou estruturas governamentais para o combate a essa prática, colocando em destaque o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado. A articulação dos atores sociais envolvidos se encontra no Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo e na Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), pois em 2003 o então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, lançou o primeiro Plano Nacional de Combate, reunindo 76 medidas que tiveram classificação em curto, médio e longo prazo, partindo da ajuda de diferentes instituições atuantes nesse combate, entre os anos de 2003 a 2007. (COSTA, 2010)

O Ministério Público, nos primeiros anos do Plano, presenciou quase todas as ações fiscalizatórias, as quais geraram aumento significativo de ajuizamento de ações civis públicas devido às demasiadas denúncias recebidas e fiscalizadas, todavia, a falta de recursos econômicos fez com que outras várias denúncias não conseguissem ser fiscalizadas. (SAKAMOTO, 2006) Ocorre que, nos dias atuais, o Brasil ainda encontra problemas no que tange a efetivação das soluções elaboradas no Plano, eis que um dos grandes e graves problemas é a falta de recursos humanos e econômicos para o cumprimento das medidas elencadas. (SAKAMOTO, 2006)

Somado a isso os grupos de fiscalização enfrentam riscos e dificuldades em suas atuações, pois recebem, constantemente, ameaças e ataques por parte dos que praticam o trabalho escravo, haja vista que, em muitas vezes, são fazendeiros que possuem domínio dos Poderes Públicos locais. (COSTA, 2010) A exemplo, se menciona um relato em que Patrícia Costa trouxe na sua obra acerca do trabalho escravo.

Enquanto apuravam uma denúncia de trabalho escravo na zona rural de Unai, noroeste do estado de Minas Gerais, os fiscais foram emboscados e assassinados com tiros na cabeça. As investigações da Polícia Federal, encerradas seis meses depois, apontaram fazendeiros da região como mandantes dos crimes. (COSTA, 2010, p.131)

A falta de infraestrutura adequada para a apuração e averiguação das denúncias recebidas também constituem fatores que dificultam a atuação dos grupos de fiscalização, pois as fiscalizações seriam mais eficazes se os fiscalizadores contassem com equipamentos adequados. (COSTA, 2010) Importa mencionar, inclusive, que para o alcance da meta dos 12 grupos móveis de fiscalização, trazida pelo Plano Nacional de Combate ao Trabalho Escravo, seria necessário a contratação de auditores fiscais do trabalho, cuja participação nos grupos se daria de maneira voluntária. (SAKAMOTO, 2006)

De forma paralela, o 1º Plano Nacional estabeleceu metas voltadas para a melhoria da estrutura administrativa do GEFM. Desse modo, a partir da articulação entre o Ministério do Trabalho e Emprego, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a Presidência da República e o Congresso Nacional, foi proposta a criação de 12 grupos móveis dotados de melhor estrutura logística, material de informática e de comunicação, para garantir maior agilidade às fiscalizações. (COSTA, 2010, p.134)

Contudo, como meio de realizar as metas contidas no Plano Nacional, seria necessário a realização de concursos públicos para a carreira de Auditores Fiscais do Trabalho, medida também prevista, além do investimento na capacitação dos profissionais e incentivos funcionais estimuladores para a adesão aos Grupos. (COSTA, 2010) Todavia, desde o ano de 2013 não se tem notícias da realização de tais concursos para a contratação de auditores fiscais, ocasionando, dessa maneira, a continuação da prática de trabalho escravo, sem a devida fiscalização, eis que essa continua escassa.

Somado a esse fato, no ano de 2017, o então presidente da República, Michel Temer, publicou uma portaria com um conjunto de novas regras que, em sua prática, dificultariam, de forma significativa, o combate ao trabalho escravo no país. (MENDONÇA; OLIVEIRA, 2017) sendo uma de suas principais mudanças a tipificação do ilícito no Código Penal, pois a portaria determinou que para a caracterização do trabalho forçado, bem como da jornada exaustiva e da condição degradante, seria necessário a ocorrência da privação do direito de ir e vir, tornando irrelevante as condições de trabalho a que o escravizado fosse submetido.

Ainda, a portaria determinou que as características que determinam o que é trabalho escravo deveriam estar presentes no momento da fiscalização, pois se não fosse configurada a jornada exaustiva, ficaria invalidada a caracterização do trabalho em condição análoga a de escravo, além de ser necessária a lavratura de um boletim de ocorrência feito pela autoridade policial que participou da fiscalização. (MENDONÇA; OLIVEIRA, 2017)

Felizmente, a portaria foi revogada pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber que concedeu liminar aos pedidos da Rede Sustentabilidade, pois entendeu que a nova portaria tornaria vulneráveis os princípios basilares da Constituição Federal, além de ir por um caminho totalmente contrário aos acordos internacionais que o Brasil assumiu ao longo dos anos (JOTA, 2017) além da extensa carga histórica de escravidão que carrega, sendo, inclusive, uma enorme afronta ao princípio da proteção do trabalhador.

Outro fator agravante na situação das fiscalizações se deu em 1º de Janeiro de 2019, com o fim do Ministério do Trabalho, pelo então presidente Jair Bolsonaro, o que tornou por dificultar, mais ainda, o combate, pois o Ministério teve suas atribuições divididas entre o Ministério da Economia, da Cidadania e da Justiça e Segurança Pública.

Diante desse cenário, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) afirmou, através de seu presidente, que o fim do Ministério do Trabalho prejudicaria, de forma significativa, a fiscalização das condições de trabalho, em especial dos trabalhadores submetidos a condições análogas à escravidão e que no ano de 2017, o presidente Michel Temer, já havia prejudicado a fiscalização a reduzir o número de fiscais do trabalho. (CUT, 2018)

Ainda, no contexto atual, o Brasil enfrenta uma grande crise sanitária ocasionada pela doença do Coronavírus tornando a fiscalização ainda menor e até mesmo inexistente.

Conforme declaração do diretor geral da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2020) houve elevação do estado de contaminação pelo vírus COVID-19, doença causada pelo Coronavírus (Sars-Cov-2). Dessa maneira, foi dada a classificação de “pandemia”, ao vírus, devido a sua rápida disseminação geográfica. Conforme Galeno o adjetivo de pandemia se dá em relação a doenças epidêmicas de grande difusão. (REZENDE, 1998)

Nesse sentido, o Governo brasileiro, por meio do Decreto Legislativo 6/20, reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, sendo decretado estado de emergência de saúde pública de importância internacional, nos termos da Lei 13.979 de 2020. Diante disso, medidas protetivas tiveram que ser tomadas, dentre elas a quarentena com o isolamento social, conforme orientações da própria Organização Mundial da Saúde. (OMS, 2020)

No que diz respeito aos trabalhadores, Medidas Provisórias foram sendo lançadas em grande escala, haja vista que a situação carecia de grandes cuidados, além de o trabalhador ter sua proteção garantida pelo Estado, pois teve que se adaptar a novas rotinas, conforme orientações, também, da OMS. Conforme mencionado, uma das principais recomendações da Organização Mundial da Saúde foi o isolamento social, eis que a medida é de extrema

importância para a saúde e segurança de todos os cidadãos, não só do Brasil, como também para todos os demais países.

Todavia, esse isolamento fez com que o aumento do trabalho em condições análogas fosse considerado, conforme apontou o próprio presidente da Comissão de Direitos Humanos, Senador Paulo Paim ao alertar para a possibilidade aumento do trabalho escravo com a pandemia do Coronavírus. (SENADO FEDERAL, 2020) O Senador criticou, inclusive, os Auditores Fiscais do trabalho, haja vista que sua atuação é extremamente insuficiente.

Somando a esse fator, o mundo também enfrenta uma grande crise econômica, eis que a disseminação do Coronavírus ocasionou o fechamento de diversas empresas ao redor do mundo e, como consequência, demissões desencadeadas de funcionários.

Com a crise econômica acarretada pela disseminação do novo [coronavírus](#), algumas empresas estão precisando agir (produzindo mais ou reduzindo custos). Além disso, o monitoramento de condições ilegais de trabalho foi em grande parte reduzido ou interrompido por conta da pandemia. Segundo os cientistas, na pressa de responder às emergências econômicas, os governos também relaxaram as restrições criadas para limitar o risco da escravidão moderna. Exemplos incluem o governo do Reino Unido, que permitiu que os provedores de mão-de-obra forneçam temporariamente força de trabalho sem a licença usual necessária. Outro exemplo é o governo dos Estados Unidos, que suspendeu a proibição de importação de um fabricante malaio de luvas médicas acusado de usar trabalho forçado. (GALILEU, 2020)

Importante mencionar, ainda, que no Brasil, a redução da fiscalização na área ambiental, também ocasionada pela pandemia, pode elevar os índices de desmatamento na Amazônia, pois mais pessoas podem ser recrutadas para trabalhar em frentes de trabalhos ilegais. (ONG REPORTER BRASIL, 2020)

Com a epidemia da covid-19 no Brasil, o governo federal diminuiu a fiscalização ambiental na Amazônia, já que parte dos agentes foi licenciada por ser do grupo de risco. A medida preocupou governadores da região Norte, como o Pará, que consideram o aumento dos índices de desmatamento. A redução das fiscalizações estimula crimes ambientais e trabalhistas, já que muitos trabalhadores são submetidos a condições degradantes nas atividades extrativistas. (ONG REPÓRTER BRASIL, 2020)

Cumprе salientar que pelas orientações mundiais da saúde o isolamento social também pode ser utilizado para manter os trabalhadores sob situação degradante ocasionando uma situação desumana, pois a fiscalização fica prejudicada haja vista a amplitude da pandemia e sua gravidade. Ainda, observando todo o contexto legislativo nas questões trabalhistas é evidente que caso o Estado se envolva cada vez menos nas relações entre empregadores e empregados, o princípio da proteção será cada vez mais fragilizado.

Nesse sentido, reitera-se que a falta de Auditores fiscais do trabalho impossibilita que a prática do trabalho escravo seja combatida e, devido ao isolamento social ocasionado pela pandemia do Coronavírus essas fiscalizações são praticamente inexistentes, devendo ser considerada a possibilidade do aumento do trabalho escravo no território brasileiro e a fragilização do princípio da proteção do empregado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve por temática a reflexão sobre o aumento de casos de trabalho escravo no Brasil ocasionado pela pandemia do Coronavírus e o princípio da proteção do trabalhador. Buscou analisar, ainda que de forma breve, as formas de atuação e fiscalização do Estado para o combate do trabalho escravo contemporâneo.

Nesse viés, através de uma perspectiva histórica, procurou saber da ocorrência do trabalho escravo no Brasil, visto que a sua origem se deu com a chegada dos portugueses ao território brasileiro, no ano de 1500. Após anos de escravização do povo indígena, os africanos foram as seguintes vítimas desse evento que durou por mais longas décadas.

Com grande pressão de países abolicionistas, o Império brasileiro se viu sem alternativa a não ser elaborar Leis para abolir a escravidão, assim, no ano de 1888 a Lei Aurea aboliu a prática da escravidão em todo o território brasileiro. Todavia, a prática de trabalhos escravos persistiu de forma clandestina.

Com denúncias à Organização Internacional do trabalho foi exigido que o Governo brasileiro adotasse medidas para o combate do trabalho escravo contemporâneo. Contudo, as medidas não se mostraram, e não se mostram até hoje, totalmente eficazes, devido a falta de auditores fiscais do trabalho para averiguação e fiscalização das denúncias recebidas.

Somando-se a isso, o Brasil, assim como resto do mundo, enfrenta uma crise sanitária devido a pandemia causada pelo Coronavírus, e medidas de proteção tiveram que ser tomadas, dentre elas, o isolamento social.

Dito isso, a pesquisa não busca afirmar que a pandemia do Coronavírus aumentará os casos de trabalho escravo, mas sim busca observar que há uma perspectiva negativa que pode aumentar essa prática desumana.

REFERÊNCIAS

AUDI, Patricia. Trabalho Escravo Contemporâneo: O desafio de superar a negação. 1ª ed. São Paulo. LTr, 2006

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 5ªed. – São Paulo: LTr. 2009

BRASIL. **Constituição de 1988 - publicação original**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jul 2020.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O longo Caminho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/trabalho-escravo-vai-aumentar-com-o-fim-do-ministerio-do-trabalho-5980>> Acesso em 17 jul 2020.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. **Combatendo o trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil**. 1. ed. Brasília: ILO, 2010. Disponível em http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/combatedotecontemporaneo_307.pdf. Acesso em: 17 jul 2020

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: 18 ed.** São Paulo: LTR, 2019.

DORIA, Pedro. **1565 - enquanto o Brasil nascia: a aventura de portugueses, franceses, índios e negros na fundação do país**. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2012.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2 ed. São Paulo: EDUSP, 1995.

FONTANA, Josep. **Introdução ao estudo da historia geral**. Tradução Heloísa Reichel. 1. ed. São Paulo: EDUSC, 2000.

GALILEU. REVISTA GALILEU. **Pandemia de Covid-19 pode aumentar trabalho escravo no mundo; entenda**. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2020/06/pandemia-de-covid-19-pode-aumentar-trabalho-escravo-no-mundo-entenda.html>> Acesso em 17 jul 2020.

GOMES, Laurentino. **Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares**. v 1. 1. ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

JOTA. STF suspende portaria do trabalho escravo. **In:** O Globo, 24 out. 2017

LAGO, Luiz Aranha Corrêa do. **Da escravidão ao trabalho livre: Brasil, 1550-1900**. 1ª Ed. São Paulo : Companhia das Letras, 2014.

LASTE, Andressa; LOPES, Francisco R. **Direito e Sociedade: Homenagem aos 50 anos do curso de direito da UNICRUZ**. 1ª ed. Cruz Alta, Ilustração, 2020, p. 73

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** / Luciano Martinez. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direitos fundamentais trabalhistas I**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDONÇA, Heloísa; OLIVEIRA, Regiane. Entenda as novas regras que reduzem o combate ao trabalho escravo. **In: El País**, 20 out. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/19/politica/1508447540_501606.html> Acesso em 17 jul 2020

MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo**. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/fiscalizacao-combate-trabalho-escravo/plano-nacional-para-erradicacao-do-trabalho-escravo>. Acesso em 17 jul 2020

ONG REPÓRTER BRASIL. **Projeto Escravo Nem Pensar**. Disponível em <<http://escravonempensar.org.br/>> Acesso em 17 jul 2020

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 17 jul 2020

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 29: abolição do trabalho forçado**. Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/oit/convencao029.pdf>. Acesso em 17 jul 2020

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <<https://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>> Acesso em 17 jul 2020

PALMA, Rodrigo Freitas. **Historia do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REZENDE. Joffre Marcondes de. EPIDEMIA, ENDEMIA, PANDEMIA.

EPIDEMIOLOGIA. REVISTA DE PATOLOGIA TROPICAL. V.27, 1998, P. 153-155.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Pulo: LTr, 2000. P.85.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho**, coord. Pedro Lenza. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019

SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo no Brasil do século XXI**. 1. ed. 2007. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_227551.pdf. Acesso em 17 jul 2020.

SENADO FEDERAL. **No dia da Abolição da Escravatura, presidente da CDH teme aumento do trabalho escravo durante pandemia**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/05/no-dia-da-abolicao-da-escravatura-presidente-da-cdh-teme-aumento-do-trabalho-escravo-por-pandemia>> Acesso em 17 jul 2020

VAINFAS, Ronaldo. **Ideologia e escravidão**: os letrados e a sociedade escravista no Brasil

O PRECEDENTE DA RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA: A “ESCOLHA DE SOFIA” E O SEU PERIGO AOS MAIS VULNERÁVEIS NO CONTEXTO PÓS-PANDEMIA DA COVID-19

O PRECEDENTE DA RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA: A “ESCOLHA DE SOFIA” E O SEU PERIGO AOS MAIS VULNERÁVEIS NO CONTEXTO PÓS-PANDEMIA DA COVID-19

THE RIGHT TO LIFE RELATIVIZATION PRECEDENT: “SOPHIE’S CHOICE” AND ITS DANGER TO THE MOST VULNERABLE ONES IN THE COVID-19 POST-PANDEMIC CONTEXT

Luíza Trindade Freire

Universidade Portucalense Infante D. Henrique
luizatrindade@hotmail.com

 lattes.cnpq.br/2413582644483684

Rhayssa Ferreira Gonçalves Santos

Universidade Portucalense Infante D. Henrique
rhayssagoncalves@icloud.com

 lattes.cnpq.br/3007425204552591

RESUMO: O direito à vida é objeto de robusta tutela legal, visto que consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garantindo a todos uma vida digna. Nesse contexto, condutas com o ímpeto de ceifar a vida de terceiros são repelidas com severas penalidades. Não obstante, no cenário vigente, diante da pandemia ocasionada pela COVID-19, diversas vidas vêm sendo relativizadas em prol de outras, por meio da cruel “Escolha de Sofia” que os profissionais da saúde se deparam diariamente, como resultado da insuficiência de recursos designados a salvaguardar a vida de todos. Destarte, o presente estudo tem o objetivo geral de provocar uma perspectiva crítica acerca dos efeitos que a aludida valoração da vida pode acarretar à parcela mais vulnerável da sociedade, à luz dos dispositivos legais brasileiros, bem como mediante reflexões no contexto bioético. Dessa feita, perfaz-se a conclusão de que as “Escolhas de Sofia” hoje praticadas, certamente, servirão de alicerce à marginalização da vida e dignidade dos indivíduos pertencentes aos grupos mais fragilizados socialmente, em contraponto à garantia constitucional à vida. Por fim, no que tange à metodologia empregada, este estudo foi desenvolvido mediante o método dedutivo de pesquisa, a partir do levantamento de referências teóricas publicadas, além do indutivo.

Palavras-chave: Efeitos. “Escolha de Sofia”. Pandemia. Valoração. Vida.

ABSTRACT: The right to life is subject of robust legal protection, since established in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, ensuring to all a dignified life. In this context, conducts with the aim to end lives of others are repelled with severe penalties. Regardless of the above, in the current scenario, due to the pandemic caused by COVID-19, several lives are being relativized in favor of others, through the cruel “Sophie’s Choice” that the health professionals are facing daily, as a result of the insufficient resources available to safeguard everyone’s life. Thus, the present study has the general objective to provoke a critical perspective about the effects that the aforementioned valuation of life can have on the

most vulnerable part of society, based on Brazilian legal provisions, as well as through reflections in the bioethical context. Therefore, concludes that the “Sophie's Choices” practiced today, will certainly serve as a foundation for the marginalization of life and of dignity of individuals that belongs to the most fragile groups in society, in contrast to the constitutional guarantee of life. Finally, regarding the methodology utilized, this study was developed through the deductive research method, from the survey of theoretical references already published, as well as the inductive.

Keywords: Effects. “Sophie's Choice”. Pandemic. Valuation. Life.

INTRODUÇÃO

É sabido que as formas de interferência na vida, desde os primórdios da antiguidade, são objeto de calorosas indagações, com notória repercussão no âmbito legal, dado o prestígio conferido ao direito à vida.

Pontua-se que, no cenário legal contemporâneo, vige a garantia à vida digna, à luz do que preceitua o artigo 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê a vida como um direito fundamental, ao passo que a dignidade da pessoa humana constitui um dos pilares da própria república brasileira (art. 1º, III, da CRFB/1988).

São vastas as discussões jurídicas e jurisprudenciais acerca do alcance desse direito de inequívoca expressão. De forma geral, interferências de terceiros sobre a vida de outrem são objeto de tipificação no Código Penal Brasileiro, com o escopo de conferir ampla tutela protetiva à vida.

Ocorre que, diante do contexto de pandemia, ocasionado pela SARS-CoV-2 (*Severe Acute Respiratory Syndrome – Related Coronavirus 2*), iniciou-se uma demanda desproporcional à oferta de recursos no Brasil, culminando no cenário vigente. Nele, os profissionais da saúde se veem diante da crucificante situação de, diante da pluralidade de indivíduos com quadro igualmente grave de saúde, decidir, com base em critérios pré-estabelecidos, quem receberá os recursos disponíveis.

Em outras palavras, essa escolha — legitimada por escores recomendados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) — consiste no superpoder de um quase Deus, ao determinar quem vive, apesar dessa tomada de decisão médica, muito possivelmente, ocasionar a morte dos preteridos, consubstanciando sacrifícios vitais.

O fator social da escassez de recursos no contexto pandêmico implica, portanto, nesta necessidade extraordinária e inimaginável: sopesar e valorar vidas, bem como suprimir a dignidade individual de uns, mesmo que seja a vida o bem jurídico de mais expressiva tutela no âmbito legal brasileiro. Resta inevitável, indagar-se: em um panorama pós-pandemia, com tal precedente, de quem serão as vidas valoradas como menos dignas? Certamente, a dos mais vulneráveis.

Na presente oportunidade, dar-se-á seguimento a uma análise interdisciplinar, referente à aludida problemática dos cruéis efeitos posteriores da pandemia da COVID-19, no que concerne à proteção da vida, sendo o presente artigo dividido em dois tópicos, com respectivos subtópicos, além da introdução.

Inicialmente, serão feitas breves considerações sobre o direito à vida, trazendo à tona, de forma crítica, o posicionamento jurisprudencial pátrio acerca da suposta inviolabilidade absoluta desse direito. Ademais, serão tecidos comentários críticos pertinentes à supressão da dignidade da pessoa humana, de onde culmina o direito de todos a uma vida digna, em prol da coletividade.

Ato contínuo, será tratada a vigente relativização do direito à vida no contexto da pandemia da COVID-19 e, por fim, trabalhar-se-á a questão cerne desta pesquisa: os efeitos nocivos dessa prática de relativização do direito à vida dos marginalizados da sociedade. Afinal, as sequelas das “Escolhas de Sofia”¹, certamente, serão suportadas pelas parcelas mais vulneráveis e segregadas da sociedade: os idosos e as pessoas com deficiência.

Quanto à metodologia, mostra-se importante expor que esse estudo se fundamenta no método dedutivo de pesquisa. Ou seja, será baseado, predominantemente, na análise de meios bibliográficos e documentais, além do método indutivo, aplicado por meio da formulação de conclusão crítica, respaldados em premissas individuais pertinentes ao tema, com o escopo de aprofundar a problemática em questão.

¹ A expressão “Escolha de Sofia” é utilizada para representar decisões que o indivíduo tenha que tomar em um contexto de dilema, tendo que decidir entre duas alternativas insuportáveis, mas que não possa abrir mão de fazer essa escolha. A expressão se refere à narrativa do filme “A Escolha de Sofia” de William Styron, em que retrata a vida de Sofia, mãe polaca de 2 filhos, que presa no campo de concentração de Auschwitz, vê-se obrigada a ter que escolher um, entre os dois filhos, para morrer, sob pena de que se não escolhesse, os dois seriam mortos. Tendo, portanto, a chave de com sua escolha salvar de pelo menos um dos seus filhos da morte.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Ab initio, antes de adentrar na problemática central do presente estudo, mostra-se imperiosa uma breve análise acerca do direito fundamental à vida, o qual é de uma complexidade inesgotável e pressuposto elementar dos demais direitos e liberdades previstos da CRFB/88 (MENDES; BRANCO, 2013, p. 255).

Afirma-se que todos têm direito à vida. No entanto, quando pesa a incontestável relevância desse direito, tendo em vista que sem vida não há o que se falar em liberdade, tampouco em propriedade, a atribuição de cunho inviolável a esse direito, conferido pela Carta Magna no caput do seu artigo 5º, não isenta esse atributo de debates doutrinários, nem de posicionamentos críticos por parte dos tribunais pátrios. Afinal, seria o direito à vida absolutamente intocável?

A filosofia clássica de Aristóteles, bem como a teológica de São Tomás de Aquino, naturalmente leciona a ótica da vida atrelada à santidade (COSTA; CAMPOS, 2018, p. 688). Admissível, portanto, seria a incipiente visão fundada na impossibilidade de atuação contrária à vida, encarada como o bem mais precioso do ser humano.

Ocorre que, em pontuais situações, os diplomas pátrios admitem a flexibilização do direito à vida. É o que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contempla em seu artigo 5º, XLVII, ao prever a pena de morte em caso de guerra.

É mister destacar que não apenas a CRFB/1988 relativiza, ainda que pontualmente, esse direito, mas também o Código Penal Brasileiro — diploma dedicado a previsão de penalidades por violações a direitos como o próprio direito à vida — que prevê, dentre outros exemplos, a hipótese do estado de necessidade e da legítima defesa, como excludentes de ilicitude, no seu artigo 23, incisos I e II, respectivamente.

A ótica doutrinária não é silente quanto à questão, a exemplo do constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes (*apud* MABTUM, 2015, p. 421) que leciona não haver no ordenamento jurídico brasileiro valores absolutos, nestes inclusos a própria dignidade humana, embora seja esta considerada a prioridade absoluta da tutela jurídica pátria, havendo a possibilidade de limitação na ocasião de conflito de direitos fundamentais.

No que pese a ideologia da supremacia do direito à vida como um mecanismo de

defesa, depreende-se do manifesto que não há o que se falar em direito absoluto, em especial sob a ótica inserta no contexto do Estado Democrático de Direito (SILVA JÚNIOR, 2007, *online*). É essa, inclusive, a visão jurisprudencial dominante dos tribunais brasileiros, consistente na aceção de que nenhum direito ou garantia possui caráter absoluto, encontrando limites diante de eventual colisão de direitos fundamentais. Infere-se essa ótica do emblemático teor do HC 103.236, unânime e sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, *online*).

À luz das razões supra, depreende-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) se mostra coerente com a integralidade do ordenamento jurídico brasileiro, também com o sistema institucional do país, contemplando a permissiva hipótese de, em eventuais situações que impliquem em uma dicotomia de direitos, haja a relativização de direitos fundamentais em prol de outros.

Entrementes, inobstante não se possa vislumbrar a inviolabilidade absoluta do direito à vida, não se deve olvidar que ele consiste em uma garantia fundamental, constitucionalmente assegurada, sendo pontuais e excepcionais as situações em que se permite o sacrifício do bem jurídico vida, não admitindo mediocrização, tampouco discriminação.

1.1 A supressão da dignidade humana individual em prol do bem-estar social

Patente é a expressividade do direito à vida. Entretanto, é imperioso atentar-se que o direito à vida transcende a existência corpórea, abrangendo em si o modo qualificado, de onde se depreende que o aludido direito abarca uma garantia à vida digna, que sobrepuja o aspecto meramente quantitativo (FREIRE, 2019, p. 201).

Nesse ínterim, contempla-se que não há como discorrer sobre o direito à vida sem exaltar sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana. Esta, fundamento da própria República Federativa do Brasil, — vide inciso III, do artigo inaugural da *lex mater*. Afinal, dessa correlação, denota-se que o direito à vida não se limita à sobrevivência, implicando no mínimo existencial garantidor e acarretando ao Estado, em contrapartida, um cunho de defesa e, concomitantemente, de garantia, tendo em vista ser a dignidade a essência dos direitos da personalidade, os quais possuem como pressuposto o respeito à dignidade humana (MABTUM;

MARCHETTO, 2015, p. 466, 471).

Enquanto isso, Matheus Mabtum (2015, p. 395) assevera que a dignidade da pessoa humana há de ser encarada como “o principal valor humano”. Por isso, ela repercute e baliza o ordenamento jurídico como um todo, fundado na proteção da pessoa contra situações desumanas.

Dignidade, portanto, não corresponde a um mero atributo ou direito da pessoa. Caso contrário, estaria previsto no rol de direitos fundamentais, contemplados no dispositivo 5º da Lei Maior. Há uma razão desse valor estar elencado como um pilar do próprio Estado. A dignidade apenas é, sendo o seu ser intrínseco à própria existência humana (COSTA; CAMPOS, 2018, *online*).

Nas lições de Maria Amália Alvarenga (*apud* MABTUM, 2015, p. 412), infere-se que a dignidade consiste no âmago da integralidade da tutela jurídica pátria, o que enseja a acepção de que a existência humana com dignidade deveria permear todas as etapas da vida do indivíduo, cabendo ao Estado uma atuação garantidora (MABTUM, 2015, p. 718).

Destaca-se que não apenas no âmbito legal e doutrinário subsiste proteção à dignidade humana. No que tange à bioética, seus princípios fundamentais — autonomia, beneficência e justiça — possuem o escopo de valorizar a vida e dignidade humana. Afinal, enquanto a autonomia é fundada no respeito à pessoa e a beneficência prega o bem-estar do paciente, sem que lhe sejam causados danos à sua saúde mental e corpórea, o da justiça leciona que àqueles com as mesmas necessidades devem ser asseguradas as mesmas oportunidades (MABTUM, 2015, p. 261, 270).

No entanto, sob uma ótica crítica, não se pode afirmar a observância à dignidade individual no vigente cenário de pandemia. O que se observa é um paradoxo: a legitimação da relativização do direito à vida e do respeito à dignidade de uns — consubstanciada na ausência de oferta de tratamento médico adequado — em prol do mesmo direito à vida de outros indivíduos. Prática, cujo respaldo reside no bem-estar social e concretiza a ponderação de valores ante a inexistência de valor absoluto.

Esclarece-se que não há o que se insurgir contra a patente situação de calamidade pública vivenciada, a qual enseja medidas drásticas e necessárias, dada a transmissão comunitária do vírus, declarada pelo Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 454 de 20 de

março do corrente ano. Embora seja a preterição de vidas uma conduta cruel, é necessária ao todo social, conforme o que prevê o Pacto de São José da Costa Rica de 1969 — ratificado pelo Brasil em 1992 — em seu artigo 32, nº 2, que leciona que “Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática” (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, *online*).

Não são raras as defesas utilitaristas respaldadas no bem comum e em ações socialmente justas, sendo inegável a força do utilitarismo filosófico — corrente expressivamente contemplada por referenciais teóricos, como o norte-americano John Rawls —, baseada na ideia de sacrifício individual com vistas a algo mais abrangente: a comunidade (MULINARI, 2020, *online*).

O que são problematizados no presente estudo não são os fatos e a criticidade da situação enfrentada, mas os efeitos sociais que perdurarão na ideologia de uma sociedade marcada pelo individualismo egocêntrico, certamente exacerbado pelo aumento da marginalização dos grupos mais vulneráveis e, sob essa perspectiva utilitária, menos úteis à sociedade.

Observa-se que, não apenas o direito constitucional à vida está sob relativização para garantir o uso eficiente dos recursos escassos, mas o dele decorrente, o direito à saúde — contemplado nos artigos 196 e 197 da Carta Magna —, além da própria dignidade da pessoa humana, um dos pilares do próprio Estado. É esta circunstância que leva à questão cerne deste estudo, o fruto de uma relativização deste contexto pandêmico, pontual e extraordinário, que não deixará a sociedade ileso, em especial, os mais fragilizados.

1.2 A relativização do direito à vida na “Escolha de Sofia” do médico no contexto da pandemia da COVID-19

O contexto da pandemia impingiu ao mundo um cenário inédito (NEGRI, et. al., 2020, *online*). O aumento do número de casos de COVID-19 demandou urgência no atendimento médico (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020), frente ao “sistema de saúde público já sucateado”

(ALMEIDA, 2013, *online*) e beirando o limite de sua capacidade de atendimento (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, p.31), aliado à “escassez de oferta de suprimentos médicos” essenciais ao atendimento das vítimas de SARS-CoV-2 (MARTINS, 2020). É esse o cenário de Sofia, encarado pelo médico no exercício do seu mister no contexto pandêmico. O médico se viu diante de um processo decisório complexo, uma vez que, encarando pacientes que remanesciam à espera da disponibilidade de um leito de UTI, passou a ter que eleger quem primeiro será atendido, em preterição aos demais, considerando os poucos recursos disponíveis.

Embora o médico estivesse “em tese” preparado para escolhas de vida ou morte — encargo inerente ao ofício — e preparado segundo a bioética complexa, cujo “objetivo centra-se em buscar solucionar problemas, ciente de que não há uma solução ideal, mas buscar achar a melhor solução disponível nas circunstâncias reais” (MORREIN, 1986; 47-63 *apud* GOLDIM, 2009, p. 58), a “Escolha de Sofia” executada é subsidiada por critérios objetivos. Os médicos foram orientados para atendimento e alocação de recursos em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) aos acometidos pela COVID-19, sob critérios que viabilizam o crucial exercício do arbítrio de decisão de quem salvar.

Esses critérios, apresentados como verdadeiras diretrizes de atendimento e avaliação, não dizem ao médico quem ele deveria salvar, mas justificam a escolha tecnicamente, considerando os recursos finitos que não possibilitam a plena capacidade de atendimento de todos.

Por consequência, decorreram diversos normativos que dispõem de protocolos, como a Resolução n. 2.271, da lavra do Conselho Federal de Medicina (CFM) e publicada no Diário Oficial da União, em 23/04/2020. Do seu anexo I, extrai-se um verdadeiro manual de condução dos pacientes que abarca o nível de gravidade, o atendimento a que devem ser submetidos, o grau de atenção que merecem, bem como critério de elegibilidade para internação, subsidiados ainda pela pretérita Resolução nº 2.156/2016 do mesmo órgão, a qual dispõe acerca dos critérios de admissão e alta em terapia intensiva.

O Conselho Regional de Medicina de Pernambuco (CREMEPE) editou a Recomendação nº 05/2020, aconselhando os médicos no processo de decisão a utilizarem o denominado Escore Unificado para Priorização (EUP-UTI) de acesso a leitos de terapia intensiva como fórmula aritmética para tomada de decisão, de acordo com a hierarquização da gravidade dos doentes. O Escore possibilita a escolha do médico por meio de um resultado

numérico que direciona a destinação dos recursos disponíveis para pacientes, mediante a probabilidade razoável de sobrevivência com qualidade de vida aceitável.

Certamente, o escore utilizou critérios científicos dantes utilizados, exigidos pelos princípios da ética, bioética e do direito internacional, os quais determinam que protocolos sejam viabilizados por “um plano de triagem que forneça equitativamente a todas as pessoas a “oportunidade” de sobreviver, porém, observando que esses princípios não garantem tratamento ou sobrevivência de todos”. (BRASIL, 2020, *online*)

A triagem foi instrumentalizada por meio de uma calculadora, isto é, uma espécie de placar numérico consistente no sopesamento da vida do paciente, frente à previsão de sobrevivência em curto prazo, avaliado pelo índice do *Sequential Organ Failure Assessment – SOFA*. A previsão de sobrevivência a longo prazo é outro parâmetro utilizado pela calculadora. Inclusive, o critério de escore para avaliação nesse parâmetro é um dos mais utilizados nas Unidades de Terapia Intensiva (UTI), devido à avaliação das funções respiratórias, hematológicas, hepáticas, cardiovascular e neurológica (FREITAS, *et. al.*, 2014, *online*).

A prática também é lastreada na avaliação da existência do índice de Comorbidade de Charlson - ICC que, por sua vez, calcula o que se chama de morbidade do indivíduo, de forma desvinculada do diagnóstico principal (HITOMI, *et. al.*, 2012, *online*).

Ainda ao que diz respeito aos critérios que fundamentam o escore, há de se levar em conta o *Clinical Frailty Scale* (GERIATRIC MEDICINE RESEARCH, 2020, *online*). Este consiste na indicação do nível de fragilidade ou aptidão de uma pessoa com idade mais avançada, além da previsão de sobrevivência global e de resposta terapêutica, em relação ao desempenho físico e aptidão para atividades normais, medidas pelo *Karnofsky Performance Status - KPS* (POLO, 2009, *online*).

É indubitável que o escore passou a representar o norte de peso à escolha do médico. Posto que, ao fazer uso do recurso da “calculadora da vida”, esta lhe garante uma decisão pautada em um mínimo de justiça, assegurando o direito à vida àquele que tem melhores condições de lutar por ela, conforme suas chances de reação, promovendo o uso equitativo e eficiente dos recursos adequados ao paciente. Resta evidente que os protocolos foram imperiosos na ocorrência do esgotamento absoluto de leitos e suprimentos médicos, levando-se em conta a necessidade de estabelecer ferramentas para viabilizar a decisão acerca de como e de quem seria escolhido.

Todavia, o cenário insculpiu um verdadeiro transbordo tenebroso do direito à vida, porém se sustenta enquanto ferramenta da tomada de decisões no contexto da pandemia da COVID-19, porque amolda-se à hipótese autorizativa à relativização da vida, ante o estado de necessidade.

Com disciplina no artigo 24 do Código Penal, o estado de necessidade parece desenhar o exato panorama médico da “Escolha de Sofia”. Afinal, fazendo ou não uso dos protocolos de triagem dos pacientes, ao escolher a quem salvar de um perigo — que não provocou e nem teria como evitar dada a natureza da doença e a escassez de recursos —, não seria possível exigir que salvasse dois, quiçá mais pacientes, de modo a escolher, inclusive, qualquer dos pacientes, sem submetê-los aos cálculos de chance de vida.

Merece a elucidação de que “a situação de necessidade pressupõe, antes de tudo, a existência de um perigo (atual) que ponha em conflito dois ou mais interesses legítimos, que, pelas circunstâncias, não podem ser todos salvos” (ESTEFAN, 2016, p. 270). Isto é, diante do perigo de morte acometido a todos os convalescentes da COVID-19, tendo todos o interesse e o direito legítimo à vida, mas que não possam ser socorridos em sua integralidade dadas as limitações de recursos, “um deles pelo menos terá que perecer em razão dos demais” (ESTEFAN, 2016, p. 270), ou até a grande maioria, em razão de que só um possa ser salvo, conforme a disponibilidade ínfima de recursos.

Destarte, no estado de necessidade, não se vê mais a máxima da inviolabilidade da vida, dada a licença médica para escolher quem salvar, bem como não se visualiza sua indisponibilidade, dada a incumbência médica de poder dispor da vida, decidindo quem tem mais direito a usufruir dos meios de tê-la salva.

Sem o caráter absoluto, o direito à vida é confrontado consigo mesmo, pois, quando há dois pacientes amparados por esse direito e ante a escassez de recursos, é demandada a relativização, a fim de concretizar certa dignidade ao que melhor reúna condições posteriores de sobrevivência. Vida versus vida: equação que, tecnicamente, não poderia sagrar perdedores, mas fazê-los todos vencedores. Essa relativização revela antinomia própria, na medida em que o médico não pode atuar segundo a norma sem violar uma outra de mesma dimensão e peso, mas que, mesmo assim, deverá optar, escolhendo a vida que salvará.

Nas lições de Ferraz Júnior (2006, p. 7), essa antinomia é pragmática. Decorre do

pressuposto que uma instrução, para ser obedecida — salvar vida — deve ser, ao mesmo passo, desobedecida, deixando o sujeito indeciso.

São, portanto, atitudes inconciliáveis, o dever de salvar a vida e o de escolher quem deve ser salvo. Uma norma proíbe conduta médica omissiva, enquanto a outra autoriza o médico ser omissivo em virtude do cenário de pandemia.

A antinomia jurídica é visualizada porque há normas conflitantes que emanam de um mesmo âmbito normativo. Estas contradizem-se por possuírem operadores opostos (permissão e proibição), e seus conteúdos geram negação interna ao médico em procedê-las, havendo verdadeira prescrição de atuação e omissão. Vislumbra-se, assim, uma situação insustentável ao médico que carece de recurso para solver o impasse de vida instituído. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 209-210)

Nada mais justo que esse processo decisório de sopesamento de vida seja realizado de acordo com o critério de justiça e equidade, promovido pela calculadora científica do score de vida. Nestes cálculos a matemática é exata, embora a forma traga incógnitas que podem ceifar a vida de indivíduos mais vulneráveis, furtando-lhes o direito à vida, inclusive, em tempos vindouros.

2 O EFEITO CASCATA DA MARGINALIZAÇÃO DOS MAIS VULNERÁVEIS SOCIALMENTE COMO RESULTADO DO SOPESAMENTO DE VIDAS

2.1 A vulnerabilidade dos idosos e pessoas com deficiência nas “Escolhas de Sofia”

Embora assegurado rechace a toda aceção de pessoas na seleção de pacientes via Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.156/2016, não se pode olvidar que no cenário de valoração pelo score de vidas, determinada parcela da população parte atrás na largada da corrida pela manutenção do direito vital.

Conquanto o processo de avaliação do paciente não deva levar a efeito o fator etário, a imposição de alocação de recursos aos que apresentem melhores chances de recuperação impõe uma diferenciação que ocasiona a consequente preterição de determinada parcela da

população.

Na tomada de decisão efetuada pelo médico, mediante o cálculo do escore de vida, leva-se a efeito fatores como a escala clínica de fragilidade, a qual guarda estreita relação com a vulnerabilidade fisiológica, sendo um índice de peso aos idosos. Afinal, correlaciona-se a reserva homeostática, que com o avançar da idade é diminuída e, conseqüentemente, tem a capacidade do organismo reduzida para encarar as enfermidades que podem acometê-los, aumentando a probabilidade de morte (LOURENÇO; *et. al.*, 2018, *online*).

A fragilidade denota, portanto, a diminuição da capacidade funcional que envolve os sistemas orgânicos (FRIED, 2001 *apud* LOURENÇO; *et. al.*, 2018, *online*). Noutras palavras, diz-se que representa “um estado de aumento de vulnerabilidade fisiológica, apresentada de forma heterogênea, associada à idade cronológica e reflete alterações fisiológicas multissistêmicas com repercussões sobre a capacidade de adaptação homeostática”. (FRIED, 2001 *apud* LOURENÇO; *et. al.*, 2018, *online*)

A calculadora da vida, ao possibilitar a hierarquização dos pacientes por sua gravidade, prioriza os que têm maiores chances de sobreviver. O que, ante a escala de fragilidade, implica em grande penalização aos idosos ao calcular a chance de vida.

Quanto maior a pontuação, menor a chance de sobrevivência. Logo, mostra-se questionável a razoabilidade da destinação de recursos, levando-se em conta que o jovem, naturalmente, pontua melhor (menos) em termo do índice de fragilidade.

Cumprido destacar a determinação do Conselho Regional de Medicina de Pernambuco (CREMEPE), de que o *Clinical Frailty Scale* sempre deve ser aplicado para doentes com idade igual ou maior a 60 anos (CREMEPE, 2020, *online*), demonstra que o cálculo da vida promove sim a discriminação do paciente por sua idade, em contraponto ao que garante a Lei n. 10.741/2003, o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003, *online*).

Contudo, não só a fragilidade consiste em índice discriminatório. O índice de Comorbidade de Charlson – ICC, igualmente, faz acepções que interferem na balança quanto à igualdade e à equidade de destinação dos recursos.

Uma vez pautado na avaliação de comorbidades, o índice aprecia o paciente mediante pontuação de diferentes pesos àquele que apresenta “demência, diabetes, doença cerebrovascular, doença do fígado, [...] hipertensão, insuficiência cardíaca, leucemia, linfoma,

tumores, [...] SIDA e ainda a paraplegia ou hemiplegia” (CREMEPE, 2020, *online*). Todos consistem em aspectos que pontuam em desfavor daqueles que os apresente, afastando o paciente da probabilidade de atendimento.

Nesse sentido, não só os idosos são deixados à margem da salvação, mas também as pessoas com deficiência que demandam necessidades especiais, à exemplo da paraplegia ou ainda da hemiplegia, esta consistente em uma convalescência que marca o paciente com a paralisia de movimentos de um lado do corpo (THINEN; TSUKIMOTO; TSUKIMOTO 2016, *online*), importando em uma possível deficiência que valorar-se-á negativamente para o atendimento.

Perfaz-se, assim, um quadro fático, em que a maior probabilidade de óbitos é, justamente, dos mais vulneráveis, pois são discriminados na escolha de quem será salvo ante a desvantagem natural. Revela-se que nesta escolha nem todos parecem ser dignos do atendimento que lhes garantirá a vida.

Não se tem direito à vida ou à existência digna apenas porque já não vivem a vida em sua plenitude. Assim, o cálculo de probabilidade de sobrevivência leva em consideração peculiaridades do paciente que, na prática, os discriminam precipuamente. Demonstra que a oportunidade de sobreviver inicia-se deficitária para os indivíduos mais vulneráveis, não garantindo paridade no tratamento ou sobrevivência a todos de igual modo.

2.1.1 Os efeitos nocivos à dignidade humana

A análise de dados vitais, a probabilidade de anos de vida a partir do cálculo de sobrevida e a avaliação se um paciente é totalmente ativo ou completamente incapaz, como critérios para a escolha de quem será contemplado com um leito de UTI, descortina a face discriminatória provocada pela pandemia da COVID-19.

A utilização do escore de priorização da vida esconde uma cadeia de pormenores que, quando esmiuçados, revelam total incongruência da escolha médica frente ao dever de cuidado. Em especial, o direito prioritário à saúde que detêm os idosos e as pessoas com deficiência, conforme asseguram seus respectivos Estatutos e a própria Carta Magna.

A despeito do discorrido sobre a dignidade humana, o atendimento prioritário, que advém das condições de vulnerabilidade dos referidos indivíduos, está sendo relativizado por um cálculo matemático frio e distante de uma escolha humanizada.

Os limites de intervencionismo do médico, oriundos da escassez de recursos — em especial, de leitos de UTI e respiradores — quando confrontados com as restrições dos pacientes idosos ou com deficiência, demonstram uma escolha em prol de uma coletividade seleta. Sacrifício da minoria em benefício de uma maioria, em que os grupos menos expressivos são os mais vulneráveis. Esses são a parcela da população que mais tem seus direitos violados. No cenário hospitalar da COVID-19, essa prática continua a acontecer, não havendo direito à vida ou dignidade que afaste esse critério de escolha tão discriminador.

Na “Escolha de Sofia” sequer há uma cota apta a garantir o mínimo de igualdade de oportunidades de entrada nos leitos hospitalares de UTI. O que se observa é segregação. Como se os referidos grupos consistissem na exceção do direito à vida, de forma que a métrica do escore revela o preconceito do entendimento velado de que os idosos já viveram demais e não merecem mais a oportunidade da vida, ou que são limitados demais para viver a vida.

Ser uma pessoa com deficiência ou idosa é ser mais vulnerável, não necessariamente ao vírus, mas à escolha médica, a qual poderá, por isso, lhe furtar o direito de viver. Por isso, afirma-se que é ser muito mais do que de um grupo de risco, é integrar um outro grupo, o dos excluídos das escolhas médicas, apenas por carregarem o estigma da idade ou da limitação, seja ela física ou psíquica.

São vulneráveis porque são os que estão na linha de frente da guerra, os primeiros mártires, que têm seus direitos violados mais facilmente. Embora na velhice ou na deficiência a legislação pátria pregue a vida digna, não é assegurada igual guarida no cenário vigente de cálculo da vida, em que os integrantes de tais grupos são postos como peso justificador à relativização de viver, sem sequer assegurar-lhes o mínimo existencial como garantia básica à existência e fim de vida igualmente digna.

Sobre os efeitos desse contexto assustador, é imprescindível ressaltar que, embora legítima, não se pode omitir a seletividade patente nas “Escolhas de Sofia” de hoje. Sob viés crítico, legitima-se um cruel panorama posterior, fundado no abandono de vidas por razões outras que não o corrente cenário catastrófico. Afinal, com inequívocas raízes utilitaristas, a

crucificante escolha implica em um exercício limitativo e escalonar da vida e da dignidade individual, embora respaldada nos aludidos escores dispostos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) através da Resolução nº 2.272/2020.

Não se pode entender como inovação a utilização de planos de triagens com critérios seletivos de pacientes, a fim de promover, em situações de calamidade e catástrofes, formas adequadas de assegurar — supostamente a todas as pessoas — a oportunidade de sobrevivência. Os critérios, infelizmente, são de contínua verificação em situações que demandam relativização legal da vida.

Não há como olvidar o fato de que os indivíduos, cujas vidas não são preteridas, apoiam-se no resíduo de uma justiça injusta, consubstanciada na arbitragem de que vida é mais valiosa e mais digna, implicando, via de consequência, no sacrifício dos mais vulneráveis. É essa constatação que ocasiona a seguinte análise: se todo indivíduo possui caracteres únicos, não há como mensurar a dignidade de uma vida, sacrificando-a por outra supostamente mais digna, quando a dignidade, em verdade, não constitui sequer um atributo.

Indubitavelmente, a reflexão crítica frente a este cenário é inquietante e retórica. Pois, embora legítimo, também é cruel. Parece ser consolidado o direito de todos a uma vida digna, ao passo que é igualmente legítima a inação em relação a uns, consubstanciada nas recomendações da prática de “Escolhas de Sofia”, como uma espécie de curativo em nome de um bem maior: o social, vigendo a conhecida máxima da lei do mais forte.

Por isso, é imperioso destacar que o vilão a ser enfrentado na sociedade brasileira pós-pandemia, em decorrência do efeito cascata do sopesamento e valoração de vidas fundados na escassez de recursos, certamente, é o precedente fático que tal conduta gera. Mais uma vez, a balança tende a descer do lado dos marginalizados da sociedade, dentre os quais, os idosos e as pessoas com deficiência, grupos que tendem a ter seus direitos ainda mais marginalizados no porvir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infere-se que, embora o direito fundamental à vida seja objeto de robusta tutela jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista ser dele de onde emanam os direitos da

personalidade, o aludido direito não possui o atributo de absolutamente inviolável, ante a inexistência de tutela de direitos absolutos pela CRFB/88.

É essa violação que marca o cenário de pandemia vigente. Afinal, com a insuficiência de recursos e o esgotamento da saúde pública no país, oriundos da COVID-19, patente é a verificação de um estado de necessidade, panorama propulsor das crucificantes “Escolhas de Sofia”. Essas cruéis tomadas de decisões integram a realidade pandêmica atual, sendo praticadas por parte dos profissionais da saúde no exercício de determinar que vida deve ser preservada mediante a destinação de recursos, mesmo que essa medida implique no óbito de indivíduos outros.

Nessa toada, observa-se não apenas a relativização do direito à vida, como também o sacrifício da dignidade da pessoa humana — a razão de ser dos direitos fundamentais — de sujeitos cuja perda é justificada pelo bem-estar social.

Os sacrifícios são legitimados por escores oriundos de critérios recomendados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). Estes, embora legais, por vezes se mostram discriminatórios, contribuindo em muito com a marginalização dos indivíduos mais hostilizados na sociedade, em especial os idosos e as pessoas com deficiência, dada a sua maior vulnerabilidade.

Denota-se que, embora necessárias no contexto da COVID-19, as “Escolhas de Sofia”, baseadas no utilitarismo, gerarão repercussões severas à sociedade, dentre elas, certamente, a segregação dos sujeitos socialmente preteridos e considerados mais úteis à comunidade, em contraponto à banalização dos direitos, inclusive à vida, daqueles mais fragilizados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Nemésio Dario. A saúde no Brasil, impasses e desafios enfrentados pelo Sistema Único de Saúde: SUS. **Rev. Psicol. Saúde**, Campo Grande, v. 5, n. 1, p. 01-09, jun. 2013. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2013000100002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 16 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

BRASIL. **Coronavírus:** Painel Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 09 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 10.212, de 30 de janeiro de 2020**. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.272, de 14 de fevereiro de 2020**. 2020. Disponível em: <https://abmes.org.br/legislacoes/detalhe/3069/resolucao-cfm-n-2.272>. Acesso em: 15 jul. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE PERNAMBUCO. **Calculadora do Escore Unificado para Priorização em Unidades de Terapia Intensiva – EUP-UTI**. Disponível em: <http://cremepe.org.br/calculadoraep/>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE PERNAMBUCO. **Recomendação n. 05 /2020**. 2020. Disponível em: http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%83O-CREMEPE-N%C2%BA-05_v.final_.pdf. Acesso em: 16 jul. 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1969. Procuradoria Geral do Estado. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

COSTA, Eva Dias. O direito à vida implica o direito a morrer?: pessoa e eutanásia. **Revista da Ordem dos Advogados**, Portugal, v. 78, n. 3, p. 683-705, jul. 2018. Semestral. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/2853/1/14-Eva%20Dias%20Costa.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2020.

ESTEFAN, André. **Direito Penal**. Vol. 1: Parte Geral. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREIRE, Luíza Trindade. **A autonomia do paciente terminal e o direito à morte digna**. In: CALADO, Vinícius de Negreiros. SANTOS, Bruna Barboza Correia dos (org.). **Direito Médico e da Saúde II**. 1ªed. Recife: FASA, 2019

FREITAS, Gustavo Rocha Costa de et al. Relação entre o *Sequential Organ Failure Assessment* (SOFA) e a pressão intra-abdominal em unidade de tratamento intensivo. **ABCD, arq. bras. cir. dig.**, São Paulo, v. 27, n. 4, p. 256-260, Dec. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-67202014000400256&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 jul. 2020.

GERIATRIC MEDICINE RESEARCH. **Clinical Frailty Scale**. Disponível em: <https://www.dal.ca/sites/gmr/our-tools/clinical-frailty-scale.html>. Acesso em: 14 jul. 2020.

GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. **Rev. AMRIGS**, n. 53, v. 1, jan-mar. 2009, p. 58-63. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/biblio-848232>. Acesso: 02 jul. 2020.

HITOMI, Wagner Y.; et. al. O índice de comorbidade de Charlson como ferramenta do Observatório Regional de Atenção Hospitalar. *In: XIII Congresso Brasileiro Em Informática em Saúde*, 2012, São Paulo. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/21184576/O_%C3%8Dndice_de_Comorbidade_de_Charlson_como_ferramenta_do_Observat%C3%B3rio_Regional_de_Aten%C3%A7%C3%A3o_Hospitalar. Acesso em: 16 jul. 2020.

LOURENÇO, Roberto Alves; et. al. Consenso brasileiro de fragilidade em idosos: conceitos, epidemiologia e instrumentos de avaliação. **Geriatrics, Gerontology And Aging: Geriatrics, Gerontology and Aging**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 121-135, jun. 2018. Zeppelini Editorial e Comunicação. Disponível em: <https://cdn.publisher.gn1.link/ggaging.com/pdf/v12n2a10.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

MABTUM, Matheus Massaro. MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Editora UNESP, 2015.

MARTINS, Alexandre A. **Três obrigações bioéticas na resposta à Covid-19 e à escassez de recursos**. 2020. Instituto Humanitas Unisinos. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597569-tres-obrigacoes-bioeticas-na-resposta-a-covid-19-e-a-escassez-de-recursos>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Boletim Epidemiológico n. 8**. Secretaria de Vigilância Em Saúde e. 2020. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/09/be-covid-08-final-2.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 454**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587> Acesso em: 08 jul. 2020.

MULINARI, Filício. **Ética e Justiça Social em tempos de pandemia**. Early Draft. 2020. Disponível em: <https://cefetes.academia.edu/FilicioMulinari>. Acesso em: 15 jul. 2020.

NEGRI, Fernanda de; ZUCOLOTO, Graziela; MIRANDA, Pedro; KOELLER, Priscila. **Ciência e Tecnologia frente à pandemia**. 2020. IPEA. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/artigos/artigos/182-corona>. Acesso em: 16 jul. 2020.

NUNES, Maíra. **Situação se agrava no Ceará e 100% dos leitos de UTI estão ocupados**. Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/04/17/interna-brasil,845457/situacao-se-agrava-no-ceara-e-100-dos-leitos-de-uti-estao-ocupados.shtml>. Acesso em: 02 jul. 2020.

POLO, Larissa Helena Vitoriano; MORAES, Marcia Wanderley de. **Performance de Zubrod e Índice de Karnofsky na avaliação da qualidade de vida de crianças oncológicas**. Revista Einstein. v. 3, 2009. Disponível em: http://apps.einstein.br/revista/arquivos/PDF/1241-Einstein%20v7n3p314-21_port.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. **No Estado Democrático, não existe nenhum direito absoluto**. 2007. ConJur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-27/estado_democratico_nao_existe_nenhum_direito_absoluto. Acesso em: 15 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC n. 103236/ES**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Dje. Brasília, 02 set. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613901>. Acesso em: 14 jul. 2020.

THINEN, Natalia Cristina; TSUKIMOTO, Denise Rodrigues; TSUKIMOTO, Gracinda Rodrigues. Avaliação funcional de pacientes com hemiplegia pós acidente vascular encefálico. **Acta Fisiátrica**, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 25-29, mar. 2016. Trimestral. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/actafisiatrica/article/view/137606/133254>. Acesso em: 12 jul. 2020.

**A APLICABILIDADE DA TEORIA NA IMPREVISÃO AOS
CONTRATOS DESCUMPRIDOS EM RAZÃO DA PANDEMIA DO
COVID-19**

THE APPLICABILITY OF THEORY IN IMPREVISION TO BREACHED CONTRACTS
UNDER COVID-19 PANDEMIC

Letícia Vasconcelos Nascimento

Universidade Estadual de Montes Claros
leticiavasconcelos_@hotmail.com

Rosana dos Santos Martins

Universidade Estadual de Montes Claros
rosana.santos.martins.adv@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos descumpridos em decorrência de situações provocadas pela pandemia do COVID-19, como resposta jurídica ao desequilíbrio contratual provocado pela crise eminente que atinge as pessoas físicas e jurídicas. Questiona-se quais as circunstâncias que podem ser consideradas imprevisíveis e se a parte atingida pode utilizar o mecanismo com vistas a evitar maiores prejuízos para sua família ou negócio. Foi utilizada pesquisa bibliográfica, abordando os diversos conceitos em que o nosso ordenamento permite a aplicação da Teoria da Imprevisão, bem como os entendimentos jurisprudenciais a respeito do tema. Além disso, foi realizada uma breve análise do projeto de lei 1.179/2020, aprovado como Lei 14.010/2020 que trata do regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado.

Palavras chave: COVID-19, Contratos, Teoria da imprevisão, onerosidade.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the possibility of applying the Theory of Unpredictability to breached contracts as a result of situations caused by the COVID-19 pandemic, as a legal response to the contractual imbalance caused by the imminent crisis that affects individuals and companies. It is questioned which circumstances can be considered unpredictable and if the affected party can use the mechanism in order to avoid further damage to their family or business. Bibliographic research was used, addressing the various concepts in which our order allows the application of the Theory of Unforeseen, as well as the jurisprudential understandings regarding the theme. In addition, an analysis is made of the bill 1,179 / 2020 that intends to bring legal solutions to the current crisis.

Keywords: COVID-19, Contracts, Theory of unpredictability, onerosity.

1 INTRODUÇÃO

As cláusulas pactuadas em um contrato seguem o princípio do *pacta sunt servanda*, de modo que uma vez assumidas, devem ser cumpridas com vistas a garantir a segurança jurídica das partes.

Entretanto, a discussão a respeito da revisão ou resolução dos contratos por meio da aplicação da teoria da imprevisão, cláusula *rebus sic stantibus*, é necessária e oportuna, uma vez que a mudança na situação social e econômica pode gerar a necessidade de adequação do contrato para instaurar o equilíbrio contratual em um pacto que, por algum motivo, se tornou excessivamente oneroso.

Em virtude da pandemia do coronavírus (COVID-19), torna-se ainda mais necessária a discussão sobre a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos, porque o que se observa da análise da realidade é que muitos pactos se tornarão excessivamente onerosos em razão dos impactos econômicos e sociais da situação que o mundo vivencia.

As empresas e comércios permanecem com funcionamento reduzido, muitos trabalhando em regime de home office e outros sequer retornaram as suas atividades; os bancos estão operando em horários reduzidos, dentre outras mudanças. Desse modo, a diminuição das vendas, a queda na produção, o aumento no índice de desemprego, são algumas das consequências até pouco tempo imprevisíveis e que impactam de modo direto os contratos firmados.

Uma das possibilidades para alcançar o equilíbrio contratual é a revisão das cláusulas contratuais, que pode ser aplicada em situações específicas trazidas em lei. E a consequência mais drástica seria a resolução do contrato, que somente tem respaldo legal nos contratos de execução continuada ou diferida que por algum motivo se tornam excessivamente onerosos as partes.

O presente artigo tem como objetivo analisar a teoria da imprevisão e sua aplicação no direito brasileiro, com uma abordagem da possível utilização de tal teoria aos contratos que serão atingidos pelos efeitos vividos em decorrência da pandemia do COVID-19.

2 O PACTA SUNT SERVANDA

O *pacta sunt servanda* é a materialização do princípio da obrigatoriedade segundo o qual o contrato vincula as partes de forma definitiva, ou seja, após definirem as cláusulas as partes estão obrigadas a cumprir o avençado, sob pena de forçarem a sua execução.

De acordo com o *pacta sunt servanda*, também conhecido como força obrigatória dos contratos, tem força de lei o estipulado pelas partes durante a avença. Assim, todo o conteúdo do negócio jurídico deve ser realizado, representando certa restrição da liberdade para aqueles que contrataram. Alguns autores o tratam como princípio do consensualismo (TARTUCE, 2016).

Com a Revolução Francesa os princípios da autonomia e o *pacta sunt servanda* foram elevados a categoria de fundamentos do sistema contratual, necessários a preservação da segurança jurídica sendo considerados intangíveis. Foram deixados em segundo plano os mecanismos de reequilíbrio contratual, mesmo nas hipóteses de modificação da situação fática do momento em que foi celebrado o contrato (THEODORO, 2012).

Desse modo, se o acordo de vontades acontece dentro da esfera de liberdade reservada aos particulares, as regras estabelecidas impõem-se coercitivamente às partes, ressalvadas as hipóteses de inserção de cláusula de arrependimento ou arras penitenciais (NADER, 2016).

Entretanto, é importante compreender que a obrigatoriedade não é absoluta, uma vez que encontra limitação em outros princípios, como por exemplo, o da boa-fé, legalidade e igualdade. Desse modo, os princípios integram um sistema harmônico, e o *pacta sunt servanda* é o princípio que obriga as partes nos limites da lei (MARQUES, 1995).

O Código Civil de 2002 não traz previsão expressa do *pacta sunt servanda*, porém, os artigos 389, 390 e 391 dispõem sobre o cumprimento das obrigações e as consequências que advém do seu descumprimento. Assim ficam afastadas as dúvidas quanto à obrigatoriedade das convenções como princípio do ordenamento jurídico.

Portanto, atendidos os pressupostos de validade do contrato as cláusulas pactuadas possuem validade quase absoluta entre as partes, entretanto se deve atentar para os princípios e normas que precisam estar em harmonia com a convenção das partes.

3 A TEORIA DA IMPREVISÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A teoria da imprevisão comumente conhecida como cláusula *rebus sic stantibus* está relacionada à alteração da base negocial, isto é, os efeitos produzidos pelo evento anormal ao curso do contrato (BORGES, 2002).

Autores afirmam que a revisão dos contratos em razão da ocorrência de situações extraordinárias encontra raízes mais remotas na codificação mesopotâmica, citando a Lei 48 do Código de Hamurabi que previa:

Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o seu campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano (GAGLIANO, 2019, p. 294).

A presença ou não da possibilidade de alteração das cláusulas contratuais no Direito Romano é controverso, autores como Nelson Borges sustentam que é nele que se encontra o início da cláusula *rebus sic stantibus*, sendo a primeira referência à sua essência, qual seja, a permanência das coisas em seu estado de criação, passíveis de serem encontradas nos escritos de Cícero, Sêneca e Polybios (150 a.C). Giuseppe Osti. Entretanto, no início a cláusula tinha um conteúdo moral e, no campo jurídico, sua infiltração foi lenta (LEITE, 2013).

Entretanto, muitos doutrinadores afirmam que a cláusula *rebus sic stantibus* era aplicada pelos romanos de forma assistemática, pois vigorava a regra do *pacta sunt servanda*, uma vez que o direito romano era marcado pelo formalismo, individualismo, e sobretudo, pelo absolutismo. Assim, assumida a obrigação deveria ser cumprida, mesmo com prejuízos para o adimplente em obediência a regra de que o contrato faz lei entre as partes (BORGES, 2002).

A criação das bases da teoria da imprevisão é atribuída a meados da Idade Média e foi difundida pelos filósofos católicos, e depois por juristas do direito canônico, bem como por meio das decisões dos tribunais eclesiásticos vindo a se consolidar no trabalho dos pós-glosadores (BORGES, 2002).

Foi com a Revolução Francesa que a cláusula *rebus sic stantibus* foi esquecida, pois o Código Napoleônico tornou expressa a obrigatoriedade dos contratos, não fazendo qualquer menção a cláusula, sendo o reflexo do Estado Liberal, onde não há intervenção nas relações privadas. Oliveira destaca:

Era o retorno à velha doutrina romana da intangibilidade do contrato. Era o advento do individualismo do século XIX. E a cláusula *rebus sic stantibus* tornou-se peça de museu, foi condenada ao abandono(OLIVEIRA, 1968, p. 45).

Após a primeira Guerra Mundial, com a depreciação da moeda que levou a um desequilíbrio nos contratos de prestação sucessiva, iniciou-se no mundo jurídico as discussões a respeito da possibilidade de revisão de contratos. A partir de então as partes começaram a pleitear a revisão das cláusulas ou a resolução dos contratos (GLAGLIANO, 2019).

Todavia é válido ressaltar que antes mesmo do final da primeira Grande Guerra devido às dificuldades encontradas com a escassez de matérias primas e a enorme depreciação dos bens a cláusula *rebus sic stantibus* foi invocada (OLIVEIRA, 1968).

Antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, no Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vinha admitindo a mitigação do *pacta sunt servanda*, com a aplicação da teoria da imprevisão:

O princípio *pacta sunt servanda* deve ser interpretado de acordo com a realidade sócio-econômica. A interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo. O magistrado deve ser o crítico da lei e do fato social. A cláusula *rebus sic stantibus* cumpre ser considerada para o preço não acarretar prejuízo para um dos contratantes. A lei de locação fixou prazo para a revisão do valor do aluguel. Todavia, se o período, mercê da instabilidade econômica, provocar dano a uma das partes, deve ser desconsiderado. No caso dos autos, restara comprovado que o último reajuste do preço ficara bem abaixo do valor real. Cabível, por isso, revisá-lo judicialmente. REsp. nº 177.018/MG, Sexta Turma, rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. Em 20.08.1998, publ. em 21.09.1998, DJ, p. 00250 (BRASIL, REsp 177.018/MG, 1998).

O Código Civil de 1916 tinha características semelhantes ao Código Napoleônico, por isso prevalecia a concepção de que o contrato faz lei entre as partes, embora o Código não fizesse menção ao *pacta sunt servanda*(LEITE, 2013).

A doutrina discute a respeito da adoção da teoria da imprevisão no que tange a revisão dos contratos por fato superveniente, pelo Código Civil de 2002. Para a primeira corrente, foi adotada a teoria da imprevisão, de origem francesa que tem menções também na jurisprudência. Todavia, a segunda corrente entende que o país adotou a teoria da onerosidade excessiva que tem inspiração no Código Civil Italiano de 1942. Trata-se de tema controverso, discutido na III e IV Jornada de Direito Civil, mas sem chegar a um consenso (TARTUCE, 2016).

Comentando a questão controvertida, Tartuce assevera que afastando as discussões acadêmicas mais profundas sobre o tema, o Código Civil de 2002 consagra a revisão contratual

por fato superveniente diante de uma imprevisibilidade somada a uma onerosidade excessiva (TARTUCE, 2016).

De acordo com a posição majoritária o Brasil em seu atual Código Civil permitiu a aplicação da teoria da imprevisão, conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*, que possibilita a revisão dos contratos, representando uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade diante dos contratos de execução continuada ou diferida. De acordo com Nader:

Nos contratos de trato sucessivo ou a termo, as partes definem obrigações que deverão ser cumpridas muito tempo após, podendo, por isto, se surpreender com mudanças substanciais na ordem social e econômica, que dificultem ou inviabilizem o adimplemento. Eis o enunciado integral da cláusula: *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus* (Nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação) (NADER, 2016, p. 58).

Os contratos sucessivos são uma das subdivisões dos contratos de duração, estão incluídos nos contratos de execução periódica, que se executam mediante prestações periodicamente repetidas, são propriamente os contratos de trato sucessivo (GOMES, 2007).

Ou seja, se no momento em que as obrigações forem executadas tiver ocorrido uma alteração na situação de fato, em comparação com a existente no momento em que se firmou o contrato, tornando as prestações excessivamente onerosas para uma das partes, o Código Civil admite a resolução do contrato. A teoria da imprevisão está consagrada no art. 317 do CC/02, desde que requerida pela parte:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação (BRASIL, 2002, on-line).

E de acordo com a regra do art. 478 do CC/02 a parte que ficar prejudicada com a onerosidade excessiva poderá requerer a resolução contratual:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação (BRASIL, 2002, on-line).

Além disso, o art. 479 estabelece que o réu poderá pleitear a modificação das condições do contrato ao invés do seu desfazimento: “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.” BRASIL, 2002, on-line).

Assim, a parte prejudicada pela onerosidade excessiva poderá requerer judicialmente a resolução do contrato, desde que comprove: a) ser o contrato de execução continuada ou diferida; b) a prova da excessiva onerosidade; c) a indicação dos fatos que levaram a desproporção entre as condições existentes no momento do contrato e à época da execução; d) demonstrar a imprevisibilidade das mudanças ocorridas; e) vantagem para a parte contrária. Os efeitos da sentença que julgar procedente o pedido terão efeitos retroativos à data da citação. Para impedir a resolução, em sua peça de resposta o réu poderá oferecer nova forma para as condições do contrato.

Quanto ao requisito da excessiva onerosidade a uma das partes não se caracteriza por uma simples dificuldade, mas por uma situação que coloque a parte em grande dificuldade de cumprir a prestação. Não é possível rever o contrato diante de todo pequeno empecilho que apareça ao seu cumprimento, pois haveria abalo a segurança jurídica. O desequilíbrio pode recair sobre a prestação ou contraprestação, de modo que o credor também será legítimo para tomar as medidas cabíveis (LEITE, 2013).

Outro requisito exigido pelo legislador é que o desequilíbrio contratual aconteça em decorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Esse evento deve fugir à álea normal do contrato.

O artigo 478 exigiu ainda que houvesse extrema vantagem para a outra parte. Essa exigência sofre inúmeras críticas doutrinárias, porque a onerosidade excessiva pode não implicar em uma vantagem ou benefício para a outra parte. É possível que a ocorrência de um fato futuro aconteça sem que decorra maior benefício ao credor, e a onerosidade excessiva não deixa de existir, o que justifica a extinção ou a modificação do contrato por iniciativa do devedor (AGUIAR JÚNIOR, 2003).

Além disso, as críticas quanto à exigência ganham consistência por não se coadunarem com os ordenamentos do mundo, bem como representar mais um ônus processual a parte prejudicada (PUGLIESE, 2004).

O enunciado n. 365 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal prevê:

A extrema vantagem do artigo 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 57).

Desse modo, para a maioria da doutrina vigora no Brasil a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão, com vistas a favorecer a parte que ficou prejudicada pela onerosidade excessiva do contrato advinda de situações novas, desde que atendidos os requisitos legais.

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO AOS CONTRATOS EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA DO COVID-19

No ano de 2020 o mundo viu-se inserido em uma realidade há muito anos desconhecida, o surgimento de uma pandemia de proporções continentais. E como em todos os fatos sociais relevantes, o ordenamento jurídico deve se adequar as demandas surgidas nesse tempo.

Em razão dos vários dias de isolamento as famílias, assim como as empresas, começaram a vivenciar um período de recessão em que o cumprimento das parcelas contratuais avançadas tornou-se mais complicado.

Todavia, o questionamento que surgiu no mundo jurídico está ligado à possibilidade ou não de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos em curso no período da pandemia do COVID-19. Quais as situações estariam abarcadas nas hipóteses que permitem a aplicação da teoria da imprevisão?

Tucci comenta a respeito do cuidado na aplicação dos institutos jurídicos nesse período:

É nesse contexto em que a lúcida compreensão dos institutos cunhados no Código Civil revela-se ainda mais importante, pois os efeitos da pandemia, seguramente, servirão de gatilho para configurar distintas situações, como por exemplo: (i) força maior (art. 393 CC), (ii) onerosidade excessiva (art. 478-480 CC); e (iii) desproporção do valor da prestação (art. 317 CC); além de outras em hipóteses mais específicas, como as que, *e. g.*, regulam (iv) as relações de consumo (art. 6º, V, CDC) e (v) os contratos administrativos (art. 65, II, d, da Lei 8.666/93). (TUCCI, 2020).

Nesse sentido, eventos imprevisíveis são acontecimentos que independem da vontade das partes alterando as circunstâncias do contrato (NERY JÚNIOR, NERY, 2011). A jurisprudência caminha em um mesmo sentido e afirma:

A teoria da imprevisão decorre da constatação de que o contrato, celebrado para ser respeitado e cumprido, segundo as mesmas condições existentes no momento da celebração, pode ser alterado, excepcionalmente, se ocorrerem fatos supervenientes imprevisíveis que estabeleçam o desequilíbrio entre as partes, onerando sobremaneira uma delas, com proveito indevido da outra. Nesta hipótese, incide a cláusula rebus sic stantibus, mediante a qual se retorna ao estado de equilíbrio anterior, afastando-se qualquer hipótese de supremacia e de vantagem indevida de uma das partes, em desfavor da outra que ficaria prejudicada. TJSP; Apelação Com Revisão 9142407-42.2001.8.26.0000; Relator (a): Carvalho Viana; Órgão Julgador: 3ª Câmara (Extinto 1º TAC); Foro de São Caetano do Sul - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 19/03/2002; Data de Registro: 15/05/2002 (SÃO PAULO, Apelação Com Revisão 9142407-42.2001.8.26.0000, 2002).

Por sua vez na IV Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado nº 366 (2012, p. 57), segundo o qual "o fato extraordinário e imprevisível causador da onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação".

De acordo com Tucci a ocorrência da imprevisibilidade se verifica através da análise do grau de (im)probabilidade do evento ocorrido, ainda que se considere que seu início tenha sido nas cláusulas contratuais. Apesar da tradição jurisprudencial contrária ao reconhecimento da imprevisibilidade no caso de eventos macroeconômicos como aumento da inflação, mudança da moeda, variação cambial, crise econômica, aumento das alíquotas, é difícil definir o que pode ser considerado imprevisível para procedência de um pedido de resolução ou revisão contratual (TUCCI, 2020).

Se a teoria da imprevisão tem como fundamento a necessidade de atender a justiça contratual, impondo um equilíbrio das prestações nos contratos sucessivos, a fim de que os benefícios sejam proporcionais aos seus sacrifícios. (ROSENVALD, 2013), então em um sentido técnico as pandemias, guerras, grandes depressões econômicas devem ser entendidas como eventos imprevisíveis que geram impactos efetivos nos contratos, levando muitas vezes ao seu desequilíbrio (TUCCI, 2020).

Alguns contratos possuem como efeito as obrigações futuras, e, nestes casos o Superior Tribunal de Justiça é pacífico no sentido de que não se aplica a teoria da imprevisão quando ocorrem eventos naturais como as chuvas, estiagem, pragas, aumento de preços dos insumos ou outros. Estas situações são consideradas como risco inerente ao negócio jurídico. Por exemplo, o caso das safras futuras de soja:

ONEROSIDADE EXCESSIVA. CONTRATO DE SAFRA FUTURA DE SOJA. FERRUGEM ASIÁTICA. Reiterando seu entendimento, a Turma decidiu que, nos contratos de compra e venda futura de soja, as variações de preço, por si só, não

motivam a resolução contratual com base na teoria da imprevisão. Ocorre que, para a aplicação dessa teoria, é imprescindível que as circunstâncias que envolveram a formação do contrato de execução diferida não sejam as mesmas no momento da execução da obrigação, tornando o contrato extremamente oneroso para uma parte em benefício da outra. E, ainda, que as alterações que ensejaram o referido prejuízo resultem de um fato extraordinário e impossível de ser previsto pelas partes. No caso, o agricultor argumenta ter havido uma exagerada elevação no preço da soja, justificada pela baixa produtividade da safra americana e da brasileira, motivada, entre outros fatores, pela ferrugem asiática e pela alta do dólar. Porém, as oscilações no preço da soja são previsíveis no momento da assinatura do contrato, visto que se trata de produto de produção comercializado na bolsa de valores e sujeito às demandas de compra e venda internacional. A ferrugem asiática também é previsível, pois é uma doença que atinge as lavouras do Brasil desde 2001 e, conforme estudos da Embrapa, não há previsão de sua erradicação, mas é possível seu controle pelo agricultor. Sendo assim, os imprevistos alegados são inerentes ao negócio firmado, bem como o risco assumido pelo agricultor que também é beneficiado nesses contratos, pois fica resguardado da queda de preço e fica garantido um lucro razoável. Precedentes citados: REsp 910.537-GO, DJe 7/6/2010; REsp 977.007-GO, DJe 2/12/2009; REsp858.785-GO, DJe 3/8/2010; REsp 849.228-GO, DJe 12/8/2010; AgRg no REsp 775.124-GO, DJe 18/6/2010, e AgRg no REsp 884.066-GO, DJ 18/12/2007. (BRASIL, REsp 945.166-GO, 2012)

De outro modo são vistos, por exemplo, os contratos de locação de execução diferida, que se estendem pelo tempo e podem sofrer revisão quando algum fato inesperado e superveniente interfere na condição econômica do locatário, diminuindo a sua capacidade econômica de modo que o pagamento do aluguel se torne um sacrifício a qualidade de vida digna (BRASIL, REsp 1808110 / DF, 2019).

A título de exemplo o artigo 19 da lei 8.245 de 1991 que trata da locação de imóveis urbanos dispõe que após três anos de vigência, caso não haja acordo entre as partes, o valor do aluguel poderá ser ajustado ao preço de mercado.

A jurisprudência do STJ não considera como fato imprevisível os efeitos da inflação sobre a economia, uma vez que no Brasil tal situação não pode ser considerada como algo extraordinário, de modo a afetar o equilíbrio econômico do contrato, por exemplo, o julgado do Tribunal no Informativo nº 0556 (BRASIL, 2015).

Verifica-se uma certa dificuldade na aplicação da teoria da imprevisão no Brasil, sendo adotada apenas em casos muito restritos em que os pressupostos legais são de fato reconhecidos pelo judiciário.

Apesar da dificuldade em definir o que seria esse fato imprevisível a intenção do legislador do Código Civil de 2002 demonstra certo direcionamento ao equilíbrio contratual, uma vez que pune a falta de descumprimento dos termos contratuais, mas ao mesmo tempo em

caso de situações imprevistas e que levem a onerosidade excessiva, permite a revisão ou até a resolução contratual (SOUZA, 2020).

Portanto, no Brasil apenas as conseqüências econômicas como aumento da inflação, taxa de juros e outros, não são suficientes para ensejar a adoção da Teoria da imprevisão para corrigir as divergências contratuais. Entretanto, a situação vivida com a pandemia do COVID-19 provavelmente trará como resultado uma crise econômica ainda difícil de ser mensurada, o que dificulta a decisão a respeito de como deverá se adequar o ordenamento jurídico face a essa demanda.

5 COMENTÁRIOS A RESPEITO DO PROJETO DE LEI 1.179/2020- LEI 14.010 de 10/06/2020

A produção legislativa nesse período de pandemia aumentou, pois os legisladores visam diminuir os efeitos da recessão e adequar o ordenamento jurídico a crise pela qual passa o mundo. O projeto de lei 1.179/2020 de autoria do Senador Antônio Anastasia, que foi sancionado como lei 14.010 de 2020, dispõe sobre o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19).

O art. 7º do projeto de lei estabelecia que não se considera fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário.

O referido texto não trazia novidades para fins de se admitir a aplicação da teoria da imprevisão em decorrência da onerosidade excessiva, pois segue o entendimento do STJ nos últimos anos, no sentido de que não seria permitido invocar o aumento da inflação, a variação cambial e a desvalorização ou substituição do padrão monetário a fim de não cumprir a obrigação, ou de se amparar no tratamento privilegiado concedido pela nova regulamentação.

O projeto recebeu críticas dos juristas que afirmavam que o projeto limitava a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos no ramo empresarial e financeiro, além de apresentar contradições na medida em que, mesmo com a crise mundial sem precedentes, procura limitar os efeitos da teoria da imprevisão (FARO, LIMA e VIEIRA, 2020).

Todavia, no texto final da Lei 14.010 de 2020, foram retirados os artigos que tratavam da proibição de reconhecer a inflação, variação cambial e desvalorização ou substituição de padrão monetário como fatos imprevisíveis.

Assim, apesar das consequências que a pandemia do COVID-19 trará ao mercado financeiro, a lei que trata do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado não trouxe nenhuma previsão no sentido de permitir a revisão das cláusulas contratuais ou a resolução dos contratos atingidos pelos efeitos da crise provocada pela doença.

6 CONCLUSÃO

A dinâmica das relações contratuais é fortemente marcada pelo princípio da obrigatoriedade, que ganha relevo com o *pacta sunt servanda*. Neste, tudo o que estiver estabelecido no contrato deve ser cumprido pelas partes, se tiver sido firmado no limite da liberdade contratual.

Ocorre que, o equilíbrio contratual pode vir a ser afetado por diversas situações que estão fora do controle das partes, acontecimentos imprevisíveis e que trazem consigo consequências que dificultam o cumprimento do pacto. Para estas situações é que se começou a considerar a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão, que foi adotada pelo Código Civil de 2002 no Brasil.

A teoria da imprevisão é conhecida como cláusula *rebus sic stantibus* e possibilita a revisão dos contratos por meio de uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade, quando estiver diante dos contratos de execução continuada ou diferida.

Sobre a aplicação da teoria pairam muitas discussões doutrinárias, pois, a segurança jurídica daqueles que pactuaram é critério muito marcante no ordenamento jurídico brasileiro, que tem como marca o *pacta sunt servanda*.

Diante da situação vivenciada pelo mundo com a pandemia do COVID-19 muitas alternativas jurídicas começaram a ser discutidas para auxiliar nas dificuldades vividas pela população diretamente atingida pela crise provocada pela tragédia de proporções mundiais, e uma delas foi a possível aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos descumpridos em razão do cenário provocado pela pandemia.

Na jurisprudência vigora o entendimento de que somente as decorrências da crise econômica, como a inflação, não são suficientes para ensejar a aplicação da teoria da imprevisão. Sendo necessária a presença de quatro requisitos: a) ser o contrato de execução continuada ou diferida; b) excessiva onerosidade da prestação; c) a imprevisibilidade das mudanças ocorridas; d) vantagem para a parte contrária.

A aplicação de tal teoria mostra-se pouco usual nos tribunais brasileiros, visto que é necessário que a situação imprevisível não seja sequer uma possibilidade do contrato, e que sua ocorrência interfira diretamente no objeto contratual.

O Projeto de Lei 1.179/2020, que foi sancionado como Lei 14.010 de 2020, dispunha sobre o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do Coronavírus. O projeto previa que não se trata de situação imprevisível para os fins exclusivos dos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário. Todavia, tal previsão não foi mantida em lei.

As críticas ao projeto decorrem do fato de que apenas manteve as circunstâncias já citadas pela jurisprudência do STJ, que são as principais possíveis consequências da pandemia do COVID-19 em nosso mercado financeiro.

Portanto, a utilização da Teoria da Imprevisão para revisar ou resolver os contratos atingidos pelas consequências da pandemia do COVID-19 é incerta e enfrenta a dificuldade de ter a jurisprudência com um entendimento contrário. Além disso, a lei 14.010 de 2020 não tratou do tema ou apresentou solução para os fatos imprevisíveis e extraordinários trazidos pela crise. Todavia, é válido ressaltar que na doutrina muitos apóiam a aplicação de tal teoria aos contratos que forem atingidos pelas situações que surgirão em decorrência da doença que atingiu o mundo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

BANDEIRA, Paula Greco; KONDER, Carlos Nelson. **Contratos- Fundamentos do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (6. Turma). Recurso Especial 177.018/MG. O princípio pacta sunt servandadeve ser interpretado de acordo com a realidade sócio-econômica. [...].

Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. 20 de agosto de 1998. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/486478/recurso-especial-resp-177018-mg-1998-0041148-8>. Acesso em 18 jul. de 2020 as 18 horas.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 945166/GO. Direito Civil e Processo Civil. [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 28 de fevereiro de 2012. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399073/recurso-especial-resp-945166-go-2007-0092286-4-stj?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 jul. 2020 as 19 horas.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Dec. Monocrática). Recurso Especial 1808110/DF. Trata-se de Recurso Especial interposto [...]. Relator: Min. Marco Buzzi, 16 de maio 2019. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/878964789/recurso-especial-resp-1808110-df-2019-0098236-3>. Acesso em: 20 jul. 2020 as 13 horas.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência**: nº 566. Brasília, 23 de fevereiro a 4 de março de 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270556%27>. Acesso em: 20 jul. 2020 as 14 horas.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 365**. Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 20 julho de 2020 as 13 horas.

DONOSO, Denis. **Teoria da imprevisão no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5030/teoria-da-imprevisao-no-novo-codigo-civil-e-no-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 14 de julho de 2020 as 18 horas.

FARO, Alexandre; LIMA, Elide B. de; VIEIRA, Luíza Maria. **Pandemia do coronavírus, teoria da imprevisão e revisão dos contratos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/opinioao-pandemia-teoria-imprevisao-revisao-contratos>. Acesso em 14 de jul. de 2020 as 19 horas.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, v 4: contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES, Orlando Gomes. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITE, Ana Paula Parra. **Equilíbrio contratual**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 175. 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14102015-084146/pt-br.php>. Acesso em: 14 de jul. de 2020 as 20 horas.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 3: Contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosamaria de Andrade. **Código civil comentado**. 8ª ed., São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Anísio José. **A cláusula “Rebus Sic Stantibus” através dos tempos**. Belo Horizonte: 1968.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. **Teoria da imprevisão e o novo Código Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 93, n. 830, p. 15-16, dez. 2004.

QUINTELLA, Felipe. **A pandemia do coronavírus e as teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/19/pandemia-do-coronavirus-teorias/>. Acesso em: 16 de jul. de 2020 as 13 horas.

ROSENVOLD, Nelson. **Código civil comentado**. Coord.: Cezar Peluso. 7ª ed. Barueri: Manole, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **Apelação Com Revisão 9142407-42.2001.8.26.0000**. Relator: Carvalho Viana. São Caetano do Sul, 12 mar. 2002. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=8AF0609765645C148AE3F629BC6B8268.cjsg2>. Acesso em 17 jul. 2020 as 16 horas.

SCAFF, João Henrique. **Teoria da imprevisão e sua utilização para o enfrentamento da crise econômica ocasionada pela pandemia do novo coronavírus (covid-19)**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81501/teoria-da-imprevisao-e-a-sua-utilizacao-para-enfrentamento-da-crise-economica-ocasionada-pela-pandemia-do-novo-coronavirus-covid-19>. Acesso em: 15 de julho de 2020 as 13 horas.

SOUZA, Júlio César Oliveira de. **COVID-19: O impacto da imprevisibilidade sobre as obrigações decorrentes de contratos comutativos e de execução continuada à luz do código civil brasileiro**. Disponível em: <https://www.oabgo.org.br/esa/artigo-esa-goias/covid-19-o-impacto-da-imprevisibilidade-sobre-as-obrigacoes-decorrentes-de-contratoscomutativos-e-de-execucao-continuada-a-luz-do-codigo-civil-brasileiro>. Acesso em: 15 de jul. de 2020 as 18 horas.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único I**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JR., Humberto. **O contrato de empreitada por preço global e a teoria da imprevisão**. vol. 108, n. 416. Revista Forense, 2012,

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. **Alterações imprevisíveis das circunstâncias: impactos contratuais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/rogerio-tucci-alteracoes-imprevisiveis-circunstancias>. Acesso em: 16 de jul. de 2020 as 08 horas.

DO POSITIVISMO AO POSITIVISMO JURÍDICO: DO PENSAMENTO UTÓPICO AO DISTÓPICO

**FROM POSITIVISM TO LEGAL POSITIVISM: FROM THINKING UTOPIAN TO
THINKING DYSTOPIAN**

Patrícia Morais Lima

Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES

 <http://lattes.cnpq.br/7252969893456403>

João Lucas Gomes Oliveira

Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES

 <http://lattes.cnpq.br/1248146198409142>

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo estudar o positivismo e o positivismo jurídico, alinhados numa ponte com os termos utopia e distopia. As abordagens foram feitas a princípio na visão conceitual dos termos de análise, posteriormente foram abordadas as diferentes manifestações relacionadas aos temas centrais. O positivismo consiste numa ideologia centrada nos ideais de ordem e progresso. O positivismo jurídico é um sistema que alberga a ideologia da regulação da conduta humana por meio de normas e regras emanadas do Estado, nesse sentido a lei é o ideal a ser seguido, os indivíduos estão vinculados ao direito positivo, não cabendo ou cabendo pouca margem para interpretações pautadas em ideologias voltadas à criticidade do direito. O tema utopia, embora de difícil conceituação foi abordado no trabalho, analisando também o tema correlato a este, qual seja o tema da distopia. A sociedade seguidora do positivismo jurídico pauta sua ordenação interna pelo seguimento extremo dos comandos legais, contribuindo para o surgimento de utopias e distopias no interior dessa sociedade.

Palavras-chave: Positivismo, Positivismo Jurídico, Utopia.

ABSTRACT: The present work aims to study positivism and legal positivism, aligned on a bridge with the terms utopia and dystopia. The approaches were made at first in the conceptual view of the terms of analysis, later the different manifestations related to the central themes were addressed. Positivism consists of an ideology centered on the ideals of order and progress. Legal positivism is a system that lodges the ideology of the regulation of human conduct through norms and rules emanating from the State, in this sense the law is the ideal to be followed, individuals are linked to positive law, with little or no margin for interpretations based on ideologies aimed criticality of law. The topic of utopia, although difficult to conceptualize, was addressed in the work, also analyzing the topic related to this, which is the topic of dystopia. The society that follows legal positivism guides its internal ordering by the extreme following of legal commands, contributing to the emergence of utopias and dystopias within that society.

Keywords: Positivism; Legal Positivism, Utopia.

INTRODUÇÃO

Ao analisarmos algumas escolas de pensamento, observamos o enfoque do Positivismo na observação científica, sendo esta a base de análise e explicação dos fenômenos histórico-sociais.

Em consonância com essa linha de pensamento, tem-se a vertente do positivismo jurídico, que representa uma corrente normativa do Direito, buscando na aplicação concreta a resposta aos fatos, compreendendo o conceito de Direito com o direito que é posto, efetivamente, pelas autoridades competentes pela imposição das normas jurídicas.

Conforme essa abordagem, os critérios de análise para verificar se uma norma concerne ou não a um determinado ordenamento jurídico possui natureza formal. O direito se estabelece com base em elementos mutáveis, importando pouco para a corrente do positivismo jurídico os fundamentos dos fatos sociais. Para o filósofo Político Norberto Bobbio, o “positivismo jurídico” provém da locução “direito positivo”, representando, ainda, um contraponto ao Direito Natural.

Mesmo antes da emergência de um Estado organizado, as normas de conduta já permeavam os indivíduos que, ainda que sem a consciência da representação destas enquanto princípios destinados à regulação da vida em sociedade as observavam. Isso se explica no fato de que o Direito Natural antecede ao próprio Estado, conforme modelo atualmente concebido, o que sugere que a noção de justiça, variável com os períodos e processos sócio-históricos, acompanham as sociedades ao longo dos tempos.

Diante disso, o presente estudo objetiva discutir a base utópica do positivismo jurídico, considerando-se que nesse contexto o positivismo nasce com a utopia de que o Direito seria um regulador social, constatando, porém, que em regimes totalitários, por exemplo, as normativas podem representar um efeito díspar. O Direito Positivo, historicamente, pouco reflete os ideais de justiça e, ainda que a sociedade brade por resultados mais efetivos do âmbito jurisdicional, nem sempre os conceitos de Direito e de Justiça se encontram justapostos.

A relação entre positivismo jurídico e utopia/distopia é perfeitamente cabível, porque os temas possuem elementos afins, principalmente por serem ideologias construídas em bases sociais.

Em sua estrutura, trata-se de um estudo bibliográfico, a partir da pesquisa de obras diretamente relacionadas aos temas centrais do trabalho em tela, quais sejam positivismo,

positivismo jurídico, utopia e distopia. O trabalho pautou suas análises no sentido da aproximação dos temas de estudo, abordando também as diferenças entre eles.

1 CONCEITO DE POSITIVISMO

O termo positivismo tem abrangência conceitual extensa, podendo variar seu significado a depender da abordagem tomada, no entanto, aqui o termo será analisado a princípio pela sua natureza clássica, ou seja, a explanação conceitual será feita tendo como base o conceito extraído das contribuições do autor Auguste Comte¹ (1798-1857). As formulações teóricas de Auguste Comte influenciaram muito a sociedade contemporânea, sobretudo os ideais de “ordem e progresso”, sua análise da sociedade visava a princípio atingir equilíbrio social, pois na época do nascimento de suas ideias o continente europeu passava por inúmeras “agitações sociais”.

Comte desenvolveu a ideia de que a sociedade deveria passar pela Lei dos Três Estados, quais sejam Estado Teológico, Estado Metafísico e Estado Científico/Positivo, conforme a própria lição do autor:

Proclama, como se sabe, a passagem necessária de todas as nossas especulações por três estados sucessivos; primeiro, o teológico, em que dominam francamente as ficções espontâneas, desprovidas de qualquer prova; depois, o estado metafísico, caracterizado sobretudo pela preponderância habitual das abstrações personificadas ou entidades; por fim, o estado positivo, sempre fundado numa exata apreciação da realidade exterior. O primeiro regime, embora puramente provisório, constitui em toda parte nosso único ponto de partida; o terceiro, o único definitivo, representa nossa existência normal; quanto ao segundo, comporta apenas influência modificadora, ou melhor, dissolvente, que o destina somente a dirigir a transição duma a outra constituição. (COMTE, 1983, p. 113).

Os estados pelos quais a sociedade deveria passar, formulados por Comte sugerem a existência de ordem, alinhada à noção de progresso, ou seja, deveria em primeiro lugar ocorrer a ordem, pacificação social para que assim o progresso pudesse acontecer. Interessante notar que no Brasil a ciência positiva teve grande influência, pode ser citado à guisa de exemplo o lema esculpido na bandeira nacional “Ordem e Progresso”. É importante ainda salientar que o autor tinha sua linhagem ideológica relacionada ao estado liberal capitalista, por isso sua doutrina em certa parte foca na questão do progresso.

¹ August Comte foi um autor francês nascido no bojo da Revolução Francesa. Comte foi o Fundador do Positivismo e é considerado um dos precursores da Sociologia, enquanto ramo da ciência.

O Positivismo foca sua análise na observação científica, para essa corrente ideológica a vida social e os fenômenos que estão relacionados aos fatos sociais seriam explicados pela ciência:

E finalmente o Estado Positivo, o espírito humano adotará outra atitude, graças ao reconhecimento da impossibilidade de obter noções absolutas, o que indicará por parte do mesmo um comportamento em que renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação. (COMTE, 1983, p. 4).

O Positivismo pode ser conceituado então, conforme interpretações extraídas das obras de Comte, como a ciência calcada nos métodos da observação para explicação dos fenômenos/fatos sociais. O Positivismo teve larga influência sobre pensadores do século XIX, século este marcado por intensas mudanças estruturais nas sociedades europeias, embora aquele tenha deitado raízes por países diversos, inclusive em países da América do Sul. Comte foi contemporâneo da Revolução Francesa, nascendo assim interesse direto no estudo da sociedade e de como os fenômenos mudavam as relações sociais, para o autor o estudo era um meio de antever as eventuais mudanças que a sociedade poderia experimentar.

1.1 Positivismo Jurídico

O Positivismo como dito antes exerceu influência em variados campos do conhecimento, desde de campos filosóficos a campos de ciências técnicas, no meio jurídico não é diferente, o direito recebeu do positivismo influência direta.

Há no direito ocidental dois sistemas principais de regulação normativa, o *civil Law* e o *common Law*, esses sistemas possuem lógicas diferentes em relação à aplicação da norma jurídica, no sistema do *civil Law* a norma jurídica para ter aplicabilidade e ser dotada da consequente coerção é necessário que a norma esteja prevista formalmente em um documento escrito, ou seja, a norma precisa estar em alguma lei ou ato normativo que tenha passado pelo processo legislativo reconhecido pela comunidade, este é o sistema adotado no Brasil e por vezes é colocado como sinônimo do Direito Romano, porém este consiste em tipologia diferente de direito, embora haja inúmeras semelhanças com o *civil Law*. O sistema da *civil law* é aplicado na maioria dos países da Europa Continental e da América do Sul.

O sistema da *common law* é o sistema que não segue a lógica do direito escrito, seguem o direito intitulado direito consuetudinário, o direito baseado nos costumes e na tradição, nesse

sistema a norma jurídica é idealizada dentro do consenso social de que o costume de seguir determinado comportamento ou se abster de algo é entendido como obrigação, sem a necessidade de uma lei formal ou documento autêntico ditando comportamentos ou vedando. O sistema da *common law* é típico de países anglo-saxões ou de países que já foram colonizados por aqueles. Os sistemas jurídicos da *civil law* e do *common law* não são exclusivos, há países que seguem os dois sistemas de forma complementar.

O positivismo jurídico pode ser encaixado dentro do sistema da *civil law*, lembrando que não podemos reduzi-lo apenas a esse sistema, pois há áreas afins entre os sistemas. O conceito de positivismo jurídico é menos amplo que o conceito de positivismo, este último abarca hermenêuticas que escapam ao positivismo jurídico, o positivismo jurídico pelo seu lado está localizado no campo sociojurídico, embora nunca se possa afirmar categoricamente que o positivismo jurídico tem seus alcances delimitados.

Norberto Bobbio aborda amplamente o positivismo jurídico na sua obra *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Bobbio (1995) esclarece o equívoco às vezes cometido por autores em tratar como sinônimos positivismo jurídico e positivismo, para ele positivismo jurídico é o contraposto de direito natural, segundo o autor:

A Expressão “positivismo jurídico” não deriva daquela de “positivismo” em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico- tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão “positivismo jurídico” deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural. (BOBBIO, 1995. P. 15).

Pela análise, percebemos que o positivismo jurídico é o oposto de direito natural. Direito Natural pode ser conceituado como o núcleo de direitos inatos à pessoa humana, são as espécies de direitos que estão presentes ou devem estar em toda parte, estes direitos têm natureza de universalidade e não fazem acepções de pessoas, nem de condições objetivas, enquanto o direito positivo goza de eficácia apenas interna, ou seja, estão adstritos a determinado país ou instituição. Para Bobbio (1995, p. 15) “Para compreender o significado de positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão direito positivo”.

O positivismo jurídico tem sua base no direito positivo, sem este não há possibilidade de existência daquele, para entender o direito positivo é necessário o entendimento da ideia de ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico é o conjunto de normas consideradas

obrigatórias dentro de determinada sociedade. Bobbio ao fazer estudo sobre o positivismo jurídico encontra em Thomas Hobbes uma definição precisa do tema, assim cita Bobbio (1995, p. 36 *apud* Hobbes, 1959, p.417) “Direito é o que aquele ou aqueles que detêm o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem”. O positivismo jurídico contém dois pressupostos indispensáveis à sua existência, são o formalismo, este é a forma pela qual a lei rege a regulação da sociedade e, está relacionado também à autoridade que propõe e a que executa a lei em casos concretos, o segundo pressuposto é o do imperativismo, esse pressuposto pode ser explicado pela ideia da obrigatoriedade e força vinculante da lei, o direito nesse contexto seria uma ordem dotada da mais alta coerção.

O nascimento do positivismo jurídico ocorreu com a formação do Estado nacional moderno, essa nova roupagem que o Estado adquiriu foi fundamental para que o positivismo jurídico tomasse a forma pela qual ele se apresentou como instituição reguladora da sociedade. Bobbio na sua obra que aborda de forma mais detida o tema aqui estudado, diz que o nascimento do positivismo está ligado ao nascimento do Estado moderno e a consequente passagem da concepção jusnaturalista do direito, assim diz o autor:

Entramos, assim, no tema de nosso curso: trata-se de estabelecer por que, como e quando ocorreu esta passagem da concepção jusnaturalista à positivista que dominou todo o século passado e que domina em grande parte até agora. A origem desta concepção é ligada à formação do Estado moderno que surge com a dissolução da sociedade medieval. (BOBBIO, 1995, p. 26).

No Estado moderno a competência para produção jurídica passou a ser sua competência exclusiva, na sociedade medieval cada feudo, reino, região ou nação tinha sua própria legislação, devido à pluralidade desta sociedade.

No positivismo jurídico temos a construção de normas escritas e formais com o escopo de ordenação social; críticas são feitas a este sistema jurídico, pois se dá muita importância ao formalismo da norma, ao percurso pelo qual passou a lei em sentido amplo, os jusnaturalistas e os neoconstitucionalistas detectam que a *voluntas legis* é seguida de forma acrítica, não cabendo margem a discussões sobre a validade ou racionalidade da lei, nesse ponto temos o sentido jurídico da Constituição ou norma constitucional elaborado por Kelsen (1984) na sua análise do Direito de forma pura e livre de interferência de outros ramos da ciência. Em vertente oposta ao Positivismo Jurídico temos atualmente o Neoconstitucionalismo, segundo Fernandes (2014, p. 61) o neoconstitucionalismo traz consigo elementos de ordem moral, rejeitando o formalismo

e buscando a normatividade dos princípios, ponderação e solução para colisões também são marcas desse fenômeno constitucional.

A vontade da lei deve ser permeada de racionalidade e deve ser colocada dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito. Jürgen Habermas trabalha o positivismo jurídico na sua obra *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, vol I, segundo Habermas:

Essa legitimação através da legalidade do procedimento da normatização privilegia a procedência, ou melhor, o processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas conforme às regras pelas instituições competentes. (2003, p. 250-251).

Para o autor no positivismo jurídico a ênfase é dada ao modo de fazer da norma, não ao que a norma deveria buscar, o seu dever ser. A hermenêutica existe no positivismo jurídico, embora seu campo de abrangência seja limitado, as diferentes técnicas de interpretação (histórica, literal, lógica, autêntica, analógica, sistemática etc) são aplicadas, no entanto, a primazia é dada à interpretação legalista, a lei goza de força normativa e coercitiva, quando se está lidando com o positivismo jurídico. Radbruch (2002) analisa o positivismo jurídico como sendo o conjunto de regras gerais que normatizam a vida social.

Habermas (2003, p. 259) pontua que o positivismo jurídico é um sistema fechado:

No entanto, o positivismo chega a uma falsa tese de sua autonomia, porque entende o direito como um sistema fechado de regras específicas de aplicação, as quais tornam necessária, em caso de colisão, uma decisão em termos de “tudo ou nada” por parte do juiz.

Nessa linha ideológica os princípios são deixados em segundo plano, o sistema fica clausurado em regras e normas, os valores também são afastados na hermenêutica do positivismo jurídico. Alexy (2006) traz ao debate acadêmico grande contribuição ao dissecar a importância dos princípios na ciência jurídica, para esse autor os princípios na ordem jurídica não se afastam de elementos morais, devendo haver proporcionalidade e razoabilidade na aplicação fática do direito pela via dos princípios, estes na ótica desse autor seriam mandamentos de otimização. Dworkin (2002) agrega nesse contexto ao criticar o positivismo jurídico e ao diferenciar as regras dos princípios, para ele o direito não é um sistema fechado de normas, havendo necessidade de ponderação para correção de lacunas ou antinomias jurídicas, estas consistem na contrariedade real ou aparente entre duas normas.

1.3 O Positivismo Jurídico como Utopia/Distopia

Lyman Tower Sargent traz a conceituação do fenômeno utopismo e suas variáveis, segundo o autor os termos assim se conceituam:

1-Utopismo: Sonho Social; 2- Utopia: Uma sociedade considerada no tempo e no espaço; 3- Eutopia ou Utopia Positiva: Sociedade considerada melhor, crítica ao debate contemporâneo, localizada no tempo e no espaço; 4- Distopia ou Utopia Negativa: Sociedade considerada ruim localizada no tempo e no espaço, crítica ao debate contemporâneo. (SARGENT, 1994, p. 9, tradução nossa).

Os conceitos serão abordados aqui com o fim de atrelar o positivismo jurídico à ideia de utopia, os outros termos serão vistos em menor grau, dada a finalidade específica do trabalho em abordar Positivismo e Utopia.

Karl Mannheim (1952) na construção da sua teoria sociológica, dentre outros teóricos, apresenta convergências com pressupostos de Max Weber, em relação ao método compreensivo e com Karl Marx, em sua teoria da ideologia, noção de conflito e dominação. A Sociologia do conhecimento tem na noção de ideologia de Karl Marx uma fonte de contribuição em relação à concepção de sujeito. Nesta concepção, Marx sustenta a base material do pensamento, emergindo este da produção dos meios de sobrevivência. Em contrapartida, Mannheim (1952) destaca que se todo pensamento manifesta a condição social do sujeito (individual ou coletivamente), então a questão a ser levantada por uma ciência que investiga a base existencial do pensamento, como é o caso da Sociologia do Conhecimento, deve considerar a realidade social como um todo. Nessa perspectiva, no âmbito da análise sociológica, ele destaca a necessidade de situar os conhecimentos, social e historicamente, explana ainda sobre utopia, nesse contexto sua abordagem sobre este tema será analisada no presente trabalho.

O estudo do positivismo e de suas diversas faces leva-nos a enxergar as incoerências dessa ideologia, no caso do trabalho cujo cerne cinge-se à análise do positivismo e sua ramificação jurídica o estudo trilhará por linhas críticas no que tange aos discursos e fenômenos advindos do positivismo jurídico. É perfeitamente possível fazer uma ponte entre os positivismos e utopias. O termo utopia possui dificuldade conceitual, sua dimensão extrapola da ideia de lugar não imaginado, como somos levados a pensar. A utopia teve maior visibilidade enquanto ideologia a partir da publicação da obra “Utopia” de Thomas More, embora “utopias” já existissem desde a antiguidade clássica.

Karl Mannheim (1952) em sua obra *Ideologia e Utopia* aborda os contornos tanto conceituais, quanto procedimentais do termo utopia, para este autor a utopia surge quando há incongruência com o estado de realidade vivido, entretanto, nem sempre o que está em estado de incongruência é utópico, a utopia deve ser abordada de forma abrangente:

Um estado de espírito é utópico quando está em incongruência com o estado de realidade dentro do qual ocorre. Esta incongruência é sempre evidente pelo fato de que este estado de espírito na experiência, no pensamento e na prática se oriente para objetos que não existem na situação real. Contudo, não devemos encarar como utópico todo estado de espírito que esteja em incongruência com a situação imediata e a transcenda (e, neste sentido, “afastado da realidade”). Iremos referir como utópicas somente aquelas orientações que, transcendendo a realidade, tendem, se transformarem em conduta, a abalar, seja parcial ou totalmente, a ordem de coisas que prevaleça no momento. (MANNHEIM, p. 144).

Para Mannheim a crítica da ordem preexistente não é o suficiente para caracterizar como utopia, Segundo Mannheim (1952, p. 144) “Todos os períodos da história contiveram ideias que transcendiam a ordem existente, sem que, entretanto, exercessem a função de utopias”. A utopia caracteriza-se e se individualiza não apenas pelo fato de questionar e problematizar a realidade existente, mas por tentar romper a realidade existente ou imposta, assim para que alguma ideologia possa ser encaixada como utópica ela precisa propor o rompimento da realidade. No campo do positivismo jurídico encontramos a função utópica, quando percebemos que esse sistema jurídico prometia “ordenar” a sociedade e que o império da lei geraria segurança inescapável, Habermas salienta essa linha utópica do positivismo jurídico (2003, p. 250) “O positivismo jurídico pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas”.

Na seara jurídica há elementos utópicos, nesse ponto concentraremos nossa abordagem na vertente utópica do positivismo jurídico. Esse sistema jurídico preza pela obediência ferrenha da lei, a lei é o núcleo do sistema positivista, a carga axiológica e ética do direito é relegada a plano secundário, os positivistas adotavam o brocardo moderno que dizia “o juiz é a boca da lei”, lembra também o brocardo romano “*dura lex sedes lex*”, que traduzindo quer dizer a lei é dura, mas é a lei. A utopia aparece não apenas nos pensamentos e ideias, ela modifica a forma de agir, Lucy Sargisson (2012, p. 13, tradução nossa) fala sobre o fenômeno da utopia e sua influência no comportamento humano “Seu foco central é o utopismo, um fenômeno que aproveita o desejo e impulsiona repetidamente o pensamento humano e o comportamento”. A forma de agir está ligada à forma de pensar, nesse sentido a utopia pode ser compreendida como

fenômeno que impulsiona os indivíduos à mudança, à crítica, à transformação da realidade, pautados em ideias e ações.

O positivismo jurídico ao conter elementos utópicos leva consigo elementos distópicos na sua execução concreta. Torna-se necessário conceituar em que consiste “Distopia”, podemos dizer em certa medida que distopia é o antônimo de utopia, ou seja, é o fenômeno que aborda uma visão pessimista e negativa do futuro, o que está por vir nessa ideologia é o que não se quer, o que se nega no futuro. O positivismo jurídico contribuiu para que o dogma de obediência às leis fizesse com que pretextos não alinhados à justiça fossem atingidos, como exemplo, podemos citar os regimes totalitários, nestes regimes a lei era o dogma a ser seguido, a lei era sempre evocada como instrumento de defesa nas acusações posteriores formuladas pelos órgãos internacionais.

Bobbio (1995) cita a contribuição positivista do direito emanado do Estado para as realidades distópicas nos regimes totalitários:

Como já dissemos no fim do parágrafo 58, enquanto, até o início deste século, foi criticado nos seus aspectos teóricos por parte do realismo jurídico, neste últimos quinze anos foi criticado por parte do jusnaturalismo em seus aspectos ideológicos, tendo sido considerado responsável pela concepção estatolátrica, pelo princípio de obediência incondicionada à lei do Estado e pelas nefastas consequências que isso produziu nos regimes totalitários. (p. 233).

É importante esclarecer que o positivismo jurídico trabalha com a utopia de regulação do comportamento humano, para essa corrente ideológica o fiel e cego cumprimento da lei seria uma obrigação ética também, Conforme pontua diretamente Bobbio (1995, p. 226) “O absolutismo ou incondicionalismo da obediência à lei significa para a ideologia positivista também uma outra coisa: significa que a obrigação de obedecer a lei não é apenas uma obrigação jurídica, mas também uma obrigação moral”. O arbítrio na formação da convicção jurídica é tema de alta importância para o positivismo jurídico, nesse ponto os julgadores podem adotar fundamentações diversas na aplicação do direito, revelando certa incoerência com o próprio direito legislado, pois se há o dogma do fiel cumprimento à lei, sem interferência de valores de ponderação, o julgador não poderia imprimir convicções íntimas nas suas decisões.

Habermas (2003, p. 251) “na proporção em que o direito vigente não é suficiente para determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio”. Deste modo entende-se que o juiz preenche no positivismo jurídico as lacunas de acordo com padrões morais.

Em relação aos eventos distópicos ocorridos nos regimes totalitários é perceptível que estes regimes trabalhavam com a ideia de fuga da realidade, imaginavam o “ideal”, assim precisavam do positivismo jurídico para que as normas gozassem da sonhada “ordem” para que os regimes funcionassem de acordo com as suas diferentes utopias. O Estado de Exceção pautava suas regras pela lei, as leis eram consideradas forças indispensáveis, nos estados considerados de exceção também era notório o contraste com a realidade.

No que concerne aos pensamentos utópicos e distópicos, Lucy Sargisson traz importante definição conceitual dos referidos termos:

Dentro das utopias existem "eutopias" e / ou "distopias". Estes termos ajudam a identificar a intenção e a postura normativa do autor ou criador da utopia. Eutopias (do grego eu (bom, agradável, feliz) são destinados ser bons lugares: sociedades melhores ou perfeitas. Eles são às vezes referidos como "utopias positivas". Distopias (desenho na dis grega: ruim, errado ou duras) devem ser vistas como lugares ruins. (SARGISSON, 2012, p. 8, tradução nossa).

A autora chama atenção para o fato da possibilidade de existência de utopias dentro de distopias e distopias dentro de utopias. No raciocínio aqui desenvolvido o positivismo jurídico é abordado como utopia no sentido de que seus dogmas e sua hermenêutica são feitos como promessa de uma sociedade submetida ao império da lei, da força da lei, fato que historicamente ficou comprovado como não plausível nas sociedades, a lei não basta para direção de uma determinada sociedade, embora sua importância seja clara.

O positivismo jurídico está ligado ao poder exercido pelo Estado, Norberto Bobbio na sua obra *Teoria Geral da Política* aborda a vinculação do positivismo ao poder:

Nesse sentido, uma teoria rigorosamente positivista, como é certamente aquela Kelseniana, não pode prescindir da noção de produção jurídica, porque em um sistema jurídico as normas não são deduzidas, como nos sistemas morais ou de direito natural, mas são produzidas, e a noção de produção jurídica não pode prescindir, por sua vez, da noção de poder. (BOBBIO, 2000, p. 242-243).

Assim podemos entender que a produção das normas está indissociavelmente ligada ao Estado e ao poder, consistindo isso num dos motivos pelos quais o positivismo jurídico não teve suficiência para explicar racionalmente os fenômenos sociais.

Enfim, o raciocínio delineado no estudo pautou sua direção na consecução do objetivo em demonstrar os diálogos que o positivismo clássico e o positivismo jurídico fazem com a utopia, mostrando as diferentes versões que o positivismo pode adotar e as várias formas de utopias existentes nas sociedades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através dos estudos sobre os temas positivismo, positivismo jurídico e utopia e suas variáveis foi possível compreender como eles exerceram suas influências na sociedade contemporânea. A ideia do direito como fator de regulação social não vingou nas sociedades que adotaram o positivismo jurídico como base fundamental de suas ordenações sociojurídicas, acrescente-se a isso o fato de que tomar a lei como fenômeno explicador de variados campos da atividade humana é ideologia incompleta e excludente.

O positivismo na sua versão clássica fornecida por Auguste Comte pregava a ideia de que para haver progresso seria necessário em primeiro lugar haver ordem, daí o lema “ *Ordem e Progresso*”, a visão clássica do positivismo estava comprometida com o nascente Estado Moderno Capitalista; o positivismo jurídico tomou o lema da ordem de empréstimo e acrescentou suas partículas específicas, surgindo assim a ideologia de ordenação da sociedade através de normas jurídicas, onde estas eram o fundamento por excelência da sociedade, o seguimento da lei era mais que um dever era uma ordem, o descumprimento de tal ordem gerava a sanção, importando pouco a hermenêutica dispensada à norma.

Não apenas no direito, mas em todos campos do conhecimento houve utopias, no sistema do positivismo jurídico não ocorre de forma diversa, nesse sistema a utopia positivista prometia a regulação/ordenação da sociedade com base no direito positivo, simplificando a lei confeccionada pelo Estado seria suficiente para resolver os problemas de natureza social, no entanto, apenas a lei não bastou para explicar os problemas de origens diversas que ocorriam na sociedade, muito pior o positivismo jurídico foi utilizado como meio para atingir fins atípicos na história recente, podemos citar em exemplos os regimes totalitários que sempre pautavam suas ações nas leis vigentes, justificando que as ações estavam prescritas em leis, assim poderiam agir dentro do que a lei permite.

Enfim, o estudo percorreu por diferentes abordagens sociais, jurídicas e filosóficas para compreender os temas: positivismo, positivismo jurídico, utopia/distopia, pelas análises aqui enfrentadas restou comprovado que o positivismo jurídico pode ser enxergado como utopia ou distopia, dependendo da abordagem feita.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo-SP: Malheiros Editores LTDA, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo-SP: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Tradução de Daniela Baccaccia Versiani. Rio de Janeiro-RJ: Elsevier, 2000.
- COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso Preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo Positivista**. Tradução de José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. 2.ed. São Paulo-SP: Abril Cultural, 1983.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo-SP. Martins Fontes, 2002.
- FERNANDES, B. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador, Juspodivm, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**, Volume I, 2.ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro-RJ: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**, Volume II, 2.ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro-RJ: Tempo Brasileiro, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6.ed. Coimbra: Arménio Amado Ed, 1984.
- MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia: introdução à sociologia do conhecimento**. Tradução de Emilio Willems. 2. ed. Rio de Janeiro / Porto Alegre / São Paulo: Globo, 1952.
- RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SARGENT, Lyman Tower. **The three faces of utopianism revisited**. Utopian Studies, Missouri, v. 5, n. 1, 1994.
- SARGISSON, Lucy. **Fool's gold: utopianism in the twenty-first century**. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2012.

**CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DO PODER
JUDICIÁRIO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

CONCILIATION AND MEDIATION AS INSTRUMENTS OF THE JUDICIARY FOR
CONFLICT RESOLUTION

Bruno Cordeiro da Silva

Faculdades Verde Norte - Favenorte

bcdsescritoriodeadvocacia@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5440122182282872>

Juarez de Freitas Barbosa

Faculdades Verde Norte - Favenorte

juarezfreitas00@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3883753285584111>

Marcelo de Oliveira

Faculdades Verde Norte - Favenorte

marcellomza@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/4407678912638016>

RESUMO: A conciliação e a mediação são procedimentos legais, os quais devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Desse modo, o intuito é acelerar a resolução dos conflitos de forma extrajudicial, através da auto composição, na qual os atores principais são as partes envolvidas no litígio. Com esta pesquisa objetivou-se demonstrar que a audiência de conciliação e de mediação, no âmbito do processo civil, são ferramentas úteis e seguras para a promoção dos princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo. Para a elaboração da presente pesquisa, quanto aos procedimentos técnicos, optou-se pela pesquisa teórica bibliográfica, já quanto à forma de abordagem da pesquisa optou-se pelo método qualitativo, que possibilita a construção da pesquisa, a partir do seu próprio desenvolvimento. O estímulo a auto composição deve ser uma constante em todas as comarcas. A prática rotineira de resolução dos conflitos possibilita a mudança do paradigma do litígio para a cultura do diálogo. Dessa forma, se conclui que a conciliação e a mediação contribuem para a promoção de procedimento harmonioso, resolutivo e coerente com as boas práticas judiciais.

Palavras-chave: Conciliação. Mediação. Auto composição.

ABSTRACT: Conciliation and mediation are procedures that are legal, and which shall be established by the judges, prosecutors, public defenders, and prosecutors, including during the course of the proceedings. In this way, the purpose of which is to speed up the resolution of the conflict-of-shape, out-of-court, through-the self-composition, in which the main actors are

the parties involved in the dispute. From this research, the objective was to demonstrate that the due process hearing and mediation, in the context of civil proceedings is a useful tool, and safe, for the promotion of the constitutional principles of efficiency and the reasonable length of the proceedings. For the development of the present research, with regard to the technical procedures, the choice was made to survey the theoretical literature with regard to the approach of the research, we have opted for the qualitative method, which allows the company to build on the research from their own. The effects of the self-composition it should be a constant in all of the regions. The routine practice of the resolution of the conflict makes it possible to shift from the paradigm of a dispute as to the culture of the dialogue. In this way, it can be seen that conciliation and mediation, contribute to the promotion of a procedure that is harmonious, fixed, and consistent with the best practices and legal.

Keywords: Conciliation. Mediation. Self-Composition

INTRODUÇÃO

Entende-se como conflito o atrito oriundo das relações humanas, no qual o interesse de um indivíduo encontra obstáculo no interesse de outro (BOBBIO, 2010). Com o objetivo de garantir um tratamento adequado aos conflitos jurídicos, por intermédio da autocomposição, desenvolveu-se no ano de 2010 a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esta estabelece as diretrizes para a solução dos conflitos pela autocomposição, adjetivando às partes o “*status*” de protagonistas no processo de construção da decisão jurídica que regula as suas relações (Manual de Mediação Judicial – CNJ, 2016).

A Lei Federal nº. 13.105/2015 – Código de Processo Civil – estabelece no art. 166, os princípios segundo os quais a conciliação e a mediação devem ser regidas. O referido dispositivo legal também normatiza a autocomposição e estabelece em seu art. 334 o procedimento através do qual deverá ocorrer a audiência de conciliação ou de mediação. Neste sentido, o CPC/15 preconiza, nos parágrafos 2º e 3º do art. 3º, que, sempre que possível, o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos, e que os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, deverão estimular a conciliação, a mediação e os outros métodos possíveis de solução consensual de conflitos (BRASIL, 2015).

O precitado diploma legal em seu art. 381, II, estabelece que a produção antecipada da prova seja admitida nos casos em que a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito. Verifica-se, neste artigo, ao

admitir o ajuizamento de produção antecipada de prova destinada a viabilizar a autocomposição, a intenção legislativa em privilegiar os meios alternativos de soluções de conflitos (WAMBIER, 2016). Verifica-se no art. 4º do CPC/15, que o jurisdicionado tem o direito de obter em prazo razoável a resolução integral de sua demanda, inclusive, com satisfação, e neste sentido sintetiza Carneiro (2016) que “a realidade demonstra que a acentuada demora da tutela jurisdicional significa denegação da justiça”.

Necessário se faz que os Tribunais forneçam às comarcas estrutura física e de recursos humanos suficientes para a prática da autocomposição dos conflitos, para que, desta forma, os conciliadores e mediadores sintam-se seguros para coordenar a audiência de conciliação e mediação, auxiliando de forma segura a resolução consensual do conflito e evitando a ocorrência de possível favorecimento ilegal de alguma das partes. Neste sentido, Silva (2017) sugere que os Tribunais estejam atentos para que as sessões de conciliação e mediação não se tornem fonte de lucro indiscriminado, relegando-se a qualidade do trabalho dos mediadores e conciliadores. É necessário também que os Tribunais equipem as comarcas com a criação de centros de mediação/conciliação, para esquivarem-se do ambiente angustiante e adversarial dos Fóruns.

A conciliação e a mediação são estratégias que visam acelerar a resolução dos conflitos de forma extrajudicial, através da autocomposição, na qual os atores principais são as partes envolvidas no litígio. Porém, esta metodologia de resolução de conflitos ainda encontra resistências por parte de alguns magistrados, com a justificativa de que as comarcas e os tribunais ainda não possuem estrutura física e de recursos humanos suficientes para realização das audiências de conciliação e mediação. Neste sentido, argumenta Cabral (2017, p. 379) “que grande parte dos Tribunais ainda não absorveu a necessidade de priorizar a política da conciliação e não criaram os CEJUSC’S em quantidade suficiente para atender essa demanda que a nova codificação impôs”.

Diante do exposto no dispositivo legal, é possível fazer os seguintes questionamentos: os magistrados estão respeitando a legislação e possibilitando aos cidadãos a resolução consensual dos conflitos? Existe nas comarcas estrutura física e recursos humanos adequados para promover a autocomposição dos conflitos?

O presente trabalho torna-se relevante por tratar-se de um estudo amplo sobre o dispositivo da audiência de conciliação ou mediação como um meio de incentivar a solução consensual dos litígios. Esta prática concede à autonomia privada, participação ativa no

procedimento da autocomposição dos conflitos, proporcionando, assim, uma maior agilidade na resolução dos litígios e um estímulo à mudança do paradigma processualista atual que consiste na solução judicial, e morosa, dos conflitos.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho foi analisar de forma sistemática o procedimento de autocomposição de conflitos proposto pelo CPC/2015, bem como analisar o direito de acesso à justiça conforme a CF/88 e o CPC/15; descrever mediação e conciliação e discorrer acerca da estrutura física e de recursos humanos exigidos para garantir a eficiência e a eficácia dos meios de auto composição.

Para a elaboração da pesquisa, quanto aos procedimentos técnicos, optou-se pela revisão de literatura, como buscas nas doutrinas de Carneiro, Cambi, Tereza Arruda e Fredie Didier, e também uma pesquisa documental no Código de Processo Civil de 2015 e na Resolução 125, de 2010, do CNJ. Quanto à forma de abordagem da pesquisa, optou-se também pelo método qualitativo, pois não se objetivou reduzir o conhecimento advindo da pesquisa teórica bibliográfica em gráficos ou tabelas, e sim formalizar um construtivo saber teórico e prático sobre as diversas fontes de estudos pesquisados.

Com esse tipo de pesquisa, buscou-se fomentar conhecimentos e ideias acerca de determinada situação fática, estimulando a análise perceptiva e crítica. Neste sentido, a pesquisa qualitativa “trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis” (MINAYO, 2014, p. 22).

Assim sendo, quando se trata do sujeito, levam-se em consideração seus traços subjetivos e suas particularidades. Tais pormenores não podem ser traduzidos em números quantificáveis.

1 A PREVISÃO LEGAL DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece de forma expressa, no § 2º, do artigo 3º, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. A seguir, preceitua que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do

Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015). Observa-se assim a preocupação do novo CPC em estabelecer estratégias que visam diminuir a quantidade e o tempo de duração dos processos.

Neste sentido, assente Wambier (2016) ao concluir que a intenção legislativa em privilegiar os meios alternativos de soluções de conflitos é tão evidente, que se admite o ajuizamento de produção antecipada de prova destinado a viabilizar a autocomposição do litígio, conforme determina o art. 381, II, CPC/15.

O art. 334 do CPC/15 determina que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. Portanto, preenchidos os requisitos essenciais da petição inicial, não sendo o caso de improcedência liminar e o processo admitir a autocomposição, será possível a realização da audiência conciliatória, que se dará ainda na fase postulatória, e antes da apresentação da contestação (DONIZETTI, 2017).

O CPC/2015 estabelece um incentivo, sempre que possível, à resolução dos conflitos antes mesmo da resposta do réu, através da conciliação ou da mediação. De acordo com o §6º do art. 334, havendo pluralidade de réus, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. Ou seja, não basta apenas um litisconsorte manifestar o desinteresse pela audiência de conciliação ou mediação (DONIZETTI, 2017).

Por fim, o § 8º do art. 334 determina que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (BRASIL, 2015).

1.1 Princípios inerentes à conciliação e mediação

Conforme estabelece o art. 166 do CPC/15, a conciliação e a mediação devem respeitar os “princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada” (BRASIL, 2015).

A observância destes princípios é de fundamental importância para o alcance do real objetivo da conciliação ou da mediação. A condução dos procedimentos da autocomposição em conformidade com seus princípios norteadores, conforme doutrina Tartuce (2018, p. 213)

“é crucial para que sua prática seja realizada de forma adequada em proveito das pessoas em crise”.

O princípio da independência estabelece que o conciliador e o mediador sejam livres para exercerem suas funções, não podendo assim sofrer influência interna ou externa para que ocorra ou não determinada autocomposição. Neste sentido, conforme Neves (2017, p. 69) “os conciliadores e mediadores devem atuar de forma independente, sem sofrerem qualquer espécie de pressão interna ou externa” Conforme este princípio, o conciliador e o mediador podem interromper a audiência se identificarem fatores que desfavorecem a continuidade da mesma, garantindo assim a segurança e a eficácia do procedimento.

O princípio da imparcialidade preconiza que o conciliador ou o mediador não podem possuir nenhum interesse na causa, realizando assim sua atividade de forma imparcial, não comprometendo a boa-fé do procedimento, de tal forma que as decisões tomadas pelas partes sejam isentas de vícios relacionados ao terceiro, conciliador ou mediador. Quanto a este princípio:

A imparcialidade representa a equidistância e a ausência de comprometimento de qualquer ordem em relação aos envolvidos no conflito. Crucial tanto nos meios adjudicatórios (arbitragem e jurisdição) como nos meios consensuais (conciliação e mediação), sua presença é um fator determinante para o reconhecimento da validade da atuação do terceiro que intervém no conflito (seja para decidir, seja para fomentar o consenso) (TARTUCE, 2018, p. 226).

O princípio da autonomia da vontade está relacionado ao titular dos interesses e das decisões a serem tomadas na audiência de conciliação ou mediação. Cabe às partes a tomada das decisões e para tanto elas não podem ser constrangidas ou pressionadas. As decisões tomadas pelas partes devem ser respeitadas pelo conciliador ou pelo mediador, independentemente do resultado final. Conforme Neves (2017, p. 70), “não há como falar em solução consensual do conflito sem autonomia de vontade das partes. Se houver um consenso entre elas, ele só pode ter decorrido de um acordo de vontade”.

Pelo princípio da confidencialidade o conciliador e o mediador tem o dever de praticar o sigilo profissional. Neste sentido:

A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. O dispositivo consagra a confidencialidade plena, atinente a tudo o que ocorreu e foi dito a sessão ou audiência de conciliação e mediação. As partes podem deliberar, entretanto, que o teor da audiência ou sessão seja utilizado para quaisquer fins, em prestígio ao princípio da autonomia da vontade (NEVES, 2017, p. 71).

As informações relativas ao procedimento somente poderão ser reveladas a terceiro, em processo arbitral ou judicial quando as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. Segundo Tartuce (2018), quando ocorre desobediência à confidencialidade e obtenção ilícita de provas, estas devem ser desconsideradas na sessão consensual, bem como se configura em afronta ao ordenamento e aos princípios processuais.

O princípio da oralidade destaca que a audiência de conciliação e mediação deve ser conduzida em linguagem apropriado para o bom entendimento das partes, de modo que todas as decisões sejam tomadas com base em informações claras e entendidas. O princípio da informalidade é importante para garantir ao procedimento um ambiente mais suave, sem maiores ornamentos. Não se deve estabelecer formalidades em relação às vestimentas, podendo as mesmas serem simples, em conformidade com as condições das partes. Quanto aos princípios da oralidade e da informalidade, Didier (2017) esclarece que estes princípios proporcionam maior leveza ao processo, em decorrência a simplicidade dos atos processuais.

Por fim, o princípio da decisão informada estabelece que as partes devam ser claramente informadas quanto às situações originárias do conflito, e também quanto às consequências das decisões a serem tomadas, com o objetivo de promover uma autocomposição positiva para ambas, não restando dúvidas aos envolvidos quanto ao acordo ora celebrado. Neste sentido, de acordo com Didier (2017, p. 312) “a informação garante uma participação dos interessados substancialmente qualificada”.

A observância de tais princípios na conciliação e na mediação é importante para a busca incansável do consenso, como maior objetivo da autocomposição, com a constante prática da estimulação das partes quanto à resolução amigável dos conflitos.

1.2 Conciliação e mediação

A conciliação e a mediação são métodos de resolução de conflito por intermédio de um terceiro responsável em auxiliar as partes para que cheguem à autocomposição. Não cabe ao terceiro efetuar a resolução do conflito, e sim agir como um facilitador, um intermediário que estimula as partes a se entenderem e resolverem o conflito de forma amigável. É importante ressaltar que a decisão sobre a resolução ou não do conflito é exclusiva das partes.

Por isto o conceito de autocomposição, pois as partes são responsáveis pela solução do conflito, ou pela continuidade judicial do litígio.

A conciliação é indicada para as situações nas quais não há vínculo entre os envolvidos, podendo assim o conciliador emitir sugestões para a resolução do conflito. Já a mediação é indicada para as situações nas quais há vínculo entre os envolvidos. Neste caso o mediador age como um interlocutor entre os interessados, com o intuito de facilitar a compreensão dos pontos críticos da negociação, sempre de forma imparcial, buscando assim a resolução mais harmônica para o conflito. Sendo assim, verifica-se que o mediador não pode sugerir alternativas para a solução do conflito, pois tal conduta pode ser interpretada pela parte contrária como possível direcionamento, privilegiado, para a tomada de determinada decisão (DONIZETTI, 2016).

Tanto o conciliador quanto o mediador são proibidos de utilizar-se de métodos e estratégias que causem constrangimento ou intimidação às partes para que cheguem à autocomposição. Configura-se, portanto, uma decisão livre e consensual, obtida de forma consciente pelas partes envolvidas. Neste sentido, subscrevem os §§ 2º e 3º do art. 165 do CPC/15:

O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRASIL, 2015)

A previsão expressa no CPC quanto a vedação de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem, tem como fundamento práticas antigas de conciliações nas quais a parte mais vulnerável era induzida a aceitar a proposta de conciliação da parte de maior poder econômico ou político. Neste mesmo sentido, esta vedação legal objetiva também evitar com que as partes sejam induzidas pelo conciliador a aceitarem sua proposta de conciliação, com o puro objetivo de cumprimento de metas impostas pelo Tribunal de Justiça (DIDIER, 2017).

1.3 Conciliação e mediação como métodos alternativos

A conciliação e a mediação, como métodos alternativos de solução de conflitos, vêm impulsionando a tomada de atitudes e decisões, no cenário judicial atual, sendo institutos catalisadores que objetivam acelerar a resolução de conflitos com o menor custo e maior satisfação dos jurisdicionados, que resolvem suas demandas de modo ágil, eficaz e seguro, tanto na esfera judicial, como na extrajudicial, contribuindo assim para a garantia constitucional da rápida solução de conflito dos processos judiciais com autocomposição. Neste sentido, é necessário promover novas políticas institucionais, com o objetivo de estabelecer um uso racional e eficiente da totalidade dos recursos do poder judiciário (CAMBI, 2016).

Verifica-se, a propósito, no artigo 4º do CPC que o jurisdicionado tem o direito de obter em prazo razoável a resolução integral de sua demanda incluindo a atividade satisfatória. Tem-se verificado a falência da justiça em face de inúmeras demandas contemporâneas que surgem, ficando a sociedade, a mercê de uma justiça tardia e falha. A morosidade na obtenção da tutela jurisdicional, nesse sentido, acaba por ensejar o descrédito da justiça (CARNEIRO, 2016).

A lentidão na resolução de demandas pelo Judiciário leva o jurisdicionado a questionar a credibilidade da Justiça no Brasil, pois as demandas não são solucionadas no prazo compatível com as necessidades sociais, bem como o cumprimento da norma supra que diz que a demanda tem que ter solução em prazo razoável. Neste sentido:

É praticamente impossível apontar todas as causas que geram a morosidade judicial. A omissão do Estado para fornecer os meios necessários à efetiva solução dos litígios, a utilização inadequada dos instrumentos processuais pelos protagonistas do processo, são alguns exemplos das razões da morosidade (CARNEIRO, 2016, p. 84).

Já Donizetti, entende que a celeridade processual deve ser aspirada com prudência, e não levada a extremos (DONIZETTI, 2016):

O processo pressupõe uma série de atos e procedimentos (contraditório, ampla defesa, produção de provas, recursos), diligências que inevitavelmente impedem a rápida solução do litígio, mas que mesmo assim, não devem ser observadas. A celeridade não tem valor absoluto e deve ser estudada e aplicada sempre em conjunto com os demais preceitos que regem o processo (DONIZETTI, 2016, p. 103).

Os métodos alternativos de autocomposição demonstram-se capazes de solucionar demandas, diminuindo tempo, gastos, conferindo eficiência aos processos judiciais, proporcionando resultados concretos almejados pela sociedade e com a efetivação de garantias constitucionais de acesso de todos à justiça e razoável duração do processo (DONIZETTI, 2016).

Nessa linha de pensamento, Cintra, Grinover e Dinamarco, entendem que os meios informais gratuitos cumprem de forma mais eficaz a função pacificadora (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2010).

No mesmo raciocínio, Jiménez (2016, p. 7) expõe que os “métodos alternativos são processos que oferecem, de acordo a suas respectivas peculiaridades, opções para chegar a um consenso sem necessidade de chegar a instâncias judiciais”. Sendo assim é necessário que o Estado realize investimentos que possibilitem a efetivação de metodologias judiciais de aceleração dos processos, como a conciliação e a mediação. São necessários novos centros de conciliação e também a formação de colaboradores aptos à condução do procedimento.

1.4 Por que evitar a judicialização?

A previsão legal da tentativa de se resolver a lide existente entre os cidadãos antes da resposta do réu, por intermédio da conciliação ou mediação, designa, também, promover a eficiência processual, bem como a razoável duração do processo, de forma que a pendência existente se resolva de forma satisfatória para ambas as partes (DIDIER, 2017).

O princípio da eficiência tem como finalidade alcançar, de forma objetiva, o resultado útil do processo, ou seja, ao julgamento de mérito, através de um esforço processual mínimo. Desta forma, o princípio da eficiência processual defende uma repulsa à métodos e atos desnecessários e inúteis ao andamento natural do processo, sempre levando em consideração a segurança jurídica dos atos processuais e a não observância de prejuízo à qualquer das partes que compõe o processo (NEVES, 2017).

O princípio da economia processual objetiva a obtenção de menos atividade judicial e mais resultados, através de mecanismos que proporcionem a diminuição no número de atos processuais inúteis, e, também, a diminuição da fragmentação do direito em inúmeras demandas individuais (NEVES, 2016).

O princípio da razoável duração do processo está previsto no texto Constitucional de 1988, no artigo 5º, LXXVIII, bem como no art. 4º do CPC/15. Assim determina o inciso LXXVIII, do art. 5º da CF/88 “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. De forma complementar, o art. 4º do CPC/15 estabelece que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Neste sentido, o presente princípio visa garantir a duração razoável do processo, de forma a não desprezar o objetivo e a efetividade da prestação jurisdicional (DONIZETTI, 2017).

O princípio da duração razoável do processo é observado no aspecto intra processual, no qual ocorre uma adequação do procedimento, de acordo as circunstâncias do direito material subjacente, e também no aspecto extraprocessual, ou seja, alusivo à organização da atividade jurisdicional propriamente dita (DONIZETTI, 2017).

1.5 O acesso à justiça e a efetividade quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário

A previsão constitucional de acesso à justiça não se limita à simples perspectiva de ingresso em juízo, e sim, conforme observa Donizetti (2017), proporciona um amplo acesso à ordem jurídica, com fundamento necessário aos princípios e garantias fundamentais do processo.

O acesso à ordem jurídica justa corresponde ao acesso a mecanismos de solução de forma rápida e eficiente dos conflitos garantindo assim a obtenção de todo direito pertencente a determinado cidadão, o que pode ser verificado no seguinte texto:

Conferir a mais pronta eficácia do reconhecimento do direito material em favor de quem o tem significa compreender a prestação jurisdicional como um serviço público que, para ser eficiente e melhor atender os anseios sociais, precisa ser mais rápido, menos dispendioso, burocrático e formalista (CAMBI, 2016, p. 971).

A morosidade do Poder Judiciário contribui para o aumento cada vez maior do número de processos a serem analisados e julgados tanto por juízes singulares quanto pelos tribunais. A efetividade quantitativa do Poder Judiciário transmite a “falsa” impressão de que a justiça brasileira é eficiente e resolutiva. Dados do CNJ informam que atualmente o Brasil possui mais de 80 milhões de processos. Esse número excessivamente expressivo de

processos judiciais traduz o real cenário político, social e econômico que o Brasil vem passando nas últimas décadas (quicá séculos). Nesse sentido:

Vários são os óbices que têm se apresentado como impeditivos do exercício da atividade jurisdicional de forma plena, como a morosidade no julgamento dos processos, cuja tramitação se arrasta, muitas vezes, por anos a fio; a dificuldade de efetivação das decisões judiciais, o que gera um descrédito em relação à justiça; o excesso de recursos existentes, os quais são utilizados como meios procrastinatórios; a falta de gestão e de uniformização dos procedimentos; o desrespeito às normativas de ordem constitucional; a falta de infraestrutura, bem como, de desenvolvimento de tecnologias capazes de otimizar e aperfeiçoar os serviços cartorários e judiciais; a inexistência de defensorias públicas organizadas e com capacidade de atendimento proporcional à demanda da população hipossuficiente; a visão retrógrada dos operadores do Direito que resistem às mudanças, e também, a falta de comprometimento de tais profissionais em adotarem uma postura humanística e ética (CAMARGO, 2010, p. 61).

É preciso mais do que quantidade de processos para se mensurar a eficiência ou não do Poder Judiciário Brasileiro. O Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, não estabelece somente o acesso por si só à justiça. Estabelece sim um acesso resolutivo, no qual a demanda do cidadão seja devidamente resolvida, e o mérito de sua ação seja julgado em tempo hábil e satisfativo. Segundo Didier (2017, p.110), “o processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”. Para que isso ocorra necessário se faz uma reestruturação no Poder Judiciário, de forma que possibilite a fluidez dos processos e a resolução satisfativas das ações judiciais.

1.6 Procedimento legal conforme o CPC/2015

Consoante já mencionado, a audiência de conciliação e mediação é uma determinação expressa do art. 334 do CPC/15, concomitante com o art. 27 da Lei nº 13.140/15. Estes dispositivos legais estabelecem as diretrizes segundo as quais o procedimento deve ser conduzido.

Para que seja cumprido o caput do art. 334 do CPC/15, e também o art. 27 da Lei 13.140/15, necessário se faz que a petição inicial peticionada pelo autor cumpra todos os requisitos formais estabelecidos pelo art. 319 do CPC/15. Caso contrário, conforme o art. 321 do CPC/15, verificando-se defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de

mérito, o juiz possibilitará, ao autor, os ajustes destas irregularidades no prazo de 15 dias. Caso estas irregularidades não sejam corrigidas, o juiz irá, então, indeferir a petição inicial.

Conforme estabelece o *caput* do art. 334, CPC/15, Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (NEVES, 2017).

Verifica-se então, que, para que ocorra a audiência de conciliação ou mediação, o réu deve ser citado e intimado com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. Caso a autocomposição seja desejada por ambas as partes, encerra-se, portanto, o litígio. Porém, caso a autocomposição não seja bem sucedida, a partir deste momento então começará a contar o prazo para a contestação do réu (CAMBI, 2016). Neste sentido verifica-se que:

O NCPC inova em relação ao CPC/1973, pois estabelece a possibilidade de realização de audiência de conciliação ou mediação antes da resposta do réu. Este é citado apenas para participar desta audiência. E, tão-somente, se restarem frustrados os mecanismos de autocomposição, é que começará a correr prazo para o réu contestar (CAMBI, 2016, p. 971).

O § 4º do art. 334, CPC/15, estabelece as possibilidades segundo as quais a audiência de conciliação ou de mediação não será realizada. Determina, portanto este dispositivo legal que as partes devem manifestar expressamente, por intermédio de uma petição, o seu desinteresse na autocomposição. A ausência de manifestação expressa, na petição inicial, configura aquiescência por parte do autor quanto a realização da audiência de conciliação ou mediação, exceto, na ocorrência de aditamento, por iniciativa própria do autor, da petição inicial.

Ocorrendo a manifestação expressa do autor quanto ao seu desinteresse na autocomposição, a audiência não se realizará. Nesse sentido importa fazer uma observação, posto que basta a manifestação de uma das partes quanto sua intenção em não participar da audiência de conciliação ou de mediação para que esta não venha a ocorrer. Neste sentido deve-se respeitar o princípio da voluntariedade, o qual preceitua que nenhuma parte pode ser obrigada a participar da audiência de conciliação e mediação contra sua vontade. Este entendimento também pode ser verificado:

O inciso I do § 4º do art. 334 estabelece que a audiência não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual. Uma

interpretação literal do texto normativo poderia, então, levar a se considerar que só não se realizará a sessão de mediação ou conciliação se nem o demandante, nem o demandado, quisessem participar desse procedimento de busca de solução consensual, não sendo suficiente a manifestação de vontade de uma das partes apenas para evitar a realização daquela reunião. Assim não é porém. Apesar do emprego, no texto legal, do vocábulo “ambas”, deve-se interpretar a lei no sentido de que a sessão de mediação ou conciliação não se realizará se qualquer das partes manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual. Basta que uma das partes manifeste sua intenção de não participar da audiência de conciliação ou de mediação para que esta não possa ser realizada. É que um dos princípios reitores da mediação (e da conciliação) é o da voluntariedade, razão pela qual não se pode obrigar qualquer das partes a participar, contra sua vontade, do procedimento de mediação ou conciliação (CÂMARA, 2017, p. 205/206).

Portanto, a audiência de conciliação ou de mediação ocorrerá, salvo vedação expressa da lei, ou se um das partes expressamente manifestar desinteresse em conciliar. Neste caso, o silêncio de qualquer das partes deve ser entendido como pretensão em participar da audiência de conciliação ou de mediação. Com o objetivo de facilitar o comparecimento das partes, e também de facilitar a autocomposição, o § 7º do CPC/15, permite que a audiência de conciliação ou mediação possa ser realizada por meios eletrônicos, na forma da lei (BRASIL, 2015).

Nas audiências presenciais, as partes poderão constituir representantes. Porém, conforme consta do § 10, do CPC/15, este representante deverá ser constituído por meio de procuração específica, com poderes expressos para negociar e transigir. O § 9º determina que as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos (BRASIL, 2015).

Cambi (2016, p. 994) explica que “o não comparecimento do advogado de uma das partes ensejará ou o adiamento da audiência ou, se houver consentimento da parte que estiver sem advogado, a nomeação de advogado para o ato processual”. Explica também que o conciliador ou mediador poderá notificar a OAB quanto a ausência do advogado da ação para que o mesmo seja responsabilizado pelos prejuízos causados às partes e ao próprio andamento processual. Já Dinamarco (2017) entende que a negociação de acordos não caracteriza ato postulatório, não sendo, portanto, a presença do advogado obrigatória.

Quanto ao não comparecimento das partes na audiência de autocomposição de forma injustificada, o § 8º estabelece uma multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, por entender esta prática um ato atentatório à dignidade da justiça, conforme se verifica a seguir:

A presença das partes é dispensável, desde que compareça seu representante, munido de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. Após designar a audiência, caso qualquer uma das partes – autor ou réu – não compareça nem, tampouco, constitua representante, a falta será considerada ato atentatório a dignidade da justiça e sancionada com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (CAMBI, 2016, p. 994).

Conforme estabelece o § 11 do CPC/15, a autocomposição obtida será reduzida a termo e deverá ser homologada por sentença, devendo assim ser acatada por ambas as partes do processo.

1.7 Descumprimento do novo Código pelos magistrados

Com o argumento de falta de estrutura dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSC); do número insuficiente de conciliador ou mediador; ausência de manifestação expressa do autor em conciliar; número insignificante de acordos efetivados nas audiências de mediação ou conciliação e que a conciliação ou mediação podem ser buscadas a qualquer momento, inclusive em eventual audiência de instrução e julgamento, muitos juízes estão descumprindo o art. 334 do CPC/15, o qual determina que “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência” (BRASIL, 2015).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017), trata-se, a audiência posta, antes da resposta do réu, de uma inovação implementada pelo CPC, que busca mudar o paradigma da cultura da solução de conflitos no Brasil. O CNJ esclarece que o magistrado somente pode esquivar-se de designar a audiência de conciliação e mediação quando for expressa a vontade das partes em não haver acordo, bem como quando a lide não admitir a autocomposição, devendo assim dar continuidade ao procedimento.

No entanto, conforme Bandeira (2017), nem sempre os processos são encaminhados para a tentativa da via consensual dos conflitos, muitas vezes, segundo alguns magistrados, por falta de recursos humanos capacitados para a realização das audiências de conciliação e mediação.

Segundo Fábio Ribeiro Brandão, juiz auxiliar da 2ª Vice-Presidência do TJ-PR, o juiz pode lançar mão do princípio do livre convencimento motivado, pelo qual o magistrado tem a liberdade em analisar o litígio e decidir da maneira que for correta, desde que sendo motivada, e devidamente fundamentada (D'AGOSTINO, 2016).

A conciliação e a mediação são estratégias que visam acelerar a resolução dos conflitos de forma extrajudicial, através da autocomposição, na qual os atores principais são as partes envolvidas no litígio. Porém, esta metodologia de resolução de conflitos ainda encontra resistências por parte de alguns magistrados, com a justificativa de que as comarcas e os tribunais ainda não possuem estrutura física e de recursos humanos suficientes para realização das audiências de conciliação e mediação. Neste sentido argumenta Cabral (2017, p. 379) “que grande parte dos Tribunais ainda não absorveu a necessidade de priorizar a política da conciliação e não criaram os CEJUSC’S em quantidade suficiente para atender essa demanda que a nova codificação impôs”.

É necessário também o desenvolvimento de um programa de educação continuada com o objetivo de capacitar os profissionais que irão atuar como conciliadores ou mediadores e, desta forma, garantir segurança jurídica ao procedimento de autocomposição. Nesse sentido, salienta Cabral (2017), que a condução de audiências de conciliação e mediação por pessoas não habilitadas, pode comprometer a qualidade dos procedimentos e, conseqüentemente, a segurança jurisdicional.

Na opinião de Cabral (2017), os Tribunais brasileiros não estão preparados para o cumprimento eficaz da norma. Destaca o referido autor que grande parte dos Tribunais não consta com verba para a implementação dos mecanismos de resolução consensual dos conflitos, o que dificulta a efetividade da autocomposição. Por conseguinte, cabe aos Tribunais garantir o cumprimento da lei, adequando e estruturando suas comarcas no intuito de proporcionar condições físicas e de recursos humanos adequados para a prática segura da resolução consensual dos conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil de 2015 promove uma importante inovação na metodologia de resolução de litígios. Considerando que os conflitos são oriundos do próprio convívio societário, nada mais conveniente que dotar os indivíduos de poderes e condições

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

para resolvê-los. Essa nova metodologia de resolução de conflitos apresenta características que vão ao encontro do sistema democrático de direito. Isto porque os atores envolvidos no litígio possuem conhecimento acerca dos pontos conflitantes da relação jurídica pendente e totais condições de emitirem sugestões para a solução amigável, democrática e harmoniosa do conflito.

O estímulo à autocomposição deve ser uma constante em todas as comarcas, tornando-se prática rotineira de resolução de conflitos para possibilitar a mudança do paradigma do litígio para a cultura do diálogo. Assim, contribuir para a prevalência de procedimento harmonioso, resolutivo e coerente com as boas práticas judiciais. Neste sentido, a constância na prática da autocomposição gera segurança jurídica ao procedimento, e também a sensação de segurança, por parte do cidadão que optou por tal procedimento, na certeza de que seu problema será resolvido de tal forma que ambas as partes saiam satisfeitas com a autocomposição.

Com a previsão legal de que a audiência de conciliação ou mediação deve ser estimulada, é necessário, também, que haja uma estrutura apropriada para que estes métodos alternativos de autocomposição possam ser colocados à disposição dos jurisdicionados.

Sendo assim, com o objetivo de remover os obstáculos que entram o Poder Judiciário no Brasil, os legisladores, operadores do direito e demais estudiosos, passaram a privilegiar e estimular a utilização da conciliação e da mediação como métodos de solução de conflitos, favorecendo assim a celeridade na resolução dos litígios, e diminuindo a formalidade e a onerosidade dos mesmos.

As comarcas, principalmente as do interior, não dispõem de estrutura física adequada para a realização das audiências de conciliação e mediação, nem recursos humanos capacitados e em número suficiente para o cumprimento da efetividade jurisdicional.

Constata-se que, em muitas comarcas, as audiências de conciliação e mediação são realizadas em salas improvisadas e conduzidas por estagiários, os quais dividem suas responsabilidades inerentes ao estágio com a responsabilidade de conduzir as audiências de autocomposição.

Apesar da convivência diária com todas essas dificuldades, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais configurou-se, conforme relatório “Justiça em Número 2019”, produzido pelo CNJ, como o que mais solucionou conflitos por intermédio dos ditames legais

da autocomposição, com um percentual de conciliação, na primeira instância, de 21,2%, no ano de 2018.

O referido relatório destaca que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais busca de forma incessante a boa prática do diálogo e da negociação como fatores essenciais para a melhor construção da cultura da resolução consensual dos conflitos, de forma que as partes envolvidas sintam-se satisfeitos em relação aos seus interesses e necessidades.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. **Novo Código de Processo Civil rompe resistências de juízes à conciliação**. CNJ, Brasília, 20 de março de 2017. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/novo-codigo-de-processo-civil-rompe-resistencias-de-juizes-a-conciliacao-2/>. Acesso em 16 de setembro de 2019.

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.htm. Acesso em: 3 de março de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil**. Rio de Janeiro, Revista FONAMEC, v. 1, n. 1, p. 368-383, 2017.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

CAMBI, Eduardo. *et al.* **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Das Normas Fundamentais do Processo. In: Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e das outras providências**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acessado em 30 de março 2019.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Juízes ignoram fase de conciliação e descumprem novo código**. G1, São Paulo, 15 de agosto de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/juizes-ignoram-fase-de-conciliacao-e-descumprem-novo-codigo.html>. Acesso em 29 de março de 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e Processo de Conhecimento**. Vol. 1, 19. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FURTADO, Maria Sueli; DUARTE, Simone Viana. **Trabalho de conclusão de curso (TCC) em ciências sociais aplicadas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, A. C. de A.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2010.

JIMÉNEZ, Macarena Paz Gaete. **Métodos alternativos de resolução de conflito. Programa Teixeira de Freitas**, Santiago, 2º Semestre, 2016.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; DESLANDES, Suely Ferreira. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 34. ed. rev. atual. Petrópolis: Vozes, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil. Volume único**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Judiciário mineiro é líder em conciliação no País**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/judiciario-mineiro-e-lider-em-conciliacao-no-pais.htm#.XanKAXF7nIU>. Acesso em 20 set. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A DELAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

**A DELAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO
NO BRASIL**

THE DELATION AWARDED IN THE FIGHT AGAINST ORGANIZED CRIME IN
BRAZIL

Jhonathan Cruz Meira Barbosa

Sociedade Educacional Verde Norte - Favenorte

jhonathan7044@gmail.com

 lattes.cnpq.br/2752214250358358

Pablo Rafael Freitas Santos

Sociedade Educacional Verde Norte - Favenorte

pablomav02@hotmail.com

 lattes.cnpq.br/9871267404958648

Vânia Olímpia Barbosa Silva

Sociedade Educacional Verde Norte - Favenorte

olimpia.vania@gmail.com

 lattes.cnpq.br/5976275438185059

RESUMO: O presente estudo busca conceituar o instituto da delação premiada e demonstrar a sua aplicação no combate ao crime organizado no Brasil. Para tanto, foi feito um estudo sobre as peculiaridades do crime organizado no país, o seu conceito, origem, e as regulamentações trazidas pela legislação pátria. Isto permitiu traçar um histórico político-criminal desde a introdução da delação premiada na legislação processual penal brasileira até as inovações trazidas pelas Leis 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas) e 13.964/19 (Lei Anticrime). Por estas análises, foi demonstrado a natureza jurídica, requisitos e limites para a sua aplicação, bem como os direitos do colaborador que, muitas vezes, vale-se deste instituto para atenuar as consequências trazidas pela prática de atividades criminosas. Também verificou-se como as informações obtidas através da delação premiada podem auxiliar o Estado na desarticulação e repressão de organizações criminosas. Por fim, a título de exemplo, foi feito o estudo da delação premiada de Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimentos da Petrobras na “Operação Lava-jato”, que corrobora com a efetividade da aplicação do instituto da delação premiada no combate ao crime organizado no Brasil, apresentando resultados que beneficiam toda a população brasileira.

Palavras-chave: Crime organizado. Colaborador. Delação premiada.

ABSTRACT: The present study seeks to conceptualize the institute of prize-giving and demonstrate its application in the fight against organized crime in Brazil. To this end, the study of the peculiarities involving organized crime in the country is carried out, from its concept, appearance, and the regulations brought by the national legislation. A political-criminal history is traced of the moment when the winning sentence was introduced in the Brazilian criminal procedural legislation and the innovations brought by Laws 12.850 / 13 (Law on Criminal

Organizations), and 13.964 / 19 (Law Anticrime). In addition, it seeks to demonstrate its concept, legal nature, requirements and limits for its application, as well as the rights of the employee, who often makes use of the award-winning sentence to mitigate the consequences brought by the practice of criminal activities, and therefore, it assists the State with elementary information for the dismantling and repression of the criminal organization that was once part. Finally, the award report by Paulo Roberto Costa, former Petrobras supply director in “Operation Lava-jet” is made, which corroborates the effectiveness of the application of the award report in the fight against organized crime in Brazil, presenting results that surprise the entire Brazilian population.

Keywords: Organized crime. Collaborator. Winning statement.

INTRODUÇÃO

O aumento da criminalidade e as suas diferentes formas de manifestação é uma realidade do Brasil contemporâneo. Revelada como uma das maiores preocupações da sociedade brasileira, esse é um fenômeno persistente, capaz de suprimir direitos dos cidadãos e de atingir, direta ou indiretamente, toda a população do país.

Embora seja tarefa complexa definir os fatores que contribuem para os elevados índices de criminalidade, muitos os têm atribuído à fragilidade e deficiência do sistema de ensino, à falta de infraestrutura, ao desemprego e, principalmente, à crescente desigualdade social. Estas condições sociais levam à tentação da ilegalidade, criando um ambiente favorável para a atuação de organizações criminosas que, através de promessas de ganhos astronômicos à margem da lei, realizam o recrutamento de indivíduos para práticas delituosas.

Com o fortalecimento da rede do crime organizado no mundo em suas variadas atividades ilícitas como o narcotráfico, a extorsão, o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e a corrupção, as organizações criminosas têm cooperado entre si formando verdadeiros conglomerados transnacionais promotores de delitos.

No que tange à estruturação organizacional e à hierarquia, essas organizações guardam similaridades com o mundo empresarial, estabelecendo funções predefinidas e uma logística que organiza todo o aparato criminoso na busca do sucesso em suas empreitadas. Neste diapasão, o combate ao crime organizado tem sido objeto de atenção especial do Estado que, através da criação de políticas públicas e de legislações específicas, busca frear seu crescimento e combater suas consequências.

Além da complexidade e diversidade inerentes ao crime organizado, seus membros agem de maneira a dificultar ao máximo a obtenção de provas que os incriminem, pois sabem que este é o elemento essencial para a instauração de processos e para eventuais condenações. Para tanto, destaca-se o fato de que as organizações criminosas, visando impedir a obtenção das provas, têm, cada vez mais, utilizado os recursos tecnológicos existentes em suas atuações, aprimorando e criando novas formas de organização e práticas delituosas, dificultando a repressão do Estado.

Assim, frente à responsabilidade de garantir a ordem pública, o Estado deve se incumbir do dever de obstar a ação das organizações criminosas, por intermédio da ação das suas forças de segurança e da aplicação do *ius puniendi*, através do devido processo legal.

Segundo Carvalho (2016), embora a prática delituosa faça parte da sociedade brasileira desde os tempos de sua colonização, somente em 2013 surgiu uma lei no país que visava tratar especificamente sobre as organizações criminosas. A Lei 12.850/2013, para além de outras previsões, trouxe para dentro do ordenamento jurídico pátrio o instituto da Colaboração Premiada, conhecida popularmente como “delação premiada”. Entendida como um importante instrumento de favorecimento mútuo entre delator e Estado, sua aplicação ganhou espaço no cenário brasileiro, sendo utilizada para desarticular organizações criminosas no país.

A Colaboração Premiada trata-se de uma técnica de investigação realizada através do ato voluntário do colaborador que, por meio de um acordo, presta informações efetivas concernentes ao funcionamento e estrutura da organização criminosa da qual era membro. Em troca a essa cooperação útil, somado com o preenchimento de outros requisitos (repercussão social do fato criminoso, a gravidade, as circunstâncias e a personalidade do delator), o Estado concede benefícios proporcionais aos resultados obtidos, que podem abranger o perdão judicial, a redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou sua substituição por pena restritiva de direitos (BRASIL, 2019).

Recentemente, a Operação Lava-jato utilizou-se de sobremaneira do instituto da Colaboração Premiada. Esta operação consistiu em um conjunto de investigações desenvolvidas pela Polícia Federal, em parceria com o Ministério Público Federal que desarticulou grande organização criminosa que atuava principalmente com a lavagem de dinheiro advindo de corrupção no Brasil, operação classificada pela Polícia Federal como a maior investigação de corrupção da história do país.

Nesse sentido, tendo em vista a gravidade dos crimes praticados por esta parcela da sociedade, o presente trabalho se lança na perspectiva de compreender a delação premiada como instrumento utilizado pelo Estado no combate à criminalidade organizada no Brasil e as consequências de sua aplicação.

Assim, a construção do conhecimento jurídico desta pesquisa terá por fito a análise da Delação Premiada no sistema processual penal brasileiro e a sua aplicação no combate ao crime organizado, listando suas peculiaridades no que concerne à sua origem no ordenamento jurídico pátrio, conceito, natureza jurídica, requisitos e limites da sua aplicação, os direitos do colaborador.

Por fim, a título de exemplificação, será apresentado o caso da delação premiada de Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimentos da Petrobras e a primeira pessoa a firmar acordo com o Ministério Público Federal na “Operação Lava jato”, exemplo emblemático ocorrido no país.

O método de pesquisa adotado na elaboração deste trabalho tem natureza descritiva e analítica consistindo em revisão bibliográfica e documental, Na revisão bibliográfica foram utilizados vários artigos científicos e doutrinas que versam sobre a matéria. Na análise documental foi utilizada variadas leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro, abrangendo a Constituição Federal de 1988, normas internacionais e leis infraconstitucionais, em especial, Nova Lei de Combate ao Crime Organizado, Lei 12.850/13 e Lei 13.964/19 “Pacote Anticrime”, jurisprudências do STF e do STJ e posicionamento do CNJ.

Para complementar a análise teórica, foi realizado um estudo de caso pertinente ao tema. Elegeu-se a delação premiada de Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimentos da Petrobras na “Operação Lava-jato”, com o objetivo de exemplificar e descrever os fenômenos abordados na pesquisa.

1 O CRIME ORGANIZADO

O crime organizado é um assunto cada vez mais presente nas redes de difusões midiáticas e nos meios jurídicos. Devido aos impactos sociais que provoca, tem sido alvo de diversas discussões políticas e jurídicas na tentativa de construir meios que sejam eficazes no seu combate. No entanto, o Estado ainda detém uma estrutura desorganizada, o que tem

colaborado e fortificado para a instalação e disseminação do crime organizado, levando temor à sociedade que passa a desacreditar na eficiência estatal (RÉGIS; SILVA, 2017).

Conforme aponta Facchioli e Aquotti (2016), o processo de formação das organizações criminosas tem se amoldado às estruturas empresariais. A globalização financeira e econômica tem atraído para dentro das organizações características empresariais como divisões de tarefas, hierarquia, estimativa de receita e previsão de despesas, cálculo de custo e benefício de atividades exercidas, folhas de pagamentos, balanços financeiros, diretrizes próprias para recrutamento ou premiações e prevalência na competição de mercado.

A junção desse fator à utilização de inovações tecnológicas tem aprimorado e diversificado sistematicamente o *modus operandi* do crime organizado, obrigando o Estado a agir constantemente para ser eficiente de forma preventiva e repressiva. Aqui, frisa-se que a tecnologia aliada ao crime organizado é um problema real e presente na sociedade brasileira. A guisa de exemplo, cita-se a sofisticada ação de uma organização criminosa no Estado de São Paulo que, em 2017, fabricava seus próprios armamentos utilizando-se de técnicas avançadas, *softwares* de desenho industrial 4D e modernos maquinários eletrônicos¹ (LIMA, 2019).

Apesar de ser um problema que se destaca na sociedade contemporânea, a gênese do crime organizado se remete aos séculos XVI e XVII. Neste período houve a atuação das organizações criminosas conhecidas por Tríades (China), Máfias (Itália) e Yakuza (Japão feudal), nascidas com objetivo precípuo de combater os autoritarismos de imperadores e governantes, mas que se corromperam com o tempo e passaram a exercer práticas criminosas (CRUZ *et al.* 2020).

Oliveira (2019) aponta que no Brasil, a manifestação expressiva do crime organizado ocorreu entre as décadas de 1970 e 1990 do século passado, com a fundação das principais organizações criminosas do país: o Comando Vermelho (CV) em 1979 e o Primeiro comando da capital (PCC) em 1993².

¹ Essa organização realizava transações de armas de fogo de diversos calibres (.40, .45, .50, .12 e 9 mm) na cidade de Poá/SP. Foi descoberta e desarticulada pela polícia civil da 44ª Delegacia de Polícia do Estado de São Paulo, em 16 de outubro de 2017 (LIMA, 2019).

² Segundo Cruz *et al.* (2020), outras manifestações pretéritas, cangaço e o “jogo do bicho”, podem ser constatadas e entendidas por muitos estudiosos como atividades criminosas organizadas de natureza embrionárias no Brasil. O cangaço carrega a referência por ter sido um movimento popular com organização e estruturação hierárquica, divisão de funções e tarefas com a finalidade de práticas criminosas, que se passou no sertão nordestino no final do século XIX e começo do século XX, liderado por Virgulino Ferreira da Silva “Lampião” e sua companheira Maria Déia Neném “Maria Bonita”. Já o famigerado “jogo do bicho”, desenvolvido no início do século XX, por ser a primeira infração penal organizada com tipificação no ordenamento jurídico, é tido como outro ponto de referência originária. Portanto, não há posicionamento unânime quanto ao surgimento no Brasil.

O CV teve sua origem nos anexos do instituto penal Cândido Mendes, localizado em Ilha Grande, no município de Angra dos Reis, Estado do Rio de Janeiro, e buscava o assistencialismo carcerário aos integrantes e familiares. Com o tempo, passou a agir fora dos estabelecimentos prisionais cometendo assaltos e atualmente controla o tráfico de drogas no Estado do Rio de Janeiro, sendo liderado por Luís Fernando da Costa “Fernandinho Beira-mar”. O CV disputa o domínio dos presídios e tráfico de drogas em ao menos nove estados do país: Acre, Amapá, Alagoas, Ceará, Pará, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima e Tocantins (CLEMENTINO, 2018).

Já o PCC surgiu no interior do estabelecimento prisional da Casa de Custódia de Taubaté, na cidade de Taubaté, no Estado de São Paulo, e teve sua criação sustentada no objetivo inicial de pressionar o Estado, ocasionando rebeliões, a prestar assistência aos presidiários e familiares. Entretanto, passou a desenvolver externamente crimes de roubos a carros de transporte de valores e a instituições bancárias, extorsão mediante sequestro e tráfico ilícito de entorpecentes de alcance internacional. Atualmente é composto por mais de trinta mil membros e possui níveis de influência em todo país, além de exercer presença internacional na Bolívia, Colômbia, Guiana, Paraguai, Equador, Peru e Espanha. A facção apresenta como líder Marcos Willians Herbes Camacho, conhecido pelo codinome de “Marcola” (Oliveira, 2019).

Recentemente, um novo formato de organização criminosa trouxe efeitos impactantes à população, a chamada “criminalidade dourada” ou criminalidade do “colarinho branco”, de onde originou o “Mensalão” em 2005 e a “Lava Jato” em 2014. As atividades ilícitas ali praticadas envolveram nomes de políticos do Legislativo e Executivo de patamar elevado, que se valeram das instâncias do poder público brasileiro para receber vantagens indevidas através de sofisticados esquemas de corrupção.

No caso “Lava Jato” foi deflagrada uma investigação da Polícia Federal que teve repercussão jornalística em âmbito nacional e internacional, a “Operação Lava Jato”. Esta operação investigou diversas práticas delituosas de políticos da alta cúpula de seus partidos, de dirigentes da Petrobrás e integrantes do alto escalão das maiores construtoras do país que, em tese, praticaram crimes como lavagem de dinheiro, desvio de verbas, fraude em licitação e outros ilícitos denominados “crimes do colarinho branco” (BECK, 2017).

No que concerne ao combate ao crime organizado, na legislação penal brasileira sua introdução foi sublinhada pela entrada em vigor da Lei 9.034/95, que dispôs “sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por

organizações criminosas”. No artigo 1º desta Lei, foi regulamentado os meios de provas e procedimentos investigatórios atrelados a crimes resultantes de ações de quadrilha ou bando (BRASIL, 1995).

No entanto, a Lei 9.034/95 não trouxe o conceito de organização criminosa o que, por consequência, não deixou claro a sua aplicação e finalidade. Essa lacuna permitiu diversas interpretações, o que dificultou a aplicação prática dos dispositivos legais trazidos pela Lei. Por esta omissão, foi adotada o conceito previsto na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como “Convenção de Palermo”, que em seu art. 2-a) identificava “grupo criminoso organizado” como sendo um:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente um benefício econômico ou outro benefício material (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000).

Embora essa Convenção tenha sido promulgada no Brasil pelo Decreto-Lei 5.015/2004, essa manobra doutrinária validada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ - *Habeas Corpus* 77771 e 171912) e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ – recomendação nº 3), foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF –*Habeas Corpus* 96007), por ser considerada uma afronta ao princípio da legalidade³ (OLIVEIRA, 2017).

A elucidação conceitual somente começou a ser construída com o advento da Lei 12.694/12, que dispôs “sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas”. Em seu artigo 2º previu-se que, para configurar uma organização criminosa seria necessário a associação de 03 (três) ou mais pessoas, com estruturação ordenada, e divisão de tarefas, ainda que informal, agindo com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, quaisquer vantagens provenientes da prática de crimes (BRASIL, 2012).

Vale acentuar que, embora a Lei 12.694/12 tenha dado respaldo à Lei 9.034/95 possibilitando a aplicação de seus dispositivos e meios operacionais na prevenção e repressão de delitos praticados pelo crime organizado, a conceituação contida nesta norma não enquadrava a organização criminosa como tipo penal, ou seja, a configuração de um crime a partir de sua análise era inviável (OLIVEIRA, 2017).

³ Com fulcro no art. 5º, XXXIX, CF/88- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem cominação legal. Assim, o STF entendeu ser incompatível a aplicação do conceito da Convenção de Palermo ao direito interno (OLIVEIRA, 2017).

Ante as deficiências persistentes no ordenamento jurídico, em especial da Lei 9.034/95, um novo conceito de organização criminosa veio a ser materializado na redação da Lei 12.850/13 que dispôs sobre a organização criminosa, a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Assim, no §1º do artigo 1º estipulou-se que:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

Conhecida como a Nova Lei de Combate às Organizações Criminosas, a Lei 12.850/13 não só conceituou a criminalidade organizada, mas também deu tipificação penal autônoma aos verbos integrar, constituir, promover e financiar o crime organizado (BRASIL, 2013).

Ainda no ordenamento jurídico pátrio, o modo associativo para a prática de crimes pode ser identificado em outros cinco tipos penais, sendo: a associação para o tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.346/06, art. 35, *caput*); a associação para a prática de genocídio (art. 2º da Lei 2.889/56); a organização para prática de terrorismo (Lei 13.260/16, art. 3º); as organizações para milícias particulares e paramilitares (art. 288-A do Código Penal); e a associação criminosa (art. 288, *caput*, do Código Penal).

No entanto, cumpre destacar que a criminalidade organizada da Lei 12.850/13 guarda singularidades que a difere dos demais tipos penais. A possibilidade de relativização de direitos individuais, como por exemplo, a flexibilização das informações pessoais, do direito à privacidade e do sigilo das comunicações e a previsão de investigação e obtenção de provas de práticas delituosas, através de métodos e instrumentos especiais, são peculiaridades procedimentais aplicadas exclusivamente ao crime organizado.

Todavia, ainda há dificuldade de interpretação quanto à figura delitiva a ser aplicada em determinadas situações. Pode-se dizer que os critérios definidores ainda são passíveis de serem considerados insuficientes e não há uma taxatividade dos termos descritivos das condutas puníveis do crime organizado da Lei 12.850/13, em detrimento das demais espécies associativas, que possam delimitar precisamente o campo de incidência. Por esse viés, vislumbra-se a chance de prejuízo ao princípio da legalidade estrita ante a possibilidade de ocorrer interpretações confusas do tipo penal a ser enquadrado em alguns casos concretos (VIANA, 2017).

Fato é que o crime organizado tem se revelado com uma capacidade peculiar de se modificar e de se adaptar ao mundo globalizado. Ao utilizar de meios tecnológicos avançados e adotar padrões empresariais em sua organização, o combate a essas organizações tem exigido cada vez mais esforços e dedicação do Estado, que o leva à utilização recorrente da Delação Premiada.

2 A DELAÇÃO PREMIADA

2.1 A Delação Premiada no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Em linhas gerais, embora os debates acerca da delação premiada sejam recentes, este instituto já era invocado em tempos mais longínquos. Os seus primeiros registros são verificados nos tempos bíblicos, como a venda de Cristo por Judas Iscariotes por trinta moedas (numa perspectiva de ser o instituto um ato de traição motivado por interesse e em benefício próprio), também sendo possível localizar suas marcas no sistema anglo-saxão, do qual eclodiu a expressão *crownwitness*, ou testemunha da coroa (LIMA, R. B., 2019).

Conforme descreve Cruz (2016), nos Estados Unidos a delação premiada foi muito utilizada no combate ao crime organizado, sendo conhecida pela expressão *pleabargain* (barganha de desculpas ou barganha de argumentos). Já na Itália, país famoso pelo combate às máfias, este instituto teve grande eficácia no desmantelamento de grupos mafiosos e era reconhecida pela denominação jurídica *patteggiamento* que significava acordo judicial. E, assim como nos Estados Unidos e na Itália, a delação premiada está prevista no ordenamento jurídico de diversos outros países.

No Brasil, o marco que sinaliza a introdução do instituto no ordenamento jurídico pátrio remete-se às Ordenações Filipinas que em seu livro V tratou da matéria criminal e vigorou de janeiro de 1603 à 1830. O Código Filipino inaugurou a adoção de técnicas características da delação premiada, previsto à época no crime de “Lesá Majestade” (crime de traição contra majestade) inscrito no título IV, parágrafo 12: delatar os cúmplices. No mesmo livro, o título CXVI revestido na denominação de “Como se perdoará os malfeitores que derem outros a prisão” conferia até mesmo o perdão judicial para os sujeitos que apontassem os coautores do Lesá Majestade (MIRANDA; OLIVEIRA; DORNELAS, 2019).

Os cenários que remontam a historicidade política do país também trazem em seus contornos a presença da delação premiada que naquelas conjunturas fundamentou novos rumos para os delatores e delatados. De início, o episódio político da Inconfidência Mineira ocorrida na Capitania de Minas Gerais em 1798, conduziu a primeira aplicação prática do instituto, tendo por delator o Coronel Joaquim Silvério dos Reis. Após conspirar contra a coroa do governador da capitania, Visconde de Barbacena, o Coronel Joaquim Silvério dos Reis buscou se redimir do crime de “Lesá Majestade”. Impulsionado pelos benefícios contidos nos termos negociados na delação, apontou os companheiros da empreitada criminosa, dentre estes, o alferes Joaquim da Silva Xavier, o Tiradentes, que em virtude da delação foi condenado ao confisco de bens e a morte na forca (RAZUK, 2019).

Nessa mesma esteira, a Conjuração Baiana em 1789 aderiu de igual forma à recompensa legal em troca de informações prestadas por um capitão de milícias de natureza incriminatória, o que resultou no esquartejamento do soldado Luiz das Virgens citado como integrante de movimento contra a coroa (MORAIS, 2019).

No entanto, por mais que o uso do direito premial fosse praxe de épocas remotas, sua previsão jurídica esteve implícita por muito tempo. A incorporação da delação premiada no atual ordenamento jurídico, de forma tímida, deu-se, pela primeira vez, na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) que, em seu art. 8º, parágrafo único, aduz: “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1990).

Essa mesma Lei foi pioneira na inserção do instituto no Código Penal que, em seu art. 159, §4º prevê a redução de um a dois terços da pena do coautor que denunciar à autoridade, facilitando a liberação da vítima no crime de extorsão mediante sequestro. Como se percebe, a lei em comento já se assentava sob a égide da Constituição Federal de 1988, portanto, as garantias constitucionais deveriam consubstanciar a aplicação do instituto, e de igual modo, as demais leis subsequentes destinadas a tratar da delação premiada deveriam se ater às previsões da Carta Magna (BORGES, 2016).

Neste viés, a delação premiada passou a compor variadas leis no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária Econômica e Relações de Consumo (Lei 8.137/90) em seu artigo 16, parágrafo único, tratou o instituto como a possibilidade de redução um a dois terços da pena em troca da confissão espontânea de toda trama delituosa (BRASIL, 1990). Ao verificar a Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95),

observa-se que em seu artigo 6º foi prevista a redução da pena de um a dois terços, desde que houvesse a colaboração espontânea do agente que resultasse na elucidação de infrações penais praticadas (BRASIL, 1995).

Já a Lei de Lavagem de Bens e Capitais (Lei 9.613/98) em seu artigo 1º, §5º foi prevista a concessão ao autor, coautor ou partícipe, da possibilidade de cumprir sua pena no regime aberto ou semiaberto, além de reduzi-la de um a dois terços em troca da colaboração espontânea que fosse efetiva (BRASIL, 1998). A Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99) nos artigos 13 e 14 trouxe ainda mais benesses ao elencar no art. 13 a possibilidade do perdão judicial e a extinção da punibilidade ao acusado primário que colaborasse voluntariamente e proveitosamente com a investigação e processo criminal (BRASIL, 1999).

A Lei de Drogas (Lei 11.343/06), trouxe em seu artigo 41 a possibilidade de redução da pena de um a dois terços para a colaboração voluntária do indiciado ou acusado que delatar os demais coautores ou partícipes do ilícito penal ou que contribuir para a recuperação total ou parcial do produto do crime (BRASIL, 2006). Já a Nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13) no artigo 4º, dispôs sobre a chance do perdão judicial, redução de até dois terços da pena privativa de liberdade ou sua substituição por pena restritiva de direitos, em troca da colaboração voluntária de qualquer agente, desde que a contribuição seja efetiva (BRASIL, 2013).

Por fim, o “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/19) é a mais recente legislação a tratar do assunto. Em sua Seção I, discorre sobre a colaboração premiada de forma expressa, pontuando procedimentos a serem observados de modo a garantir a lisura do acordo entre o agente e o Estado (BRASIL, 2019).

De antemão, cabe explicitar que tem sido objeto de divergência doutrinária a utilização das expressões “colaboração premiada” e “delação premiada” no sentido de serem ou não sinônimas. A delação premiada exige uma conduta mútua, delatar terceiros e confessar a autoria no bojo do seu interrogatório. É considerada uma forma de chamamento de corrêu, pois o ato do delator não está adstrito em somente apontar coautores e partícipes, também deve-se assumir a culpa própria (confessar). Por outro lado, a colaboração premiada possui sentido mais abrangente, o sujeito ativo pode ser considerado colaborador e pode obter benefícios ao prestar informações úteis e efetivas, ainda que não delate terceiros (LEITE, 2018).

Nesse contexto, e numa perspectiva majoritária, para fins didáticos os institutos podem ser considerados sinônimos. Ambas compõem o que se chama de justiça colaborativa,

sendo a delação premiada uma espécie do gênero colaboração premiada (BROETO, 2016). Assim, esclarece-se que no presente trabalho será adotada as duas terminologias, sem que, no entanto, isso signifique considerar que haja diferenças entre as duas expressões.

Como visto, a Lei 12.850/13, conhecida como a Nova Lei do Crime Organizado, definiu o que vem a ser uma organização criminosa, dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal e trouxe uma nova nomenclatura ao instituto aqui estudado, denominando como “colaboração premiada”. Para além disso, a legislação também abarcou novas especificidades não aclaradas em outras leis, como por exemplo, a legitimidade de iniciativa para propor o acordo premiado, as benesses legais, suas condicionantes e os direitos dos colaboradores (BARBOSA, 2019).

Já a Lei 13.964/19 que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, conhecida como “Pacote Anticrime”, dedicou à Colaboração Premiada uma ampla seção (Seção I) regulamentando a legislação penal e processual penal, além de trazer significativas alterações com o fito de otimizar a aplicação deste instituto (BRASIL, 2019).

Neste sentido, percebe-se que a colaboração premiada vem se alterando ao longo do tempo com seguidas regulamentações em diplomas legais, não só com finalidade de atingir uma simetria entre a efetividade a que se presta o instituto e a preservação dos direitos constitucionais, mas, também, com o objetivo de aperfeiçoar sua aplicação através do preenchimento de lacunas interpretativas que ocasionam divergências no meio jurídico.

2.2 Conceito e Natureza Jurídica da Delação Premiada

O termo delação provém do latim *delatione*, que significa “ação de delatar; denúncia” (AURÉLIO, 1998). No Direito Penal, é um instituto que objetiva auxiliar o Estado na persecução criminal através de benesses concedidas ao investigado ou acusado que, de forma voluntária, renuncia ao seu direito de permanecer em silêncio para confessar determinada prática delituosa, além de apontar a participação de outros comparsas, visando propiciar a aplicação da justiça criminal por parte do Estado (LIMA; BARBOSA, 2019).

Na concepção de Lima, R. B. (2019), delação se configura como:

Uma espécie de direito premial e pode ser conceituada como uma técnica de investigação (meio extraordinário de obtenção de prova) por meio do qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

No que tange à natureza jurídica da delação premiada, no transcorrer de sua aplicação prática, comumente despertava uma celeuma acerca da sua alocação dentro das ciências jurídicas. Diversas foram as naturezas jurídicas já atribuídas, ora como mero testemunho, ora como causa de extinção ou redução da punibilidade, como espécie ou meio de prova e, também como técnica de investigação (RIBEIRO, 2019).

A análise sobre a natureza jurídica do instituto foi matéria de posicionamento do STF. Em 28 de agosto de 2015, constante nos autos do *habeas corpus* 127.483, o Ministro Dias Toffoli tratou a natureza jurídica da delação como “negócio jurídico processual”, tendo em vista a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal (MARTINS, 2019).

Nesse sentido, tem-se que o negócio jurídico proposto deve atender aos pressupostos de validade dos acordos em geral, obrigando a delação a se atentar à capacidade das partes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita em lei. É de suma relevância frisar que se atrela, de modo substancial, ao negócio jurídico processual o direito material (Direito Penal) visto que, a sanção premial guardará proporcionalidade e razoabilidade com o desfecho exitoso oriundo das informações do colaborador (MAIA, 2019).

Partindo do pressuposto trazido pela Lei 12.850/13 que em seu art. 3º caracterizava a natureza jurídica como “meio de obtenção de provas”, somada à ausência de bases harmônicas entre o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, extraiu-se o entendimento de uma natureza mista. Ao mesmo tempo, o instituto é usado como instrumento de obtenção de prova pelo Estado e, para o agente colaborador, como meio de defesa que se perfaz nos moldes de um negócio jurídico personalíssimo de natureza processual e penal (BORGES, 2016).

Ressalta-se que “meio de prova” não se confunde com “meio de obtenção de provas”. Enquanto o segundo não é considerado útil para remeter ao ocorrido quando da prática delitiva e se externa no procedimento que intenta obter a prova propriamente dita, o primeiro refere-se à prova em si, e sua produção remonta à dinâmica de uma infração penal específica, influenciando no convencimento do magistrado (GUEDES, 2019).

Finalmente, a Lei 13.964, intitulada “Pacote Anticrime”, reformou a legislação penal e processual penal e consolidou o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que, “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse público” (BRASIL, 2019).

Restando esclarecida a conceituação e a natureza jurídica atribuídos à colaboração premiada, passa-se à análise dos requisitos e os limites que devem ser observados quando da utilização e aplicação deste importante instrumento no combate às organizações criminosas.

2.3 Requisitos e Limites para Aplicação da Delação Premiada

No que concerne à delação premiada, sob a ótica processual, a mesma consiste na afirmação feita por um acusado ao ser interrogado extrajudicialmente ou ouvido em juízo, por meio da qual, além de confessar a autoria de um delito, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa (ROMANO, 2020).

Os direitos e obrigações previstos para a delação premiada estão contidos na Lei 12.850/13, Lei da Organização Criminosa, que sofreu alterações advindas da Lei 13.964/19, Lei Anticrime que foi idealizada pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro. A Lei Anticrime, teve, dentre outros objetivos, a otimização da aplicação do instrumento em análise no combate ao crime organizado (MARTINES, 2019).

A delação premiada ocorre quando o colaborador, de forma voluntária e efetiva, contribui com a investigação e com o processo penal. O testemunho deverá ser acompanhado da admissão de culpa e servir para a identificação dos demais envolvidos na empreitada criminosa. Sua utilização tem sido cada vez mais recorrente, tendo em vista a dificuldade em punir os crimes praticados por quadrilhas, uma vez que, como visto, a evolução do *modus operandi* dessas organizações tem dificultado cada vez mais as atividades investigativas (ROMANO, 2020). No entanto, deve-se ressaltar que seu emprego não deve ser utilizado como regra, mas somente quando não houver outros meios de obter as informações que podem ser fornecidas pelo colaborador.

Nesse diapasão, o legislador atento para a eventual represália que poderá vir a sofrer o delator em razão da sua colaboração, bem como para evitar o vazamento de informações elementares para a investigação, preceitua no artigo 3º-B, *caput*, da Lei 12.850/13 que:

O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial (BRASIL, 2013).

Ainda no artigo 3º-B, especialmente em seu primeiro parágrafo, há a imposição da obrigação de expor a motivação para os casos de indeferimento sumário da proposta de acordo. Nesse ponto, como reza o princípio da motivação das decisões judiciais, o *Parquet* não pode

simplesmente dizer que não tem interesse em firmar um acordo de colaboração, devendo fundamentar as razões pelas quais entende não ser viável sua realização. Isso ocorre, inclusive, para que não ocorra arbítrio por parte do Estado, inadmissível em um Estado Democrático de Direito (MELO; BROETO, 2019).

As negociações de uma delação premiada não implicam, necessariamente, na suspensão das investigações, exceto se fizer parte do acordo a não realização de medidas cautelares pelo poder público. Adiante, o parágrafo sexto do artigo 3º-B da Lei 12.850/13 assegura que, caso a autoridade pública, com razões fundadas, não aceite o acordo, nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador poderá ser usada para outra finalidade (PIOVESAN, 2019).

Ao analisar os requisitos e procedimentos exigidos para a realização do acordo, deve-se observar a obrigatoriedade da proposta de colaboração premiada vir acompanhada de procuração que outorga poderes específicos para dar início ao procedimento. Além disso, as tratativas para a sua realização devem, obrigatoriamente, ser acompanhadas por advogado ou por defensor público, não podendo ser formalizada sem a presença de defesa legalmente constituída (BRASIL, 2019).

A instrução da proposta de colaboração com a narrativa de todos os fatos ilícitos para os quais o colaborador concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados caberá à defesa, além de ter que indicar as provas e os elementos suficientes para a sua comprovação (BRASIL, 2019).

O juiz deverá ainda, ouvir previamente e em sigilo o colaborador para, após, analisar a voluntariedade, regularidade, legalidade, adequação das benesses pactuadas e os possíveis resultados da colaboração. Isto posto, caso recuse a homologação da proposta, não poderá, de ofício, ajustá-la ao caso concreto, devendo nesse caso, devolvê-la às partes para realizarem as adequações pertinentes (DE CARVALHO, 2020).

Em relação às condições para a concessão das benesses pactuadas, o colaborador deverá cooperar para um ou mais dos seguintes resultados: identificação dos demais membros da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; operação da organização criminosa no que tange à sua estrutura e divisão de tarefas; recuperação total ou parcial dos objetos provenientes da atividade ilícita; localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada; ou ainda, fornecer elementos capazes de auxiliar na prevenção de outras infrações decorrentes da atividade da organização (BRASIL, 2019).

No que tange aos direitos do delatado, a legislação assegura no parágrafo 10-A, do artigo 4º, da Lei 12.850/13 que: “Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou”. E no parágrafo 16 do mesmo artigo assegurou que, “nenhuma medida cautelar, recebimento de denúncia ou queixa-crime poderá ser decretada com fulcro apenas nas declarações do delator” (LEITE; DA COSTA, 2020).

Como visto, com as alterações trazidas pela Lei 13.964/19, o legislador, além de aperfeiçoar a aplicação do instituto da delação premiada, preocupou-se em assegurar o exercício do contraditório pelo agente que fora delatado. Neste sentido, o parágrafo 10-A do art. 4 trouxe a possibilidade do delatado refutar as acusações realizadas pelo colaborador em seu acordo de delação premiada. Ademais, o parágrafo 16 exige, para a determinação de quaisquer medidas cautelares, provas que corroborem as afirmações do delator, evitando assim, ações precipitadas do Estado no tocante às investigações.

Em relação à publicidade da colaboração premiada, o juiz somente decidirá sobre essa questão após o recebimento da denúncia ou queixa-crime, de modo a preservar o investigado e as informações que foram prestadas. O acordo realizado, mesmo homologado, poderá ser rescindido caso constate-se omissão dolosa sobre fatos objetos da colaboração, ou caso o colaborador continue a se envolver na conduta ilícita relacionada ao objeto da delação (DE CARVALHO, 2020).

Isto posto, apesar dos diversos questionamentos éticos que permeiam este assunto, a doutrina majoritária entende que essa questão não configura empecilho para o emprego da colaboração premiada. Considera-se que, diante da ineficiência do Estado, não haveria outro instrumento capaz de auxiliar de forma eficaz no desmantelamento das organizações criminosas pulverizadas por todo o país. Além disso, o instituto trata-se de um procedimento formal e que exige o cumprimento do devido processo legal, bem como o respeito ao contraditório, para que tenha validade (LIMA; BARBOSA, 2019).

Neste sentido, fica evidente a necessidade da adoção de um procedimento formal, com o atendimento aos requisitos legais, para que o acordo de delação premiada seja aceito e produza seus efeitos.

2.4 Os Direitos do Colaborador

Após ser realizado o acordo de colaboração premiada, o colaborador adquirirá o direito à proteção por parte do Estado. Com o escopo de preservar a integridade do delator bem como a da sua família, foram criadas normas jurídicas para este fim. Neste sentido, dispõe a Lei nº 9.807/99, Lei de Proteção as Vítimas e Testemunhas, no seu capítulo II, artigo 15:

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delicto, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados (BRASIL, 1999).

A determinação dessas medidas é dever do poder de cautela do Estado, pois as declarações do colaborador são meios de obtenção de provas e, o risco à sua integridade física e à da sua família frustra a entrega da prestação jurisdicional (SILVEIRA; BARROS, 2018).

No que tange aos benefícios atinentes à colaboração premiada, o magistrado poderá, desde que a colaboração seja efetiva e voluntária e a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou até mesmo substituí-la por pena restritiva de direitos. Oportuno dizer que, em qualquer caso, aspectos subjetivos são considerados, como a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração na elucidação das investigações (BRASIL, 2019).

Considerando a relevância da colaboração, o Ministério Público, bem como o delegado de polícia, poderão a qualquer tempo, e mesmo que não esteja previsto na proposta inicial, manifestar pela concessão do perdão judicial do colaborador. Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou ser admitida a progressão de regime, independente dos requisitos objetivos (BRASIL, 2019).

Com o fito de aperfeiçoar o instituto da delação premiada, entre as inovações trazidas pela Lei 13.964/19 há o art. 4º, parágrafo 7º, inciso II prevendo que serão nulas as cláusulas que violem os benefícios previstos no *caput* (perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 ou substituição por pena restritiva de direitos), bem como as que violem os critérios de definição de regime inicial, ou de progressão de regime, salvo nos casos previstos no parágrafo quinto (colaboração pós-sentença) (BRASIL, 2019).

Ainda no que concerne aos direitos do colaborador, a Lei Anticrime trouxe mais uma inovação. O parágrafo quarto do artigo 4 prevê que o Ministério Público poderá deixar de

oferecer a denúncia nos casos em que a proposta de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento a acusação, e desde que o colaborador não seja o líder da organização criminosa e seja o primeiro a delatar (BRASIL 2019).

Além disso, o artigo 5º da legislação em análise prevê ainda outros direitos:

Art. 5º São direitos do colaborador:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

As benesses são concedidas ao delator por análise do juiz da causa, a pedido da defesa, do delegado de polícia ou do Ministério Público. O tipo de benefício dependerá da relevância das informações concedidas para a investigação, assim como da comprovação da sua autenticidade. Quanto mais profícua e relevante a colaboração, maiores as chances do acusado receber o perdão judicial ou de não ser denunciado por novos crimes (NOVO, 2014).

Assim, para além de colaborar para a elucidação dos crimes, o delator possui motivações objetivas para formalizar um acordo com a justiça. Com a possibilidade de alcançar benefícios que podem até mesmo impedir uma eventual denúncia, essas pessoas se veem mais motivadas para auxiliar o Estado no combate ao crime organizado, contribuindo na redução da criminalidade.

3 A DELAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: O CASO DE PAULO ROBERTO COSTA, EX-DIRETOR DE ABASTECIMENTOS DA PETROBRÁS NA “OPERAÇÃO LAVA JATO”

A Operação Lava Jato teve início em 2014, na 13ª Vara Federal de Curitiba e foi um importante marco no combate à criminalidade organizada no país, tomando rumos nunca antes imagináveis através da exploração do instituto da colaboração premiada. Ela consistiu em um conjunto de investigações desenvolvidas pela Polícia Federal, em parceria com o Ministério Público Federal que desarticulou grande organização criminosa que atuava principalmente com a lavagem de dinheiro advindo da corrupção no Brasil.

Nas primeiras fases da Operação, uma rede de doleiros responsável pela movimentação de recursos públicos desviados e que atuava em várias regiões do Brasil por

meio de empresas de fachada, contas em paraísos fiscais e contratos de importação fictícios, foram os primeiros alvos de investigação. Conforme aponta o Ministério Público Federal, somente nas duas fases iniciais da operação foram executados 30 mandatos de prisão, 119 mandatos de busca e apreensão e 25 mandatos de condução coercitiva. Entre os presos, estava Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimentos da Petrobras (SILVA, 2020).

Entre as revelações das investigações, constava a importância de US\$ 23 milhões localizados em bancos suíços e que estava em nome de Paulo Roberto Costa. Além de seu envolvimento pessoal, restou demonstrado o envolvimento de outros familiares no esquema de lavagem de dinheiro, o que o motivou a realizar o primeiro acordo de colaboração premiada no seio da Lava Jato. O ex-diretor de abastecimento da Petrobras, maior empresa pública do país, possuía informações elementares para o desdobramento das investigações, e foi o pontapé inicial para a centena de delações que se seguiram (COSTA, 2017).

O acordo realizado com ex-diretor da Petrobras revelou um forte esquema de corrupção envolvendo a Estatal, além de apontar o envolvimento de diversos políticos do país, grandes empreiteiras como a Odebrecht, Andrade Gutierrez, OAS, Camargo Correa, Queiroz Galvão, Galvão Engenharia, Mendes Júnior, Engevix e UTC, além de diversas empresas de outros seguimentos econômicos. O esquema consistia, basicamente, na formação de um cartel que superfaturava obras públicas e promovia a lavagem de dinheiro advindo de corrupção (SILVA, 2020).

Em sua delação, Paulo Roberto Costa afirmou que mais de 30 políticos estariam envolvidos em esquemas de corrupção na Estatal brasileira. Segundo o delator, estão entre eles vinte e cinco deputados federais, seis senadores, três governadores, um ministro de Estado e pelo menos três partidos políticos PT, PMDB e PP, que teriam tirado proveito de parte do dinheiro desviado dos cofres da Petrobras. No acordo realizado com o Ministério Público Federal, além de delatar os envolvidos no esquema, sua estrutura hierárquica e a forma de operação, Costa renunciou aos valores mantidos em contas bancárias e investimentos no exterior. Além da quantia devolvida, para usufruir dos benefícios pactuados com o MPF, ainda realizou o pagamento de uma multa no valor de R\$ 5 milhões, depositada a favor da Justiça Federal de Curitiba (ALVERNE, 2015).

Todavia, entre as críticas à colaboração em comento, estão as concessões de diversos benefícios que não estavam previstos na legislação brasileira. A substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica; a limitação do tempo de

prisão cautelar comum, independentemente da efetividade da colaboração, em 30 dias, contados da celebração do acordo; a fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 anos, a ser cumprida em regime semiaberto; e por fim, o cumprimento do restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto, foram alguns destes controvertidos benefícios (BOTTINO, 2016).

Após seis anos, a Lava jato contempla mais de 70 fases deflagradas, 96 colaborações realizadas, 928 denunciados, 293 prisões decretadas e mais de 18 bilhões de reais recuperados, e é considerada a maior operação de combate à corrupção do país. Os números relacionados à operação de investigação de organizações criminosas lideradas por doleiros apresentam números que impressionam o mundo todo (FERNANDES; SOUZA, 2020).

Como fora demonstrado, através da delação do ex-diretor da Petrobrás Paulo Roberto Costa o Estado conseguiu obter resultados inéditos no combate ao crime organizado. A complexidade do *modus operandi* das organizações criminosas requerem uma constante evolução dos meios de investigação para efetiva repressão ao crime organizado, e neste sentido, o instituto da colaboração premiada destaca-se pela celeridade, economia processual tornando-se um importante aliado do Estado na aplicação do *jus puniendi*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A delação premiada é um instituto que tem trazido impactos sociais importantes, com contribuições e resultados satisfatórios nos desdobramentos processuais e investigatórios tendentes a desarticular as organizações criminosas. Hodiernamente, a complexidade da sistematização do crime organizado envolvendo traços empresariais e tecnológicos, fez desencadear uma aliança entre o Estado e o uso da delação premiada neste enfrentamento. Sua utilização tem propiciado o alcance de informações efetivas cuja obtenção seria inviável por outro meio, as quais dão acesso a autoria e materialidade criminal, ensejando resposta rápida à sociedade e permitindo a incidência dos dispositivos penais.

Diante do estudo realizado, verificou-se que a delação premiada é uma espécie de direito premial traduzida no ato voluntário do coautor e/ou partícipe que, nos moldes de um negócio jurídico processual firmado com o Estado, confessa e aponta terceiros envolvidos na prática delitiva, além de prestar informações eficazes que constituirão meio de obtenção de provas na persecução penal. Em troca, tem por recompensa as benesses legais, que assim como

todo o proceder da aplicação prática do instituto, deve fidelidade ao cumprimento dos requisitos e limites impostos pela Lei 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas) e 13.964/19 (Lei Anticrime).

Conjuntamente é possível concluir que as reformulações legislativas inseridas pela Nova Lei do Crime Organizado 12.850/2013 e do recente “Pacote Anticrime” Lei 13.964/19 denotam que as pretensões estatais não se exaurem no cumprimento do seu poder/dever de punir, mas se atentam constantemente para a manutenção dos direitos e garantias constitucionais do colaborador, alçando a harmonia da justiça colaborativa com o sistema normativo pátrio, imprimindo cada vez mais a legalidade ao uso do instituto e seus efeitos dentro cenário jurídico e social contemporâneo.

Importa elucidar que a última legislação “Pacote Anticrime” com entrada em vigor em 23 de janeiro de 2020, que tratou a temática (Seção I) e alterou dispositivos legais, por ser recente, carece de conteúdos científicos pertinentes, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais efetivos acerca de sua aplicação prática.

Dada essa recente alteração, sugere-se um novo estudo futuro e aprofundado sobre a matéria, com supedâneo em doutrinas, jurisprudência e estudos específicos, que contenha apontamentos divergentes ou alinhados de cunho negativo ou positivo com enfoque transcendente ao viés teórico do instituto, no que tange as novas alterações e sua práxis.

No entanto, embora haja essa recente alteração, é consenso na comunidade científica que as particularidades apresentadas pelas organizações criminosas, nos dias atuais, exigiram uma reestruturação da dogmática penal com a criação de estratégias na busca de sua eficiência. Assim, o instituto da delação premiada surge como parte dessa estratégia, propiciando o estabelecimento de uma relação legal e proveitosa entre o Estado e o colaborador, da qual se extrai benefícios recíprocos, ao passo que se alcança minuciosidades das atividades do crime organizado. Com ênfase na economia e celeridade processual e sem sacrifícios dos direitos fundamentais, a delação premiada concretiza, assim, o atendimento das expectativas da justiça e da sociedade, de levar punição aos culpados e de trazer segurança a todos.

REFERÊNCIAS

ALVERNE, Camila Mont'. **Escândalo político e análise da narrativa: a cobertura sobre o vazamento do depoimento de Paulo Roberto Costa nos jornais Folha de S. Paulo e o**

Estado de S. Paulo. Disponível em:

<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/cambiassu/article/view/4300/2344>.

Acesso em 15 de mai de 2020.

BARBOSA, Aline da Silva. **Os requisitos para a concessão da colaboração premiada no contexto das organizações criminosas.** 2019. 40f. Monografia (Bacharel em Direito) – UniEvangélica, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/767>. Acesso em 04 mai. 2020.

BARROS, Felipe Luiz Machado. **Colaboração premiada e direito à não autoincriminação: (in) constitucionalidade da renúncia do direito ao silêncio prevista na Lei 12.850/2013.** 2016, 148f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/21318>. Acesso em 06 mai. 2020.

BECK, Francis Rafael. A criminalidade e o poder: o *whiter-collar* crime e a necessidade de uma análise a partir do Brasil. *In: Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, jul.-dez/2017, p. 32-53. Disponível em: <http://revistas.unisinus.br/index.php/rden/article/view/15727>. Acesso em 27 abr. 2020.

BORGES, Dandy Jesus Leite. Colaboração Premiada: Evolução normativa e questões jurídicas relevantes. *In: CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público*, mar. 2016. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1097-colaboracao-premiada-evolucao-normativa-e-questoes-juridicas-relevantes.html>. Acesso em 29 abr. 2020.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 24, v. 122, ago/2016.

BRASIL. **Decreto nº. 5.015 de 12 de março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm. Acesso em 10 mai. de 2020.

BRASIL. Lei dos Crimes Hediondos. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, 26/07/1990, p. 14303, col.1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Diário Oficial da União, 04/05/1995, p.6241, col.1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em 11 mai. de 2020.

BRASIL. **Lei nº. 9.613 de 03 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União – Seção 1 – 4/3/1998, p.1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm. Acesso em 12 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999.**

Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm. Acesso em 19 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em 12 mai. 2020.

BRASIL. **Lei 12.694 de 24 de julho de 2012.** Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nº. 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 25/07/2012, p.3, col.1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 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 22 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.77.771** – SP (2007/0041979-9). Plenário Relator: Ministra Laurita Vaz. Diário do Judiciário Eletrônico – DJE, 22 set. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/782128/habeas-corpus-hc-77771-sp-2007-0041879-9/inteiro-teor-12779919?ref=juris-tabs>. Acesso em 09 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.171.912** – SP (2010/0083490-9). Plenário Relator: Ministro Gilson Diip. Diário do Judiciário Eletrônico – DJE, 28 set. 2011.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15664147/habeas-corpus-hc-171912>. Acesso em 09 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.96007/SP** Plenário Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário do Judiciário Eletrônico – DJE, 08 fev. 2013.
Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807847/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf/inteiro-teor-112281150>. Acesso em: 09 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.127.483/PR**. Plenário Relator: Ministro Dias Toffoli. Diário do Judiciário Eletrônico – DJE, 04 fev. 2016.
Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em 08 mai. 2020.

BROETO, Felipe Maia. “Colaboração premiada” ou “delação premiada”? Afinal, há diferença? *In: Jus Brasil (2016)*. Disponível em:
<https://filipemaiabroetonunes16.jusbrasil.com.br/artigos/258937847/colaboracao-premiada-ou-delacao-premiada-afinal-ha-diferenca>. Acesso em: 26 abr. 2020.

CARVALHO, Cleriston Lopes de. Crime Organizado. **BIC- Boletim Informativo Criminológico** – ISSN: 2526-0545, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 18-28, 2016. Disponível em:
<http://revistas.unifenas.br/index.php/BIC/article/view/122>. Acesso em: 04 abr 2020.

CARVALHO, Rodrigo César Picon de. **As mudanças da Lei de Organizações Criminosas pelo Pacote Anticrime**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/as-mudancas-da-lei-de-organizacoes-criminosas-pelo-pacote-anticrime/>. Acesso em 21 de abr. 2020.

CLEMENTINO, Cláudio Leite. Breves considerações sobre as organizações criminosas. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, n.5496, 19 jul./2018. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/65909/breves-consideracoes-sobre-as-organizacoes-criminosas>. Acesso em 24 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 3 de 2006**. Recomenda a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas e dá outras providências. Diário Oficial da União – DOU, 30 de maio de 2006. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/855>. Acesso em 13 mai. 2020.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Contra o Crime Organizado Transnacional**. Palermo, 2000. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/conv_onu_crime_organizado.pdf. Acesso em: 24 abr 2020.

COSTA, João Marcello Alves. **Lava jato e mídia: uma investigação sobre convergência de interesses**. Publicado em 2017. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-joao-marcello-alves-costa>. Acesso em 25 abr. 2020.

CRUZ, Flávio Antônio da. *Pleabargaining* delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 145-220, 2016. Disponível

em:https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:j7934KIOHp0J:scholar.google.com/+Plea+bargaining+e+dela%C3%A7%C3%A3o+premiada:+algumas+perplexidades&hl=pt-BR&lr=lang_pt&as_sdt=0,5. Acesso em 29 abr. 2020.

CRUZ, Maria Daiana Targino da. *et al.* Crime Organizado: Uma Abordagem Sobre as Facções Dominantes no Brasil. *In: Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública*, Pombal, v.8, n. 2, abr./jun.2020, p.182-192. Disponível em: <https://www.editoraverde.org/gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/7865>. Acesso em 14 mai. 2020.

FACCHIOLI, Bruna Beatriz; AQUOTTI, Marcus Vinicius Feltrin. Crime organizado: Aspectos relacionados á sua criação e estrutura. *In: Revista ETIC - Encontro de Iniciação Científica*, Presidente Prudente, v. 12, n. 12, p. 1-22, 2016. Disponível em:<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5670>. Acesso em 02 mai. 2020.

FERNANDES, Augusto; SOUZA, Renato. **Procurador aponta os avanços e ameaças à Lava-jato em 2020**. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/03/15/interna_politica,834340/procurador-aponta-os-avancos-e-ameacas-a-lava-jato-em-2020.shtml. Acesso em 29 de abr. 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, 214 p.

GUEDES, Camila. Meios de prova e meios de obtenção de prova: quais as diferenças? *In: DireitoNet*, mar. 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11056/Meios-de-prova-e-meios-de-obtencao-de-prova-quais-as-diferencas>. Acesso em 12 mai. 2020.

KAUARK, Fabiana da Silva; MANHÃES, Fernanda Castro; MEDEIROS, Carlos Henrique. **Metodologia da pesquisa – um guia prático**. Disponível em: <https://biblioteca.isced.ac.mz/bitstream/123456789/713/1/Metodologia%20da%20Pesquisa.pdf>. Acesso em 11 de mai. 2020.

LEITE, Gisele Considerações sobre a colaboração premiada no processo penal brasileiro. *In: Jornal Jurid*, set. 2018. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/consideracoes-sobre-a-colaboracao-premiada-no-processo-penal-brasileiro>. Acesso em 12 mai. 2020.

LEITE, Gisele; DA COSTA, Arthur Riboo. **Pacote Anticrime (Lei 13.864/2019)**. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/pacote-anticrime-lei-138642019>. Acesso em 28 abr. 2020.

LIMA, Adriano Gouveia; BARBOSA, Aline da Silva. **Os requisitos para a concessão da colaboração premiada no contexto das organizações criminosas**. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4293/os-requisitos-concessao-colaboracao-premiada-contexto-organizacoes-criminosas>. Acesso em 11 de abr. 2020.

LIMA, André Militão de. Armas, Tecnologia e Crime Organizado. **Revista Internacional da Associação Brasileira de Criminologia** - ISSN: 2594-4223, Quidaxá, v. 1, ano 3, p. 54-65, 2019. Disponível em: <http://abcriminologia.com.br/revistaoc/arquivos/revista-oc-iii.pdf#page=54>. Acesso em 04 mai. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 7 ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2019.

MAIA, Alneir Fernando S. Delação/colaboração premiada: breves considerações sobre a aproximação entre o Direito Contratual e o Direito Penal. *In: Migalhas*, nov. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/315463/delacao-colaboracao-premiada-breves-consideracoes-sobre-a-aproximacao-entre-o-direito-contratual-e-o-direito-penal>. Acesso em 04 mai. 2020.

MARTINES, Fernando. **Lei anticrime aperfeiçoa a contratação da colaboração premiada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-25/lei-muda-delacao-impede-prisao-base-palavra-colaborador>. Acesso em 13 mar. 2020.

MARTINS, Carla. Delação premiada: direitos e garantias do réu colaborador. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, n.586, jul. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73022/delacao-premiada-direitos-e-garantias-do-reu-colaborador/2>. Acesso em 30 abr. 2020.

MIRANDA, Bartira Macedo de; OLIVEIRA, Tarsis Barreto; DORNELAS, Júlia Faipher Morena Vieira da Silva. A Delação premiada na história e no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Humanidades e Inovações**, Tocantins, v. 6, n. 13. p. 1-19, ago./out.2019. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/1714>. Acesso em 14 abr. 2020

MORAIS, Mariana Freitas. **Delação premiada à brasileira: limites éticos e o estado democrático de direito**. 2019. 42f. Monografia (Bacharel em Direito) – UniEvangélica, Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/8592>. Acesso em 28 abr. 2020.

NOVO, Benigno Núñez. **A importância do instituto da delação premiada. Publicado em dezembro 2014. Disponível em:** <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/brasil/a-importancia-instituto-delacao-premiada.htm>. Acesso em 01 abr. 2020.

OLIVEIRA, Leandro Menini de. **Da ascensão do crime organizado no Brasil e a evolução legislativa**. 2019. 46f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Lavras, Lavras, 2019. Disponível em: <http://200.216.214.230/handle/123456789/249>. Acesso em 05 maio 2020.

OLIVEIRA, Sandro Sales de. Do banditismo ao crime organizado: uma análise de evolução do conceito de grupo criminoso. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, São Paulo, v.1, n. 2, p. 126-136, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://ken.pucsp.br/DIGE/article/view/35178>. Acesso em: 28 abr. 2020.

PIOVESAN, Eduardo. **Colaboração premiada terá novas regras com o pacote anticrime.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/622334-colaboracao-premiada-tera-novas-regras-com-o-pacote-anticrime/>. Acesso em 15 abr. 2020.

RAZUK, Paulo Eduardo. A primeira delação premiada no Brasil. *In: Migalhas*, fev. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/295960/a-primeira-delacao-premiada-no-brasil>. Acesso em 27 abr. 2020.

RÉGIS, Jonathan Cardoso; SILVA, Larissa da. Crianças e adolescentes no crime organizado: como sucateamento das medidas sócio educativas contribuem para o recrutamento de grandes facções. **Revista Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v.6, n. 2, p. 30- 38, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1269>. Acesso em 02 mai. 2020.

RIBEIRO, Edson. A natureza jurídica da delação premiada e suas consequências. *In: Consultor Jurídico (2019)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-28/edson-ribeiro-natureza-juridica-delacao-consequencias>. Acesso em: 27 abr. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Mudanças nos acordos de delação premiada.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79188/mudancas-nos-acordos-de-delacao-premiada>. Acesso em 18 mar. 2020.

SILVA, Thamires Olimpia. "Operação Lava Jato". *In: Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilestela.uol.com.br/brasil/operacao-lava-jato.htm>. Acesso em 12 de mai. 2020.

SILVEIRA, Daniel Nazuti da; BARROS, Gisele Porto. **Colaboração premiada – benesse lícita ao transgressor.** Disponível em: https://lex.com.br/doutrina_27824185_COLABORACAO_PREMIADA__BENESSE_LICITA_AO_TRANSGRESSOR.aspx. Acesso em 13 abr. 2020.

VALBER, Melo; BROETO, Felipe Maia. **O pacote “anticrime” e seus impactos na colaboração premiada.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada>. Acesso em 17 abr. 2020.

VIANA, Lurizam Costa. **A organização criminosa na Lei 12.850/13.** 2017. 242f. Dissertação, (Programa de Pós- Graduação em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASHGA3_ Acesso em: 29 abr. 2020.

**PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DO TRABALHO SOB O PRISMA DA REFORMA TRABALHISTA:
UMA ANÁLISE DO ARTIGO 11-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**

**PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DO TRABALHO
SOB O PRISMA DA REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DO
ARTIGO 11-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**

INTERCURRENT PRESCRIPTION IN THE WORK PROCESS UNDER THE PRISM OF
LABOR REFORM: AN ANALYSIS OF ARTICLE 11-A ON THE CONSOLIDATION OF
LABOR LAWS

Anny Cristina Silva e Freitas

Faculdade Verde Norte - FAVENORTE

annycristinamav@gmail.com

 lattes.cnpq.br/7062441726690332

Luiz Otávio Rodrigues Ribeiro

Faculdade Verde Norte - FAVENORTE

luizoribeiro67@gmail.com

 lattes.cnpq.br/3691212072586826

Heidy Cristina Boaventura Siqueira

Faculdade Verde Norte - FAVENORTE

heidycristina@adv.oabmg.org.br

 <http://lattes.cnpq.br/9480423427512713>

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a compatibilidade da prescrição intercorrente, inserida na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT por meio da Lei n.º. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), com os princípios protetivos do Direito do Trabalho. Para alcançar esta finalidade foi utilizada a metodologia de pesquisa revisão literária e análise documental, realizando interpretação, exame e uso de artigos acerca do tema, legislação aplicável e jurisprudência dos tribunais superiores. Abordou-se a prescrição no ordenamento jurídico; o instituto da prescrição intercorrente no âmbito da Justiça do Trabalho e o seu histórico evolutivo; a divergência sumular do STF e TST; a aplicação subsidiária da Lei de Execução Fiscal - LEF à execução trabalhista; os impactos futuros da aplicação do instituto, bem como sua (in)coerência com os princípios basilares dessa justiça especializada. Tomou-se por referencial teórico Mauro Schiavi (2017), Maurício Godinho Delgado (2017), Ben-Hur Silveira Claus (2018) e Wolney de Macedo Cordeiro (2020), dentre outros que, direta ou indiretamente, foram de estimada importância para entender a problemática.

Palavras-chave: Prescrição intercorrente. Reforma trabalhista. Princípios Direito do Trabalho.

ABSTRACT: This article aims to analyze the compatibility of the intercurrent prescription, inserted in the Consolidation of Labor Laws - CLT through Law no. 13,467 / 2017 (Labor Reform), with the protective principles of Labor Law. In order to achieve this purpose, it was used the literary review and document analysis, performing interpretation, examination and use of articles regarding the subject, applicable legislation and jurisprudence of the Supreme Courts. The prescription was addressed according to the legal system; the institute of intercurrent prescription in the scope of Labor Justice and its evolutionary history; the summary divergence of the STF (Federal Supreme Court) and TST (Supreme Labor Court); the subsidiary application of the LEF (Tax Enforcement Act) to labor enforcement; the future impacts of the application of the institute, as well as its (in)coherence with the basic principles of this specific justice. The theoretical framework which guided this article were Mauro Schiavi (2017), Maurício Godinho Delgado (2017), Ben-Hur Silveira Claus (2018) and Wolney de Macedo Cordeiro (2020), among others who, directly or indirectly, were of estimated importance to understand this complex issue.

Keywords: Intercurrent prescription. Labor reform. Principles of Labor Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a compatibilidade da prescrição intercorrente no processo do trabalho, inserida na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT por meio da Lei n.º. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), com os princípios protetivos do direito do trabalho.

Esta matéria foi fonte de debates acirrados na doutrina e na jurisprudência durante décadas, sendo, ainda hoje, apesar de expressamente regulamentada na CLT, controvertida sua aplicação nas diversas varas e tribunais trabalhistas.

A controvérsia instituía-se em entendimentos opostos do Tribunal Superior do Trabalho – TST e Supremo Tribunal Federal – STF. Esse em sua jurisprudência sumulada em dezembro de 1963 (Súmula 327), época em que ainda julgava matéria infraconstitucional, portanto, anterior ao posicionamento do TST, entendeu que a prescrição intercorrente era possível no processo do trabalho. O fundamento era que a prescrição intercorrente tinha incidência quando, por exclusiva omissão do exequente, este deixava de praticar algum ato do qual a execução dependia para se efetivar.

Em contrapartida, o TST em 1980 assinalou no sentido de ser incompatível a prescrição intercorrente com o processo do trabalho (Súmula 114). Seu fundamento foi construído com base na antiga redação do artigo 878 da CLT, que dispunha que a execução poderia ser promovida por qualquer interessado, ou de ofício pelo próprio juiz ou tribunal

competente. Dessa forma, na antiga redação do referido artigo, conforme argumento de André Araújo Molina (2017), o juiz estava autorizado a promover a execução de ofício, de modo que se a ação ficasse parada, exclusivamente por omissão judicial ou em razão de atos da defesa, não haveria prescrição intercorrente a ser reconhecida, já que não havia omissão a ser imputada ao autor, sendo que a inércia do titular do direito é requisito essencial para a aplicação de quaisquer modalidades de prescrição.

O impasse jurisprudencial veio a ser supostamente resolvido no ano de 2017, com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, que introduziu expressamente a possibilidade de decretação de prescrição intercorrente por meio do artigo 11-A. Segundo Mauro Schiavi (2017), essa alteração configurou uma mudança de paradigma no processo trabalhista, uma vez que o entendimento da maioria dos operadores do direito estava em consonância com o posicionamento do TST. Entretanto, apesar de ter se passado dois anos da entrada em vigor da Lei nº. 13.467/2017, a aplicação da prescrição intercorrente continua sendo objeto de debates acirrados.

Para que se possa analisar a problemática apresentada, contextualizar-se-á a prescrição no ordenamento jurídico, tecendo-se um breve histórico, bem como apresentando a sua natureza jurídica, requisitos e diferenciação do instituto da decadência.

Após, o instituto da prescrição intercorrente será analisado no âmbito da Justiça do Trabalho, apresentando-se o seu histórico evolutivo, a divergência sumular do STF e TST, a aplicação subsidiária da Lei de Execução Fiscal - LEF à execução trabalhista, bem como sua (in)coerência com os princípios basilares dessa justiça especializada.

Por fim, com fundamento no Relatório Geral da Justiça do Trabalho, realizado pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho, projetar-se-á os possíveis impactos para a União e para a Justiça Trabalhista decorrentes do arquivamento de processos com argumento na prescrição intercorrente.

A justificativa para a pesquisa ora apresentada ancora-se na necessidade de aprofundar nas novas temáticas propostas pela introdução do citado artigo 11-A na CLT, tais como a (in)coerência com os princípios do Direito do Trabalho e seus impactos na Justiça Trabalhista. Ressalta-se ainda tratar-se de um tema atual e controvertido entre os estudiosos e pesquisadores do Direito Trabalhista. Desse modo, não se tem a pretensão de esgotar o debate, mas apenas trazer à sociedade alguns argumentos importantes para se repensar o tema em análise.

A fundamentação teórica para a abordagem do presente artigo foi constituída por autores que tratam sobre as questões que envolvem o instituto da prescrição, os direitos protetivos garantidos ao trabalhador e a dinâmica do processo trabalhista. Foi realizada uma revisão literária de livros e artigos de doutrinadores renomados.

Neste sentido, há de se ressaltar a contribuição para a elaboração desse estudo de autores da seara trabalhista como Mauro Schiavi (2017), Maurício Godinho Delgado (2017), Sergio Pinto Martins (2009), Ben-Hur Silveira Claus (2018), André Araújo Molina (2017/2018), Orlando Augusto Barbosa Pinheiro (2019), Wolney de Macedo Cordeiro (2020), dentre outros que, direta ou indiretamente, foram de estimada importância para entender a problemática, além das lições civilistas lecionadas pelos autores Flávio Tartuce (2017), Nelson Rosenvald (2017), Felipe Braga Netto (2017) e Cristiano Chaves Faria (2017).

O presente artigo baseou-se em uma metodologia de revisão literária e análise documental, portanto foi realizada a leitura, interpretação, exame e uso de artigos acerca da temática; jurisprudências tendo em vista a dinamicidade da prescrição intercorrente, além de estudo sobre o tema na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na Constituição Federal de 1988 (CFRB/1988), no Código Civil de 2002 (CC/2002) e na Lei nº. 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execução Fiscal - LEF).

Utilizou-se ainda de súmulas e entendimentos dos superiores tribunais e principalmente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), órgão este que é fundamental para regular as relações trabalhistas, sendo a instância mais elevada de julgamento para temas da esfera do Direito do Trabalho no Brasil.

1 O PROCESSO TRABALHISTA

O processo trabalhista ou reclamação trabalhista, segundo Roldan Alencar (2018), é uma ação judicial movida pelo empregado contra uma empresa (ou equiparada), ou contra o empregador doméstico a quem tenha prestado seus serviços, que tem por objetivo resgatar direitos decorrentes da relação de emprego, expressa ou tacitamente celebrada entre empregado e empregador.

É através da peça inicial trabalhista que se tem acesso ao Poder Judiciário a fim de discutir uma demanda e solucionar a lide no âmbito processual. A petição inicial é o meio formal de ingressar em juízo. O demandante apresenta na peça seu pedido, indica a pessoa que

resiste ao seu direito e demonstra os motivos pelos quais pretende a atuação jurisdicional e pede ao Estado-juiz que conceda seu direito (SCHIAVI, 2017).

Além da peça inicial trabalhista subscrita por advogado, é possível postular em juízo sem a presença do operador do direito. O art. 791 da CLT garante a possibilidade dos empregados e empregadores reclamarem pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar a reclamação até o final.

A execução é uma das fases do processo judicial. Passada a fase de conhecimento, na qual se aplica o direito objetivo nas particularidades da demanda aforada em juízo, introduz-se a fase executória, sendo esse o momento para satisfazer o direito do credor. Nessa perspectiva, Leone Pereira (2017) assevera que o processo de execução tem por finalidade a realização prática de atos concretos e satisfativos do direito do credor, sendo uma realização da vontade concreta da lei, imposta pelo Estado-Juiz. A prescrição intercorrente incide justamente na fase de execução, ora mencionada. Conforme redação do artigo 11-A da CLT, a fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente, ou seja, o credor de título de crédito trabalhista deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

A execução trabalhista será aprofundada em momento oportuno quando será abordada a Lei de Execução Fiscal, aplicada de forma subsidiária no processo do trabalho (CLT, art. 889).

2 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Para haver segurança jurídica e paz social, de modo a prestigiar o princípio constitucional da duração razoável do processo, os conflitos jurídicos não devem se perpetuar no tempo. Em razão disso ocorre a incidência do instituto da prescrição no direito, que pode ser caracterizada pela perda da pretensão da reparação de um direito violado pela inércia do titular no prazo legal. Dessa maneira o fator tempo é utilizado pelo Direito como instrumento das relações jurídicas, razão pela qual a prescrição é um dos seus principais institutos (MOLINA, 2017).

A origem da prescrição remonta ao direito romano, e surgiu no processo civilista como exceção, em uma época em que todas as ações e litígios processuais eram eternos. O pretor, ao

dar início a uma ação, previa um prazo dentro do qual ela deveria ser exercida, sob pena de prescrição (MARTINS, 2009).

Em relação ao sistema normativo jurídico brasileiro, a prescrição foi adotada inicialmente no Código Civil de 1916. Contudo não havia uma distinção expressa entre essa e a decadência. Somente no Código Civil de 2002, o legislador distinguiu os mencionados institutos.

Conforme redação do artigo 189 do Código Civil de 2002: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que se referem os arts. 205 e 206”. Dessa maneira, a prescrição diz respeito à extinção da pretensão do direito de ação, pela inércia de seu titular por um determinado lapso temporal.

A prescrição é um instituto do Direito Civil, que também tem incidência nos demais ramos do direito, tais como Penal, Tributário, Previdenciário e Trabalhista. Segundo Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald (2017, p. 589): “a prescrição resulta de fatos jurídicos que envolvem, em seus suportes fáticos, a passagem do tempo mais a omissão do titular”. Ainda concernente à prescrição leciona Flávio Tartuce (2017, p. 322) que: “se o titular permanecer inerte, tem como pena a perda da pretensão que teria por via judicial”.

Em relação à natureza jurídica do instituto da prescrição, é necessário ressaltar que, apesar de ser um instrumento de natureza de direito material, sua aplicação e efeitos são visíveis no âmbito processual do Direito.

Em contrapartida, o instituto da decadência é a perda do próprio direito potestativo. A decadência indica a extinção do direito pelo decorrer do prazo fixado para exercê-lo. As leis trabalhistas, entretanto, não tratam especificadamente sobre a decadência, de modo que é necessário observar o Código Civil no que for compatível com o Direito do Trabalho (MARTINS, 2009).

Sérgio Pinto Martins, ao analisar o tema prescrição e decadência, diferencia os dois institutos da seguinte forma:

Distingue-se a decadência da prescrição, embora ambas tenham pontos em comum. Decorrem da inércia do detentor do direito, em dado período de tempo. Na decadência há a perda do direito pelo decurso de prazo e não a perda da exigibilidade do direito. A decadência não é interrompida ou fica suspensa, ao contrário da prescrição. A prescrição começa a fluir a partir do direito (*actio nata*). A decadência é contada do nascimento do direito. A prescrição é decorrente de lei. A decadência pode ser estabelecida pela convenção das partes. Pode haver renúncia da decadência convencional. A decadência prevista em lei pode ser declarada de ofício pelo juiz (MARTINS, 2009, p. 673).

Apesar de ambos os institutos se assemelharem por cercear determinado direito, os dois não se confundem, tendo assim aplicabilidade diferente.

A prescrição no Direito do Trabalho foi adotada expressamente na redação original da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, que unificou toda legislação trabalhista até então existente no Brasil.

É disciplinada na CLT no artigo 11 com a seguinte redação: “a pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

A prescrição trabalhista também é matéria de ordem constitucional, regulada na CRFB/1988, que estabelece como um direito social dos trabalhadores no artigo 7º, inciso XXIX. Tal artigo foi alterado pela Emenda Constitucional n.º. 28 de 2000, equiparando trabalhadores rurais e urbanos. O referido artigo estabelece os prazos prescricionais adotados no processo trabalhista:

Art. 7º CF/88: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

Conforme dispõe o artigo, existem dois prazos prescricionais específicos na seara trabalhista. O prazo bienal, que se refere ao limite de dois anos dado ao trabalhador para que esse ajuíze um processo trabalhista, contados a partir da extinção do contrato de trabalho. E o prazo quinquenal, em que o trabalhador pode pleitear a reparação das lesões ocorridas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (MARTINS, 2009).

3 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Segundo Schiavi (2017) a prescrição intercorrente acontece na tramitação do processo depois de proposta a ação, especificadamente depois do trânsito em julgado. Maurício Godinho Delgado (2017) ao analisar o tema, leciona que essa modalidade de prescrição origina-se durante o desenrolar do processo, ou seja, no curso da ação trabalhista.

A CLT, conforme exposto acima, foi promulgada em 1943 com a finalidade de unificar em um grande compilado toda legislação trabalhista vigente naquela época. Tendo sofrido diversas alterações em seu texto normativo para se adequar as necessidades de cada época, a CLT foi fortemente criticada durante anos, tachada de ultrapassada e com viés garantista ao trabalhador. Nesse contexto foi proposta uma grande alteração no seu texto. Denominada Reforma Trabalhista, a Lei nº 13.467/2017, entrou em vigor em 11 de novembro do ano de 2017 e alterou diversos pontos no texto mencionado.

Em relação à prescrição intercorrente, antes da grande reforma o assunto não havia sido tratado de forma explícita pelas normas processuais trabalhistas. Segundo Wolney de Macedo Cordeiro (2020), apenas a Lei nº. 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal) tratava diretamente do tema no artigo 40, §4º.

O Código de Processo Civil, fonte subsidiária das normas trabalhistas, regulou o tema somente a partir do vigente CPC/2015. O art. 921, §5º do CPC/2015, que trata da suspensão da execução, introduziu de modo expresse a prescrição intercorrente.

De acordo com Ben-Hur Silveira Claus (2018) a prescrição intercorrente na execução regulado pelo CPC/2015, tem aplicação semelhante àquela adotada na lei de executivos fiscais, ressalvadas algumas distinções propostas por atualizações legislativas. Para melhor compreensão, esse tema será abordado mais adiante, no tópico que trata sobre a aplicação subsidiária da LEF e do CPC/15 no processo trabalhista.

Em relação à aplicação da prescrição intercorrente no processo trabalhista, apesar de ser somente regulada pós-reforma trabalhista, como dito, sua incidência nessa justiça especializada foi gradativa. Antes mesmo da CLT positivar o instituto, já existiam algumas interpretações quanto à aplicabilidade dessa modalidade de prescrição.

Uma das interpretações dadas a respeito da incidência da prescrição intercorrente no processo do trabalho é a existência do §1º do artigo 884 da CLT. O referido artigo trata dos embargos à execução e no seu primeiro parágrafo aponta as matérias possíveis de serem discutidas por meio dos embargos executórios, entre eles a prescrição da dívida. O raciocínio era de que a única prescrição que pode ser arguida no curso de um processo é a prescrição intercorrente, pois a prescrição bienal e quinquenal, previstas na CRFB/1988 e na CLT, tendem a ser alegadas na fase de conhecimento. Mediante a tal interpretação, a prescrição intercorrente já era admitida e aplicada pela CLT (PINHEIRO, 2019).

4 ENTENDIMENTOS DO STF E DO TST

A aplicação da prescrição intercorrente sempre foi polêmica no processo do trabalho diante da natureza alimentar do crédito trabalhista e do princípio da irrenunciabilidade do crédito trabalhista (SCHIAVI, 2017). Neste contexto, durante muito tempo os tribunais superiores, em aparente conflito de súmulas, entendiam de forma diferente sobre sua aplicação.

O STF, na época em que ainda julgava matéria infraconstitucional, em dezembro de 1963, editou por meio da Súmula 327 o entendimento de que era possível a aplicação da prescrição intercorrente ao processo do trabalho. Fundamentava o STF que a prescrição mencionada tinha incidência quando, por exclusiva omissão do exequente, este deixava de praticar algum ato do qual a execução dependia. Além da já existente regra, disposta no §1º do art. 884 da CLT, que previa a prescrição de dívida como matéria de defesa em embargos na execução.

Não obstante a doutrina apontar como fundamento para edição da súmula a aplicação do art. 884, para Orlando Augusto Barbosa Pinheiro (2019) a formulação do entendimento do Supremo tinha como referência os art. 765 e 791 da CLT, ao passo que os mencionados artigos tratavam da liberdade do juízo na direção do processo e do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho.

Já o TST entendia pela não aplicação da prescrição intercorrente no processo do trabalho. A súmula 114 do referido tribunal dispunha que é inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente. O fundamento do tribunal para não admitir a incidência da prescrição intercorrente no curso do processo, se dava pela redação do artigo 878 da CLT. Este artigo informava que a fase de execução poderia ser promovida de ofício pelo próprio juiz ou presidente ou tribunal competente. Dessa forma, o juiz do trabalho tinha o dever de conduzir a execução, independentemente de manifestação das partes. Portanto, não se poderia imputar ao exequente a incidência da prescrição, pois, esse não deu causa a inércia.

Entretanto, concomitante a introdução do art. 11-A, o art. 878 da CLT foi alterado pela reforma trabalhista dispondo atualmente que a execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo presidente do tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.

Ressalta-se que o entendimento do STF foi editado antes da promulgação da CRFB/1988. Após isso, o STF perdeu a atribuição de uniformizar a jurisprudência em questão de

matéria infraconstitucional. O TST só veio a tratar da matéria concernente em 22 de outubro de 1980, ou seja, depois de aproximadamente dezessete anos da edição da Súmula do STF, analisar a aplicação da prescrição intercorrente.

Apesar de aparentemente haver uma contradição entre as súmulas editadas pelos tribunais superiores, há quem entenda que as duas podem ser interpretadas de maneira conjunta, conforme observa Pinheiro (2019, s/p):

Em se tratando de situações em que o impulso oficial do processual dependa de algum ato do juiz do trabalho, não haveria de se falar em prescrição, aplicando-se, portanto, a Súmula n.º 114 do TST. Já em caso de o impulso processual ser totalmente dependente da parte, da sua inércia decorreria a prescrição, sendo aplicada, então, a Súmula n.º 327 do STF.

Dessa forma, consoante ao explicado pelo autor, as duas súmulas poderiam ser aplicáveis de maneira a respeitar o que cada uma propõe.

Assim corrobora Molina (2018):

A adequação do TST não desrespeitou as súmulas do STF, mas apenas realizou a sua correta interpretação e aplicação aos casos concretos, visto que os fatos submetidos ao tribunal trabalhista era contextualmente diversos dos que ilustram a aprovação das súmulas 150 e 327 da Suprema Corte (MOLINA, 2018, p. 11).

A Emenda Constitucional n.º. 45 de 2004 tornou a Justiça Trabalhista a única competente para tratar de qualquer matéria relacionada ao direito do trabalho. Apesar disso, não houve revogação expressa de qualquer um dos dois enunciados, permanecendo os dois inalterados, ainda que aparentemente conflitantes.

A grande discussão, em relação à aplicação ou não da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho, não se restringe somente aos tribunais superiores. Os diversos tribunais regionais trabalhistas também se divergiam sobre o tema antes da edição da reforma trabalhista.

5 A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA LEF E DO CPC/15

Não obstante o entendimento do TST disposto na Súmula 114 assinalar que a prescrição intercorrente não se aplicava ao processo trabalhista, os diversos tribunais vinham sustentando a aplicabilidade do instituto na fase executória, mediante a previsão da aplicação da lei de executivos fiscais de forma subsidiária na execução trabalhista, estabelecido pela

norma do art. 889 da CLT. Os magistrados adotavam o procedimento estabelecido no art. 40 da Lei nº. 6.830/1980, que assinalava como marco inicial da prescrição intercorrente a decisão que determinava o arquivamento provisório da execução em face da inatividade do exequente (CLAUS, 2018).

O artigo 40 que trata da suspensão da execução passou por algumas alterações legislativas que culminaram na introdução dos parágrafos 4º, em 2004, e 5º em 2009. A redação do artigo ficou a seguinte:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. § 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública. § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução. § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004). § 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009).

Em suma, conforme preceitua o artigo, na execução fiscal em que não se localizava o devedor ou bens passíveis de penhora, o processo deveria ser suspenso. Passada a suspensão de um ano do processo, os autos eram remetidos ao arquivo provisório. Após o período de 5 anos sem a localização do devedor ou de bens, a execução poderia ser extinta em decorrência da prescrição intercorrente.

O CPC/2015, também adotou a prescrição intercorrente como uma forma de extinção da execução. A redação do artigo 921 que trata sobre a suspensão da execução, dispõe:

Art. 921. Suspende-se a execução: [...] III - quando o executado não possuir bens penhoráveis; § 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição. § 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis. § 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente. § 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.

A prescrição intercorrente na execução do CPC/2015 se assemelha a disposta na LEF. Ambas adotam como pressupostos para seu reconhecimento a ausência de bens e o decurso do tempo.

A prescrição intercorrente pós-reforma trabalhista reclama a aplicação do 11-A, pois tal matéria não é mais omissa na CLT. Dessa forma, a subsidiariedade do art. 40 da LEF e do 921 do CPC/2015 terão sua aplicação restringida. Percebe-se que a partir da reforma trabalhista, a prescrição intercorrente ocorrerá com maior frequência, visto que o prazo para sua caracterização é menor do que os previstos na LEF e CPC/2015.

6 APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DO 11-A DA CLT

A regra esculpida para declaração da prescrição intercorrente é a estabelecida pelo artigo 11. A da CLT, transcrita a seguir:

Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos. § 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução. § 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.

De acordo Cordeiro (2020), o referido artigo apresenta incoerências fundamentais. Uma delas diz respeito ao tempo da ocorrência para aplicação da prescrição, que em face da vontade do legislador passou a ser de dois anos, abandonando a condição simétrica com a tutela da ação de conhecimento, cinco anos. Para o autor a prescrição intercorrente deveria seguir o prazo quinquenal, pois a prescrição trabalhista é fundamentalmente aforada nesse prazo, além disso, a prescrição intercorrente que trata dos créditos previdenciários executados perante a Justiça do Trabalho (CFRB/88, art. 114, VIII) apresenta também o prazo de cinco anos, nos termos do art. 40 § 4º da Lei 6.830/1980 (LEF).

É imprescindível abordar os seguintes elementos dispostos na lei para aplicação dessa modalidade de prescrição. Primeiramente é necessária a citação válida para o exequente tomar ciência antes da decisão. A citação deve ser feita tanto ao procurador, como ao reclamante, esse último deve ser citado pessoalmente. Logo após, a lei atribui elementos objetivos e subjetivos. O elemento objetivo é o prazo de dois anos, previsto no artigo. O novo prazo prescricional introduzido pela lei não pode ter efeito retroativo. Não obstante a isso, a decretação efetiva da

prescrição intercorrente somente pode, em tese, iniciar a contagem do prazo a partir da vigência da reforma trabalhista, assim prevê a norma processual no art. 14 da CPC/2015:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Conforme referido artigo, embora a lei processual tenha aplicação imediata, ela deve respeitar os atos já praticados e as situações jurídicas já consolidadas. Consoante a disposição do CPC/2015, destaca-se o art. 1º e 2º da Instrução Normativa nº 41 do TST:

Art. 1º A aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, com eficácia a partir de 11 de novembro de 2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada. Art. 2º O fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11-A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).

O raciocínio é que a decretação da prescrição intercorrente só pode ser exarada 2 (dois) anos após a vigência da reforma trabalhista, ou seja, a partir da data de 11/11/2019 seria juridicamente aceitável o arquivamento definitivo do processo por prescrição intercorrente do artigo 11-A.

Neste contexto, é necessário perquirir acerca da legalidade dos atos de juízes e tribunais trabalhistas consistentes em aplicar a prescrição intercorrente no prazo que permeia as datas de 11/11/2017 (vigência da Lei nº. 13.467/2017) e 11/11/2019 (biênio) previsto na lei para iniciar o prazo permissivo de decretação da mesma.

Além do prazo mínimo de dois anos, o legislador atribuiu um elemento subjetivo para a decretação da prescrição. Assim sendo, o elemento subjetivo é a falta de cumprimento de determinação judicial pelo exequente, elencado no parágrafo primeiro do referido artigo. Contudo o legislador reformista não manifestou expressamente qual seria essa determinação judicial não cumprida que ensejaria a aplicação da prescrição intercorrente. Nessa perspectiva o referido artigo parece carecer de discussão mais ampla, de modo que possa ser utilizado de acordo com os princípios do Direito do Trabalho (PINHEIRO, 2019).

A colocação de maneira genérica da expressão “deixar de cumprir determinação judicial no curso da execução” abre margem para algumas hipóteses do que seria este descumprimento.

Nesse mesmo sentido, Cordeiro (2020) ao analisar o tema demonstra omissão do legislador em não especificar o que seria tal determinação:

Na realidade, o novo dispositivo legal não responde esses questionamentos. A norma já nasce omissa, incompleta e imprecisa. Em outras palavras, é inequívoco o reconhecimento da prescrição intercorrente no processo do trabalho, mas essa previsão é portadora de uma incompletude crônica, na medida em que não especifica ou detalha o procedimento de tipificação da prescrição intercorrente. (CORDEIRO, 2020, p. 378).

De acordo a redação do artigo 11-A, a fluência do prazo prescricional de dois anos se iniciará quando o exequente deixar de cumprir uma determinação judicial no curso da execução. Extraí-se desse preceito que se não houver nenhuma determinação judicial, o prazo previsto no artigo não terá início. Trata-se de outra incoerência na norma, pois, na Lei de Execução Fiscal e no CPC/2015, a fluência do prazo prescricional se inicia de forma automática quando o processo é arquivado provisoriamente.

7 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE X PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho tem como fundamento intrínseco a proteção dos direitos do trabalhador, buscando através de princípios e normas, o equilíbrio entre empregado e empregador. Mediante a isso, a problemática em torno da prescrição intercorrente insurge na manifesta agressão aos princípios protetivos de não retrocesso social, irrenunciabilidade de direitos e a garantia do crédito do trabalhador, além de sua uma afronta à efetividade dessa justiça especializada.

A Justiça Trabalhista é o órgão mais eficiente e célere do judiciário, tendo o melhor índice de produtividade e sendo a que mais concilia¹. A incidência da prescrição intercorrente é um atestado de ineficiência da Justiça Trabalhista. A reforma trabalhista ao introduzir expressamente a prescrição intercorrente deu um respaldo legal para a descaracterização de um dos princípios basilares da Justiça Trabalhista, a eficiência.

Nesse mesmo sentido discorre Claus (2018):

¹Dados da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Disponível em: <https://www.amb.com.br/?p=63438>. Acesso em 20 abr. 2020

A Reforma Trabalhista pretendeu articular a introdução da prescrição intercorrente com a eliminação da execução de ofício. O propósito teria sido o de retirar eficiência da jurisdição trabalhista, não obstante a Administração Pública seja regida pelo princípio da eficiência (CF (LGL\1988\3), art. 37, caput; CPC (LGL\2015\1656), ART. 8º). A Lei 13.467/2017 contraria o princípio da eficiência na Justiça do Trabalho. A reforma trabalhista é uma espécie de punição à eficiência da Justiça do Trabalho, o ramo mais eficiente da jurisdição brasileira. A Reforma Trabalhista objetiva uma jurisdição menos eficiente, na contramão do projeto constitucional de construção de um aparato Judiciário eficiente (CLAUS, 2018, p. 16).

Demonstra o autor que a reforma trabalhista ao introduzir a prescrição intercorrente com fundamento no novo art. 878 da CLT, eliminando em regra a execução de ofício, ocasionou em um suposto enfraquecimento da efetividade da Justiça Trabalhista.

[...] a Reforma foi pragmática na realização do desiderato de enfraquecer o direito processual do trabalho na prática, suprimindo uma das principais virtudes do procedimento trabalhista. Entretanto, foi mantida a possibilidade de execução de ofício do crédito previdenciário. O crédito principal não pode ser executado de ofício (crédito trabalhista), enquanto que o crédito acessório (crédito previdenciário) pode ser executado de ofício. (CLT (LGL/1943/5), art. 876, parágrafo único). É um contrassenso. Não é racional que no mesmo processo se possa executar de ofício o crédito previdenciário acessório e não se possa executar de ofício o crédito trabalhista principal, sobretudo quando se considera que o crédito trabalhista serve de base de cálculo às contribuições previdenciárias. Trata-se de uma alteração legislativa ilógica (CLAUS, 2018, p. 17).

O fato de a execução ser promovida pelo exequente a partir da reforma trabalhista (art. 878, CLT) tornou um encargo mais penoso para o credor, pois esse tem o dever de localizar bens e ativos passíveis de penhora para indicar ao juízo da execução trabalhista. Não o encontrando, ou seja, vindo a descumprir uma determinação judicial no curso da execução, começa a fluência do prazo prescricional de 2 anos para a extinção da execução. O exequente, nesse caso o trabalhador hipossuficiente, não detém das mesmas condições do Estado-juiz para localizar e indicar bens do executado para garantir o pagamento de seus créditos. De forma que o exequente que aforou sua reclamação em juízo, que percorreu todo trâmite processual durante a fase de conhecimento, no final da demanda provavelmente não terá meios para descobrir bens passíveis de penhora, nem em nome da empresa, tampouco em nome dos sócios, dificultando ainda mais a situação e não satisfazendo suas pretensões levadas ao judiciário.

Como aponta Claus (2018), não parece ser coerente aplicar a prescrição intercorrente numa dinâmica em que os instrumentos eletrônicos de pesquisa patrimonial e de constrição de bens (BACENJUD, INFOJUD e RENAJUD) estão sob a tutela do Poder Judiciário.

É consolidado o entendimento de que a execução se realizar no interesse do credor e não no interesse do devedor. Apesar de na hipótese de decretação da prescrição ser causada por inatividade do exequente ou do seu defensor, não parece ser compatível ou até mesmo justo, que o juízo da execução, tendo em vista o princípio da proteção do trabalhador hipossuficiente, aplique indistintamente a prescrição.

Dessa maneira, a aplicação da prescrição intercorrente beneficiaria aquele que deu início ao dissídio, que não cumpriu com as obrigações trabalhistas e muito menos indicou bens para satisfazer a sentença judicial, visto que é um dever do executado indicar bens para penhora. Nesse sentido, aparentemente a reforma inverteu o espírito da CLT, de modo que parece haver uma presunção de que o trabalhador é que age de má-fé, não sendo ele a parte vulnerável a ser protegida (PINHEIRO, 2019).

Em contraponto existem as situações em que o executado realmente não possui condições financeiras para adimplir sua dívida perante a execução, visto que em muitos casos o patrimônio ou o empreendimento não é suficiente para sanar a dívida. Entretanto é habitual nas diversas varas e tribunais trabalhistas a situação em que o devedor esconde seu patrimônio de modo a obstruir a efetividade da justiça.

Esclarece Pinheiro (2019, s/p) que:

É extremamente comum que o devedor se esquive de todos os modos possíveis para não pagar o crédito trabalhista, chegando a fechar a empresa após a demissão de todos os empregados, e transferir todos os seus bens para outras pessoas, se servindo dos conhecidos ‘laranjas’ para continuar seu empreendimento comercial.

O raciocínio é que a decretação da prescrição intercorrente com o arquivamento definitivo do processo, apesar de ser causada por omissão do exequente, beneficia igualmente tanto ao devedor de boa-fé, quanto ao devedor de má-fé, que agora tem um meio legal de frustrar a execução. E logo após o período de dois anos, o mesmo devedor poderá retomar seu patrimônio e continuar sua empreitada, enquanto o trabalhador hipossuficiente não recebeu seu crédito de direito.

Trata-se de uma clara atitude atentatória a dignidade da justiça, visto que durante todo o decorrer do processo, inclusive na execução, é esperado que todos os sujeitos envolvidos na lide atuem de boa-fé e com lealdade, sendo inclusive, regra imposta pelo artigo 5º do CPC/2015.

O art. 7º da CRFB/1988 elenca os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e outros que visem à melhoria de condição social. Nos diversos incisos do referido artigo é possível

observar o protecionismo que a Carta Magna garantiu ao trabalhador, de modo que é vedado ao legislador infraconstitucional, restringir ou extinguir os direitos transcritos na norma.

A redação literal da norma prevê o prazo bienal e quinquenal na Justiça do Trabalho para ajuizamento de ação e cobrança de créditos decorrente de relação empregatícia, respectivamente. Pela interpretação dada à norma, o legislador constitucional não elencou a prescrição durante o trâmite da ação, ou seja, em nenhum momento a ideia do legislador originário foi introduzir a prescrição dentro do processo. Desta maneira reputa-se violado o citado inciso, pois, não se pode extrair deste preceito constitucional a existência de prescrição intercorrente.

O Judiciário trabalhista tem por finalidade específica a efetivação dos direitos trabalhistas. O reconhecimento da prescrição intercorrente, todavia, não propicia ao trabalhador a melhoria de sua condição social, estabelecida pelo próprio art. 7º.

Além da violação ao art. 7º, XXIX, a prescrição intercorrente é um ataque direto ao art. 5º, XXXV, de modo que impede a produção de efeitos materiais da coisa julgada. Ao passo que ao aplicar a prescrição intercorrente, o título executivo advindo da sentença judicial torna-se sem efeito concreto. O mesmo Estado-juiz que reconhece o direito do trabalhador durante a fase de conhecimento, com todo seu poder e instrumentos não consegue dar efetividade as suas decisões na execução. Ao invés de dar suporte ao trabalhador, sendo este reconhecidamente à parte mais frágil da relação trabalhista, o penaliza de modo que em um curto período de inatividade encerra a tramitação.

Claus (2018) ao tratar do tema prescrição intercorrente conota a natureza alimentar do crédito trabalhista, garantido a este a classificação de crédito *necessarium vitae*. O Código Tributário Nacional, no art. 186, garante ao crédito decorrente da legislação trabalhista a preferência sobre qualquer outro.

O legislador reformista parece não ser atentar a natureza alimentar do crédito trabalhista e tão pouco a proteção a este conferido. Nesse sentido, o prazo simplório de dois anos para a aplicação da prescrição intercorrente não se compatibiliza com a natureza do crédito trabalhista.

A inerência da proteção ao trabalho garante, via de regra, ao trabalhador a aplicação de uma norma mais favorável. Em que pese, na prescrição intercorrente, a norma mais favorável é afastada, pois a prescrição da fase de conhecimento é quinquenal, enquanto a prescrição

adotada na fase de execução é bienal, diminuindo drasticamente o tempo hábil do trabalhador em satisfazer o seu crédito.

Como visto o período estipulado para aplicação da prescrição intercorrente ocorrer é irrisório, levando em conta todas as movimentações que são realizadas na tramitação, à parte certamente será prejudicada.

8 IMPACTOS PARA A UNIÃO E PARA A JUSTIÇA TRABALHISTA DECORRENTES DO ARQUIVAMENTO DE PROCESSOS COM ARGUMENTO NA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

As análises de impactos decorrentes do arquivamento de processos com argumento na prescrição intercorrente recaem sobre três relevantes situações. A primeira situação analisada diz respeito à efetividade da execução na Justiça Trabalhista. A segunda demonstra as estatísticas e valores de arrecadação da Justiça do Trabalho para os cofres públicos. E a terceira, a aplicação da prescrição intercorrente nas Varas do Trabalho.

A execução na Justiça do Trabalho, apesar da celeridade ser traço marcante dessa justiça especializada, é uma demanda complexa. No geral, dificilmente encontra-se o patrimônio do devedor para satisfazer os créditos do exequente.

De acordo o último Relatório Geral da Justiça do Trabalho (2018), realizado pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho disponível no site do TST, a cada ano o número de processos em execução aumentam substancialmente, aumentando também as execuções frustradas.

Com efeito, os resíduos de 2017, ou seja, processos com execuções pendentes do ano anterior totalizaram cerca de 2.675.364. Desse montante, 826.659 são de arquivo provisório, em que a execução se encontra parada por não ter encontrado bens do devedor passíveis de penhora.

Em 2018 foram iniciadas 798.920 novas execuções. Somando-se ao resíduo do ano de 2017, o total a executar foi de 3.474.284, sendo encerradas apenas 729.462. Número consideravelmente baixo se for levado em conta a quantidade de processos a executar. Ao arquivo provisório foram remetidos 288.006 processos. Os resíduos de 2018 totalizaram 2.697.668, que continuaram a tramitação em 2019, sendo que 867.499 são de arquivo provisório.

Os processos de arquivos provisórios aumentaram de 826.659 em 2017, para 867.499 em 2018. O aumento se mostra ainda maior quando em comparação com o ano de 2016, 792.503.

Demonstra o relatório do TST que com o passar dos anos a Justiça Trabalhista tende a ser menos eficiente, tornando infrutífera a execução. Extrai-se do relatório que, grande parte dos créditos dos reclamantes adquiridos na tramitação do processo, que tem privilégio de natureza alimentar, está fadada a ser tornar uma expectativa frustrada. O legislador reformista não apresentou nenhuma mudança na lei para beneficiar o exequente, ao contrário, positivou a prescrição intercorrente, um meio pelo qual é possível extinguir a execução em um curto espaço de tempo, 2 (dois) anos (PINHEIRO, 2019).

A segunda análise diz respeito ao eventual prejuízo que irá ser causado pelo arquivamento de processos decorrente da aplicação do 11-A para os cofres da União e para a Justiça Trabalhista, haja vista que um processo tem custas, independente da parte estar assistida pela justiça gratuita.

Entre 2017 a 2019, a Justiça do Trabalho arrecadou para os cofres públicos, mais de R\$10.000.000.000,00, conforme dados apresentados pelo TST. No ano de 2017 foram arrecadados R\$3.577.238.472,80. No ano de 2018, R\$3.645.592.927,92 e no ano de 2019, R\$4.047.308.068,54.

Nesses valores estão compreendidas custas, emolumentos, multas e contribuições previdenciárias, em que grande parte são recolhidos na fase de execução. Os três anos analisados dizem respeito ao período de vigor da reforma trabalhista, em que, em tese, ainda não tinha incidência da prescrição intercorrente do 11-A.

Percebe-se que, com a prescrição intercorrente agora disciplinada em lei, haverá em um aumento significativo do arquivamento de processos nas diversas varas trabalhista, entretanto às custas processuais não serão recolhidas pelas partes sucumbentes, pois a execução se tornará infrutífera. Nesse contexto é possível visualizar em um futuro próximo, a diminuição da arrecadação da Justiça do Trabalho para os cofres públicos.

Desta forma, a situação corrobora com o enfraquecimento da Justiça do Trabalhista, trazendo o questionamento se o legislador reformista não previu a hipótese da possível diminuição da arrecadação, ou se a introdução de mais uma forma de extinguir a execução foi

proposital com a clara intenção de diminuir a arrecadação, com a finalidade de enfraquecer essa justiça especializada.

A terceira análise sobre impactos remete a aplicação da prescrição intercorrente nas Varas do Trabalho da 3^o região (MG). Em pesquisa realizada na Vara do Trabalho de Monte Azul entre 2019/2020, sob autorização da Diretora de Secretaria da respectiva, na qual foram examinados os processos físicos arquivados em 2019, pôde-se constatar que a prescrição intercorrente do 11-A já é aplicada.

Apesar de após o ano de 2017 a Justiça do Trabalho se tornar 100% eletrônica com a implantação do PJE (Processo Judicial Eletrônico), não foi possível analisar os processos eletrônicos arquivados por prescrição intercorrente, devido à falta de base de dados.

Em suma, foram arquivados cerca de 300 processos no ano de 2019. Entretanto há de se ressaltar que somente 167 tiveram a baixa física no ano respectivo. Mediante a isso, a coleta de dados se restringiu aos 167 processos. Desses 167 foi possível localizar 114 autos físicos, o restante, por questões estruturais, não foi localizado. Desse montante, 36 processos foram arquivados tendo a execução extinta por prescrição intercorrente do 11-A. Os demais foram arquivados por terem sido cumpridas todas as determinações e diligências necessárias no processo, e terem se transformados em CLEC (Cadastro de liquidação, execução e conhecimento). Neste último caso, continuando sua tramitação por meio eletrônico, ou por terem se passado cinco anos em arquivo provisório acarretando a extinção da execução por força da Lei n^o. 6.830/1980.

Extrai-se da pesquisa que, não obstante tratar-se de um número aparentemente baixo, que não representa nem um terço dos arquivamentos no ano de 2019, a aplicação da prescrição intercorrente já está sendo adotada e causando um grande prejuízo ao reclamante que está vendo sua pretensão frustrada. Pela pesquisa realizada na Vara do Trabalho de Monte Azul, supõe-se que os diversos tribunais e varas do trabalho já tenham adotado a prática aplicando o mencionado instituto aos processos os quais estão em arquivo provisório, antes mesmo do prazo estabelecido pela lei, ou seja, entre o biênio 2017/2019, com a finalidade de descongestionar o expediente de trabalho nas juntas.

Se em média cada uma das mais de 180 varas do trabalho da 3^o região (MG), arquivarem 30 processos por prescrição intercorrente durante o biênio (2017/2019) teremos, aproximadamente, cerca de 5.400 processos extintos com resolução de mérito sem que o reclamante tivesse proveitos de seus créditos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atitude do legislador reformista ao introduzir o art. 11-A na CLT objetivou apaziguar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial, mesmo que de forma contrária ao entendimento do TST.

Nesse panorama, o objetivo primordial do estudo no qual se deu a análise da compatibilidade da prescrição no processo do trabalho, teve como resultado a incoerência do mencionado instituto com os princípios basilares trabalhistas. Seja pelas diversas incompletudes da norma ou por meio das afrontas diretas a dispositivos ora mencionados.

Embora a prescrição intercorrente esteja na contramão dos princípios protetivos do direito do trabalho, é possível amenizar o seu impacto sobre a parte hipossuficiente.

O fundamento do legislador para a prescrição intercorrente é descongestionar as varas do trabalho, pois, conforme apresentado grande parte das execuções encontra-se parada nos arquivos provisórios. Principalmente por já ter sido implantado o processo eletrônico no judiciário trabalhista, os autos físicos tendem a ser extintos em sua grande parte.

Com fundamento na celeridade, economia processual, duração razoável do processo e na segurança jurídica, nenhum processo deve ser eterno, nenhum litígio deve se perdurar pelo tempo, para que ninguém permaneça na condição perpétua de réu. Há de se falar também, que as ações trabalhistas não estão no rol de imprescritibilidade da CRFB/1988.

Nesse sentido, apesar da prescrição intercorrente apresentar incoerência com o processo trabalhista e ocasionar um elevado dano as pretensões do credor, é possível amenizar os efeitos, diminuindo o prejuízo para reclamante e respeitando as noções de tempo e segurança jurídica tratadas acima.

É proposto por alguns juízes o uso do art. 11-A da CLT combinado com art. 40 da LEF, no qual o Juiz suspenderia a execução, e, caso não encontrasse bens do devedor, e sequer movimentação, o processo seria encaminhado para o arquivo provisório, permanecendo por 1 ano no mesmo, e, assim, começaria a correr a prescrição intercorrente de 2 anos, dando a parte um lapso temporal maior de encontrar bens do devedor e não ter o seu processo extinto na fase executória.

Trata-se de uma possível tese a ser analisada pelos juízes trabalhistas na aplicação da prescrição, pois, conforme estabelecido pelo art. 765 da CLT, os magistrados trabalhistas têm ampla liberdade na direção do processo.

Todavia, somente o tempo poderá revelar o posicionamento dos juízes do trabalho diante do curto lapso de vigência da reforma. O mesmo aplica-se às execuções pendentes cujas decisões deverão iniciar no segundo semestre de 2020, considerando a pandemia de COVID-19 que atrasou ainda mais as atividades do Poder Judiciário.

Com ensejo em novas argumentações e estudos complementares a respeito do tema é possível uma análise posterior da inconstitucionalidade do art. 11-A, trazendo fundamentos para que o juiz do trabalho, em controle acidental de constitucionalidade, possa a declarar o art. 11-A como inconstitucional, situação em que trará novos debates ao campo jurídico.

A constatação de todo o cenário apresentado contribuiu em um novo olhar para o processo trabalhista, demonstrando que a Justiça Trabalhista não possui atualmente a forte carga protecionista que outrora apresentava ao trabalhador. Conclui-se pela necessidade de o operador do direito manter-se em total consonância com o interesse do trabalhador, a fim de evitar situações prejudiciais a este.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Roldan. Reclamatória, Reclamação, Petição Inicial, Demanda, Ação ou Processo trabalhista - qual é a expressão correta? *In: Jus Brasil (2018)*. Disponível em: <https://roldanalencar.jusbrasil.com.br/artigos/544992863/reclamatoria-reclamacao-peticao-inicial-demanda-acao-ou-processo-trabalhista-qual-e-a-expressao-correta>. Acesso em 20 out. 2019.

AMB. Justiça do Trabalho tem melhor Índice de Atendimento à Demanda do Judiciário. *In: Associação dos Magistrados Brasileiros (2019)*. Disponível em: <https://www.amb.com.br/?p=63438>. Acesso em 20 abr. 2020.

BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Lei 3.071 de 01 de janeiro de 1916**. Revogado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL. Código Tributário Nacional. **Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em 09 mai. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html. Acesso em 20 abr. 2020.

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. **Decreto-Lei 5.452 de 1 de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 abr. 2020.

BRASIL. Instrução Normativa 41 do TST. **Resolução 221 de 21 de junho de 2018**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/RESOLUCAO+221+-+21-06-2018.pdf/4750fdfb-8c09-e017-9890-96181164c950>. Acesso em 20 abr. 2020

BRASIL. Lei de Execução Fiscal. **Lei 6.830 de 22 de setembro de 1980**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em 09 mai. 2020.

BRASIL. Reforma Trabalhista. **Lei 13.467 de 13 de julho de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em 20 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 327**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1570>. Acesso em 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 114**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em 20 abr. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2018**. Brasília: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho, 2020. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/arrecadacao>. Acesso em 25 abr. 2020.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. **A Prescrição Intercorrente na Reforma Trabalhista Introduzida pela Lei 13.467/2017**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v.190, p.79 – 122 Jun/2018.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Execução no Processo do Trabalho**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16º ed. São Paulo: Editora LTr, 2017. 1691p.

FARIAS Cristiano Chaves, NETTO Felipe Braga e ROSENVALD Nelson. **Manual de Direito Civil**: volume único. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

PEREIRA, Leone. **Prática Trabalhista**. 3. ed. v. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MOLINA, André Araújo. **A prescrição intercorrente na execução trabalhista**. In: Revista Jurídica Luso Brasileira, Lisboa, ano 3, n. 2, 2017, p. 109-147. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0109_0147.pdf. Acesso em 19 abr. 2020.

MOLINA, André Araújo. **A Prescrição Trabalhista: Pretensões Condenatórias, Executiva e Intercorrente**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v.185, p. 21 – 55 Jan/2018.

PINHEIRO, Orlando Augusto Barbosa. **Prescrição Intercorrente no Processo do Trabalho: Uma análise crítica do entendimento adotado pela reforma trabalhista**. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo, v.179, Dez/2018.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo trabalhista: aspectos processuais da lei n.13.467/17**. 1. ed. São Paulo: Editora LTr, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2017.

**INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA: RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS**

INSTITUTE OF DISCONSIDERATION OF LEGAL PERSONALITY: RESPONSIBILITY
OF MEMBERS

José Lucas Viana Barbosa

Faculdade Verde Norte – FAVENORTE

jlucasmv10@gmail.com

 lattes.cnpq.br/1080334416607786

Maria Aparecida Antunes Moreira

Faculdade Verde Norte – FAVENORTE

ciddamoreira@bol.com.br

 lattes.cnpq.br/0214246090654490

Fábio Fonseca Telles

Faculdade Verde Norte – FAVENORTE

fabio.ffab.adv@hotmail.com

 lattes.cnpq.br/3441993059518395

RESUMO: O presente artigo trata especificamente do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, trazendo à tona a responsabilidade dos sócios, no sentido de impossibilitar e/ou dificultar a fraude contra credores e tornar as relações negociais mais claras. A pesquisa visa discutir as alterações sofridas pelo Artigo 50 do Código Civil/2002, à luz da Lei 13.874/2019 – Lei da Liberdade Econômica. São objetivos específicos: entender o que é o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade dos sócios, sua utilização antes e pós CPC/2015, bem como elucidar as inovações trazidas pelo Artigo 50 em sua nova redação, estabelecendo críticas a este respeito. Tal estudo constituiu-se a partir do problema: de que forma a nova redação dada ao artigo 50 do Código Civil/2002 repercute no instituto da desconsideração da personalidade jurídica? Na abordagem metodológica utilizou-se a revisão de literatura. Os resultados indicam a relevância do aspecto hermenêutico, de modo que a personalidade jurídica não é absoluta.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade. Personalidade jurídica. Responsabilidade dos sócios.

ABSTRACT: This article deals specifically with the institute of disregarding legal personality, highlighting the responsibility of the partners, in the sense of preventing and / or hindering fraud against creditors and making business relations clearer. The research aims to discuss the changes suffered by Article 50 of the Civil Code / 2002, in the light of Law 13,874 / 2019 - Economic Freedom Act. Specific objectives are: to understand what the institute of disregarding legal personality is and the responsibility of the partners, its use before and after CPC / 2015, as well as to clarify the innovations brought by Article 50 in its new wording, establishing criticisms in this regard. This study was based on the problem: how does the new wording given to article 50 of the

Civil Code / 2002 affect the institute of disregarding legal personality? In the methodological approach, literature review was used. The results indicate the relevance of the hermeneutic aspect, so that the legal personality is not absolute.

Keywords: Disregard for personality. Legal personality. Responsibility of the partners.

INTRODUÇÃO

No dia 20 de setembro de 2019 foi aprovada a Lei 13.874, fruto da Medida Provisória 881, que entrara em vigor em 30 de abril do mesmo ano. A MP foi criada pelo governo federal com o intuito de desburocratizar a abertura de empresas de determinadas atividades econômicas e trouxe consigo várias inovações nesse sentido.

Inúmeros foram os impactos em diversas searas do Direito: civil, trabalhista e empresarial. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que passou por uma reforma profunda em 2017, foi novamente impactada pela Lei da Liberdade Econômica, apresentando 36 artigos alterados, de modo que passou a ser chamada, por alguns, de minirreforma Trabalhista. O Código Civil de 2002 também sofreu alteração em seu artigo 50, recebendo nova redação e conseqüentemente nova interpretação a partir da introdução da referida lei.

O tema em questão é novo na seara empresarial, cuja importância do estudo encontra-se justamente no pressuposto de que, em se tratando de um direito novo, requer um olhar mais crítico, sobre sua relevância jurídica e social.

Criada com o intuito de facilitar a atividade empresarial e coibir os atos ilícitos porventura praticados pelos sócios, a desconsideração da personalidade jurídica se antes restringia aos casos de desvio de finalidade e confusão patrimonial, sua interpretação foi alterada.

Isto posto, o presente artigo visa discutir as alterações sofridas pelo Artigo 50 do Código Civil/2002, à luz da Lei 13.874/2019 – Lei da Liberdade Econômica. Adotou-se para tanto os seguintes objetivos específicos: entender o que é o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade dos sócios, sua utilização antes e pós CPC/2015, bem como elucidar as inovações trazidas pelo Artigo 50 em sua nova redação, estabelecendo críticas a este respeito.

O estudo constituiu-se a partir do problema: de que forma a nova redação dada ao artigo 50 do Código Civil/2002 repercute no instituto da desconsideração da personalidade jurídica? Esta modificação é mais benéfica aos sócios ou ao credor da sociedade?

A metodologia utilizada nesta pesquisa é a revisão de literatura, feita através de pesquisas doutrinárias, associada à análise documental de leis, códigos e jurisprudências que abarcam a temática em questão.

1 A RESPONSABILIDADE E O REGISTRO: O NASCIMENTO DE UMA PESSOA JURÍDICA, DIFERENTE DA PESSOA DOS SÓCIOS.

Conforme dispõe Maria Helena Diniz, “a pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações” (DINIZ, 2018, p. 270).

A capacidade para adquirir a personalidade jurídica de uma pessoa natural, contraindo assim direitos e deveres, de acordo com o artigo 2º do Código Civil Brasileiro “começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Por outro lado, a existência legal da pessoa jurídica de direito privado, no caso, sua personalidade, de acordo com o mesmo diploma legal, em seus artigos 45. 985 e 1.150, deverá ter origem na efetivação do registro dos atos constitutivos no órgão competente. Em simples entendimento e comparação é o mesmo que dizer que o contrato social está para a pessoa jurídica, assim como a certidão de nascimento está para a pessoa natural.

Segundo a orientação legal, uma vez inscrito o contrato social no registro público a sociedade adquire personalidade jurídica e, a partir de então, começa a contrair obrigações e titularizar direitos em nome próprio.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, personalidade é a “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica” (GONÇALVES, 2016, p.70).

Assim, a capacidade da pessoa jurídica surge da personalidade que o ordenamento jurídico lhe confere através do registro no órgão competente. Uma vez

conferida, essa capacidade se estende a todos os campos do direito, dando-lhes todos os direitos subjetivos, não se limitando apenas à esfera patrimonial.

De acordo com o Código Civil de 2002, em seu art. 52, também se aplica às pessoas jurídicas, de acordo com o que couber, a proteção dos direitos da personalidade. Maria Helena Diniz, em relação aos direitos, ensina que “a pessoa jurídica é dotada de direitos da personalidade, os quais enumera-se: o direito ao nome, à marca, à liberdade, à imagem, à privacidade, à própria existência, ao segredo, à honra objetiva” (DINIZ, 2018, p. 317-318).

Por se tratar de uma entidade não humana, “está excluída da prática dos atos para os quais o atributo da humanidade é pressuposto, como se casar, adotar e outros” (COELHO, 2012, p. 532).

A partir do registro dos atos constitutivos, essa pessoa jurídica acaba por adquirir personalidade própria, ficando a mesma separada dos sócios. É justamente nesse momento que a sociedade começa a construir um sujeito de direito e de obrigações, de forma a manter, para essa nova pessoa jurídica, uma individualidade própria, passando a se beneficiar de autonomia patrimonial e dispor de poderes para alterar sua estrutura, tanto no plano jurídico como negocial e econômico.

Uma vez constituída essa pessoa jurídica, em regra, o sócio não responde com seu patrimônio, pois é a pessoa jurídica quem passa a responder ilimitadamente por seu passivo, conforme preconizam os princípios da separação, independência e autonomia patrimonial.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: PRECEITOS ANTERIORES À LEI 13.874/19.

Anterior à disciplina jurídica atual da desconsideração da personalidade jurídica, o Código Civil de 2002, em seu Artigo 49-A, informava que:

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos. (Brasil, Lei 10.406/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 13/10/2019)

Assim, o sistema jurídico brasileiro reafirma que existe uma autonomia jurídica da pessoa jurídica em face das pessoas físicas que a constituem.

O jurista Flávio Tartuce (2017) esclarece que “a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, ou seja, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica” (p. 179).

Cabe ressaltar que, em se tratando do instituto da desconsideração, há duas teorias que não podem ser ignoradas: a teoria maior e a teoria menor.

Segundo Stolze (2019) o Código Civil de 2002, em seu Artigo 50, adotou a teoria maior, devido esta exigir não só a insuficiência patrimonial, mas também a demonstração do abuso caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

2.1 Artigo 50 do Código Civil de 2002 e o abuso da personalidade.

O antigo Artigo 50 do Código Civil de 2002 se resumia ao abuso da personalidade e à questão da confusão patrimonial, quando considerava que a mera constatação da fraude contra credores já consistia em alcançar o instituto da desconsideração.

O caput do Artigo 50 do Código Civil de 2002, já alterado pela MP 881/2019, não logrou mudanças com a nova Lei, conforme verifica-se:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Brasil, Lei 10.406/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 13/10/2019)

No referido texto, a expressão “beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”, sugere que a desconsideração funciona como instrumento de imputação de responsabilidade, não podendo atingir o sócio que não tenha tido nenhum benefício,

direto ou indireto, em decorrência do ato abusivo praticado por outra pessoa.

Assim, cabe destacar que, “a desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultando, sem dúvida, as mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito”. (COMPARATO, 1983, p. 284-286)

2.2 Artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Ao analisar a questão sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, naqueles casos em que a relação estabelecida é de consumo, surge uma problemática, pois a mera constatação de fraude já era tida como desconsideração.

Isto porque o CDC/90 estabelece de forma reiterada a solidariedade entre todos os participantes da cadeia de fornecimento do produto ou serviço, conforme as regras estabelecidas no art. 7º, parágrafo único, art. 18, caput e art. 25, parágrafo primeiro do CDC/90.

Mais que isso, o CDC/90 também facilitava a desconsideração da personalidade jurídica, haja vista a adoção da teoria menor da desconsideração, segundo a qual o mero inadimplemento de determinada obrigação seria suficiente para aplicação do instituto, além de prever expressamente a responsabilidade solidária entre sociedades consorciadas.

São inúmeras as utilidades de aplicação do art. 25 do CDC/90 para o consumidor, ou seja, constatada uma relação de consumo e o não pagamento pela pessoa jurídica, já haveria base jurídica para se requerer a desconsideração da personalidade, é certo que ainda faltava uma procedimentalização do instituto, de forma a se resguardar, com regras claras, o direito do credor. Isso só veio a se resolver no ano de 2015, com a chegada do novo Código de Processo Civil.

2.3 Da falta de procedimentalização.

Até a chegada do Novo Código de Processo Civil, em 2015, havia a falta de procedimentalização nas ações de desconsideração e não se sabia se era feita por ação

autônoma, ou por incidente processual, se havia reconhecimento de ofício pelo juiz, ou se o direito de defesa era mitigado, reinando uma sensação de desordem na aplicação do instituto da desconsideração, o que poderia prejudicar o direito do credor.

Ou seja, antes do novo CPC/15 não havia regulamentação específica para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, de modo que bastava uma decisão fundamentada nos autos do processo em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica.

Como enfatizado inicialmente, a pessoa jurídica, registrada no órgão competente, é dotada de personalidade, adquirindo direitos, bem como obrigações, independente dos seus administradores e, a partir desse momento, a manifestação de vontade é da pessoa jurídica, que goza de autonomia para, entre outras coisas, assumir obrigações contratuais em seu nome.

Quanto ao princípio da autonomia da pessoa jurídica, nota-se que ele não está explícito no Código Civil de 2002. Mas esta pode ser encontrada em vários artigos do mesmo diploma legal, como bem leciona Fábio Ulhoa Coelho:

O princípio da autonomia das pessoas jurídicas, como dito, encontrava-se, no Código Civil anterior, expresso num dispositivo que afirmava não se confundirem elas com os seus integrantes. Na lei atual não se encontra reproduzido igual dispositivo. A autonomia, e suas implicações acima delineadas, porém, decorre da interpretação sistemática de diversas normas. O art. 46, V, por exemplo, estabelece que um dos elementos constantes do registro civil da pessoa jurídica é a existência ou não de responsabilidade subsidiária dos seus membros pelas obrigações dela. 'O art. 1.052 restringe a responsabilidade de cada sócio da sociedade limitada ao valor de suas quotas, e assim por diante'. (COELHO, 2012, p. 536-537)

Observa-se que o princípio da autonomia da pessoa jurídica é deveras relevante para o sistema jurídico brasileiro. Provavelmente a falta deste princípio no ordenamento poderia gerar alguma insegurança jurídica, o que inviabilizaria muitos negócios. Pode-se afirmar que seria o ponto principal deste princípio, conforme comenta Fábio Ulhoa Coelho:

A mais relevante consequência dessa conceituação das pessoas jurídicas é sintetizada no princípio da autonomia. As pessoas jurídicas não se confundem com as pessoas que a integram — dizia preceito do antigo Código Civil. Em outros termos, a pessoa jurídica e cada um dos seus membros são sujeitos de direito autônomos, distintos, inconfundíveis. (...) Em razão do princípio da autonomia da pessoa jurídica, é ela mesma parte dos negócios

jurídicos. Faz-se presente à celebração do ato, evidentemente, por meio de uma pessoa física que por ela assina o instrumento. Mas é a pessoa jurídica que está manifestando a vontade, vinculando-se ao contrato, assumindo direitos e contraindo obrigações em virtude do negócio jurídico. (COELHO, 2012, p. 533)

Pode-se afirmar ainda que, em decorrência do princípio da autonomia da pessoa jurídica, é essa pessoa, e não os seus integrantes, que participa dos negócios jurídicos de seu interesse e titulariza os direitos e obrigações decorrentes. Também é ela quem demanda e é demandada em razão de tais direitos e obrigações. Por fim, “é apenas o patrimônio da pessoa jurídica que responde por suas obrigações” (COELHO, 2012, p. 536).

Ao tratar do tema em relação à responsabilidade das pessoas jurídicas, pode-se afirmar que tanto a pessoa jurídica de direito privado como a de direito público, no que se refere à realização de um negócio jurídico dentro dos limites do poder autorizado pela lei, pelo contrato social e feito por seu representante legítimo, é responsável, cumprindo disposição do contrato, respondendo com seus bens pelo inadimplemento contratual, conforme reza o Artigo 389 do Código Civil de 2002.

De acordo com entendimento de Maria Helena Diniz, à luz da Constituição Federal de 1988, no seu Artigo 173, parágrafo 5º:

a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra economia popular. (DINIZ, 2018, p. 321)

Não obstante, essa autonomia não é totalmente ilimitada, pois existem restrições que particularizam a autonomia da pessoa jurídica. Pode-se dar uma maior ênfase dado que às limitações dessa autonomia estão relacionadas à responsabilidade civil da pessoa jurídica.

Antes do CPC/2015, parte da doutrina considerava indispensável a propositura de ação própria para que as responsabilidades da pessoa jurídica fossem atribuídas aos sócios. Para Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, “o juiz não poderia desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores”. (COELHO, 2012, p. 54)

Cristiano Chaves de Faria (2015), no entanto, entendia ser possível, mesmo através de um incidente instaurado no processo de execução, que a desconsideração da personalidade jurídica poderia incidir sobre o patrimônio dos sócios, de forma a permitir a execução do patrimônio.

Faria (2015), conforme consta na 18ª Edição do Curso Didático de Direito Processual Civil, também entendia que o tal patrimônio, por obrigação contraída pela pessoa jurídica, não poderia ser atingido sem que antes fosse proferida sentença em ação própria, sob pena de ofensa à coisa julgada.

O novo CPC/2015, seguindo o entendimento jurisprudencial, criou um capítulo específico para tratar do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, Título III, Capítulo IV, elencando-o como uma nova modalidade de intervenção de terceiros e pacificando a desnecessidade da propositura de ação judicial própria para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O Artigo 133 do CPC/15 reza que o incidente da desconsideração será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, sempre que lhe couber intervir no processo.

Como se vê, não há possibilidade de atuação jurisdicional sem o requerimento da parte ou do Ministério Público, ou seja, é vedado ao juiz, de ofício, determinar a inclusão do sócio ou do administrador no polo passivo da demanda, para fins de desconsideração da personalidade jurídica.

Isto posto, o Artigo 133 do CPC/2015 está em consonância com o Artigo 50 do Código Civil, que também prevê o expresse requerimento do interessado ou do Ministério Público, não se podendo cogitar de atuação ex-officio. O Ministério Público só pode requerer a instauração do incidente nas causas em que atuar, seja como parte, ou como fiscal da lei, de acordo ao que determina o Art. 178 do CC/2002.

Para que seja desconsiderada a personalidade jurídica, faz-se necessário o atendimento aos pressupostos do Art. 50 do CC/2002 ou do Artigo 28 do CDC/90, quais sejam:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de

administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Brasil, Lei 10.406/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 13/10/2019)

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (Brasil, Lei 8.078/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em 29/03/2020)

Logo, como se verifica da leitura dos dispositivos mencionados, para a desconsideração prevista no Código Civil o juiz não pode agir de ofício, sendo necessário o requerimento da parte ou do Ministério Público. Contudo, para a desconsideração do Código de Defesa do Consumidor o juiz está legitimado a agir de ofício.

2.4 Desconsideração Pós CPC/15.

O CPC/2015 veio resolver a questão do procedimento, ajudando a solucionar as situações que envolvesse uma farta fraude contra credores, compelindo os sócios a serem honestos nas relações jurídicas, sob o risco de serem alvos de uma desconsideração e ter seu patrimônio pessoal atingido. Verifica-se, então, que houve uma procedimentalização do incidente processual, passando a ser aplicável em qualquer fase do processo e com garantia do direito de defesa.

Com a procedimentalização o instituto ficou mais encorpado, mais determinado na medida que contribuía para que todos os sócios cumprissem com as suas obrigações.

Ao realizar a análise das melhorias e implementações que o CPC/2015 trouxe no tocante à desconsideração da personalidade jurídica, cabe destacar que este trouxe procedimentos a fim de que seus sócios e/ou administradores da empresa não tivessem restrições em seus bens e direitos sem o devido processo legal.

Para Fernandes (2018) os sócios não respondem pelas obrigações da empresa, já que esta goza de personalidade distinta. Porém, em casos excepcionais e regulamentados pelo Código Civil tem-se a possibilidade da extensão das obrigações

assumidas pela pessoa jurídica aos bens particulares dos administradores ou dos sócios por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

Conforme preceitua o Artigo 50 do Código Civil, para que haja a desconsideração da personalidade jurídica deve haver abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. (ANDRADE, 2019)

Deste modo, o Artigo 133 e seguintes do CPC/15 criou um incidente para a desconsideração de personalidade jurídica e fixou processualmente a desconsideração inversa, isto é, a pessoa jurídica passa a responder por obrigações que não lhes são originárias, mas sim de seus sócios ou administrador, servindo o patrimônio da pessoa jurídica para cumprir a obrigação do sócio devedor.

Em suma, sem a demonstração inequívoca do desvio de finalidade e/ou da confusão patrimonial, não há permissão legal para que seja instaurado o incidente processual, mesmo que haja pressuposto de insolvência no caso concreto.

Isso posto, o incidente da desconsideração, segue os Princípios Constitucionais e concede ao sócio ou administrador que seja ouvido em 15 (quinze) dias, garantindo maior efetividade a economia e celeridade processual.

3 DA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 50 PELA NOVA LEI.

A redação do Artigo 50 do Código Civil, trazida pelo Artigo 7º da Lei da Liberdade Econômica, passou a contar com maior conteúdo normativo, nos seguintes termos:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - Cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - Transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações,

exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

(BRASIL, Lei 13.874/2019. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-

2022/2019/lei/L13874.htm> Acesso em 12/10/2019)

Faz-se relevante pontuar que o caput trazido pela nova redação prevê a necessidade de um nexos causal entre o abuso da personalidade jurídica (causado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial) e o benefício auferido pelos sócios ou administradores da sociedade, sem o qual não há que se falar na desconsideração da personalidade jurídica.

A inserção dos parágrafos primeiro e segundo ao artigo 50 visou delimitar o conteúdo normativo das expressões "desvio de finalidade" e "confusão patrimonial", bem como fornece uma base contextual à interpretação e aplicação do instituto. Segundo o princípio refletido na nova redação, o "desvio de finalidade" passou a ser a instrumentalização da pessoa jurídica para lesar credores e viabilizar a prática de atos ilícitos.

3.1 A questão hermenêutica da alteração do artigo 50.

Depois de inúmeros debates, foi sancionada no Congresso Nacional, no dia 20 de setembro de 2019, a Lei 13.874/19, denominada como “Lei da Liberdade Econômica”, que teve sua origem na MP 881, de 30 de abril de 2019, e que entraria em vigor 90 (noventa) dias após a sua promulgação.

A Lei 13.874/19, em seu Artigo 50, parágrafo 1º, do Código Civil de 2002, para os fins do disposto no referido artigo, refere-se ao desvio de finalidade, qual seja a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e/ou para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. O referido parágrafo conceituou tal desvio, nos seguintes termos:

Art. 50, § 1º, CC. Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é

a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Medida Provisória Nº 881/2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm> Acesso em 13/10/2019)

A versão atual, consagrada pela referida lei, retirou a exigência trazida pela MP que destacava a “utilização dolosa da pessoa jurídica” para sua caracterização, mas deixou uma brecha interpretativa que pode prejudicar a garantia do direito pretendido. A remoção do dolo específico moldou a teoria objetiva?

O parágrafo primeiro da nova redação do artigo 50 inaugura questões relevantes do ponto de vista hermenêutico, de técnica jurídica, de produção de provas no processo e, acima de tudo, de efetividade do direito. Neste sentido, segue a proposição atual da lei e, na sequência, as questões:

Art. 50, § 1º : Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Brasil, Lei 10.406/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 13/10/2019)

Ao destacar que deve haver “propósito”, a lei estaria se referindo à intenção? Se a questão proposta for apenas uma gafe técnica jurídica, ou seja, retirou-se da MP o termo “dolo”, mas deixou-se outra palavra que remete a intenção, quando se queria dizer que na verdade o que vale é que haja a fraude, talvez não houvesse nenhum debate a ser traçado.

Mas, e se o legislador apenas retirou uma repetição, já que somou no texto da MP os termos “dolosamente” e “com o propósito de”, querendo que de fato se prove a existência deste propósito? Ou seja, a mera lesão dos credores, mediante o uso da personalidade jurídica, não é suficiente para caracterizar desvio de finalidade? Na mesma linha, a mera prática de atos ilícitos também não seria um desvio, se não caracterizada a intenção de fraudar?

Neste sentido, em relação à produção de provas no processo, deverá o requerente da desconsideração da personalidade jurídica provar que o sócio tinha intenção de fraudar? do ponto de vista da materialidade do direito, é fácil se provar intenção e alcançar o direito pretendido?

Prova diabólica, “aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida”, tem o efeito de prejudicar o alcance do direito. Provar-se intenção é o mesmo que estar diante de uma prova diabólica.

É nesta medida que o aspecto hermenêutico se faz relevante, caso não haja uma modificação do texto legal. Sem se adentrar a toda a crítica possível à hermenêutica jurídica e todos os poderes que ela pode (não deveria) ceder ao magistrado, bem como diante da noção da perigosa pergunta “o que quis dizer o legislador”? caberá aos doutrinadores e juristas brasileiros deliberarem sobre qual será o contorno dado ao parágrafo primeiro e a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discutido, a pessoa jurídica foi criada pelo Direito tendo como premissa favorecer o exercício de atividades econômicas, no entanto, em várias situações ela é utilizada com a intenção de prejudicar terceiros para obter vantagem ilícita ou indevida.

Objetivando impedir determinados excessos ou abusos, decorrentes da proteção concedida às pessoas jurídicas, o ordenamento jurídico criou normas que limitam em determinadas situações os efeitos da personalidade jurídica.

O abuso da personalidade como o próprio aludido artigo dispõe é caracterizado pelo desvio de finalidade e confusão patrimonial, o primeiro, diz respeito ao desvirtuamento do objeto social, para se perseguirem fins não previstos contratualmente ou proibidos por lei, e o segundo, se refere a atuação do sócio ou administrador, que confundiu-se com o funcionamento da própria sociedade, não se podendo identificar a separação patrimonial entre ambos.

Verifica-se que a personalidade jurídica não é absoluta, sendo considerada como um direito relativo, pois, havendo o desvio de função da pessoa jurídica, o juiz pode derrubar a separação entre a sociedade e seus membros através do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, merece destaque a questão hermenêutica que, diante das dúvidas deixadas pelo texto legal, terão que ser interpretadas pelo magistrado, se não houver

uma modificação da própria lei, elucidando o desejo do legislador no quesito “intenção”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rafael. **MP 881 e a nova disciplina do desvio de finalidade no Código Civil**. 19.Set.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-19/opiniao-disciplina-desvio-finalidade-codigo-civil>> Acesso em 23/10/2019.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002** - Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 13/10/2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em 29/03/2020.

BRASIL. **LEI Nº 13.874, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019** – Lei de Liberdade Econômica de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm> Acesso em 12/10/2019.

BRASIL. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 881, DE 30 DE ABRIL DE 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm> Acesso em 13/10/2019.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015** – Novo Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 12/10/2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Volume 1. Editora Saraiva, 5ª Edição, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. V. II. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, págs. 284-286.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2, p. 60.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Teoria Geral do Direito Civil, 35ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

FARIA, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: teoria geral**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERNANDES, Joyce Barrozo. **A desconsideração da personalidade jurídica no CPC/15**. Revista Migalhas, ISSN 1983-392X, 05.Jul.2018. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/283119/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-cpc-15>> Acesso em 26/12/2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral 14^a ed. – São Paulo, 2016.

STOLZE, Pablo. **A Lei n. 13.874/2019 (liberdade econômica) a desconsideração da personalidade jurídica e a vigência do novo diploma**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, N° 5.927, 23. Set. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76698/a-lei-n-13-874-2019-liberdade-economica>> Acesso em: 20/12/2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7^a Ed. São Paulo: Gen, 2017, pág. 179.

COMO CITAR ESTE ARTIGO (dados a serem preenchidos pela equipe editorial)

SOBRENOME, Nome; SOBRENOME, Nome. Título do artigo. In: **Revista Eletrônica Norte Mineira de Direito – Erga Omnes, Guanambi**, Guanambi, v. 1, n. 1, p. xx-xx, 2019. Disponível em: [xxxxxxx](#). Acesso em

**UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SUA
PRESENÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

AN ANALYSIS ON THE ENEMY'S CRIMINAL LAW AND ITS PRESENCE IN THE
BRAZILIAN LEGAL ORDER

Fábio da Silva Gomes

Faculdade Verde Norte - FAVENORTE

fabio.s.gome@gmail.com

lattes.cnpq.br/0788994821335537

Gean Carlos Antunes Tolentino

Faculdade Verde Norte - FAVENORTE

geanmg@gmail.com

lattes.cnpq.br/5446786184184295

Caroline Mesquita Antunes

Faculdade Verde Norte - FAVENORTE

carolmesquita2@hotmail.com

lattes.cnpq.br/3330008702423867

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a Teoria do Direito Penal do Inimigo caracterizando seus principais elementos, e demonstrar sua existência nas leis penais brasileiras. Foi desenvolvido através da metodologia de pesquisa bibliográfica, documental e qualitativa com buscas através de livros, artigos científicos, dissertações, teses e na legislação nacional acerca dos assuntos aqui expostos. O Direito Penal do Inimigo é uma teoria proposta por Gunther Jakobs. Tal teoria apresenta a possibilidade de se fazer uma distinção dentro do ordenamento jurídico entre pessoas que, ao cometerem crimes, poderão ser penalizadas de maneiras diferentes. Isso ocorre porque, de um lado estarão aqueles sujeitos que são considerados cidadãos, e do outro, estarão os que, por não apresentarem uma segurança comportamental que se espera encontrar em quem aceita obedecer às normas e se submete a um contrato social, passarão a ser consideradas inimigas. Segundo Jakobs, tais indivíduos continuarão a oferecer riscos para as demais pessoas e à sociedade como um todo, o que é demonstrado pela natureza do delito, grau de periculosidade e princípios. Essas pessoas são vistas em uma condição de oposição ao sistema normativo vigente, tornando-se inimigas do Estado. Porém, é necessário compreender melhor quem são os inimigos dentro do conceito teorizado por Jakobs, e entender por que desse conceito, apesar de ser tão criticado por maioria dos doutrinadores, torna-se tão evidente dentro dos ordenamentos jurídicos, como é o caso do sistema normativo brasileiro.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Normas Penais. Cidadão.

ABSTRACT: The central objective of this paper is to analyse the Theory of Criminal Law of Enemy, characterizing the main elements, and showing its existence in Brazilian criminal laws. It was developed through bibliographic, documentary and qualitative research methodology, with searches through books, scientific articles, dissertations, theses and in national legislation about subjects exposed here. The Criminal Law of Enemy is a theory that was proposed by Gunther Jakobs. Such theory presents the possibility of making a distinction within the legal system between people that, committing crimes, may be penalized in different ways. This occurs because, on one hand are those subjects that are considered citizens, and on the other hand, are the ones that, for not presenting a behavioral security that is expected to be found in those who accept to obey the rules and submit to a social contract, will be considered enemies. According to Jakobs, these subjects will continue to offer risks to others and to Society as a whole, which is demonstrated by the nature of the offense, the degree of dangerousness and principles. These people are seen in an opposite condition to the current regulatory system, becoming enemies of the State. However, it is necessary to better understand who are the enemies inside the theorized concept, despite being so criticized by most indoctrinators, it becomes so evident within the legal system, as is the case, the Brazilian regulatory system.

Keywords: The Criminal Law of Enemy. Criminal Laws. Citizen.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo advém de uma teoria criada por Jackobs Gunther, da Alemanha, em 1985. Contudo, não se limita ao território alemão, razão pela qual este trabalho analisará a presença deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

O Direito Penal do Inimigo teorizado por Jakobs está presente no nosso ordenamento jurídico, mesmo que de forma não assumida, mesclado dentro das normas do direito penal? Seria possível sua não existência, tendo em vista a atual conjuntura política e organizacional do Estado em que aspectos sociais e culturais, por exemplo, ainda são tão mal resolvidos?

Esta teoria está presente em institutos do ordenamento jurídico brasileiro, em determinadas proporções. Tal fato tem como consequências um conjunto de fatores que levam a sociedade a, de certa forma, dar-lhe legitimidade.

Dentro desse raciocínio, enquadram-se como “inimigos” aqueles indivíduos que tornam-se indiferentes às regras do Direito Penal. Logo, para estes, tais normas são ignoradas e sem efeito. Portanto, segundo a Teoria do Direito Penal do Inimigo, deverão ser punidos, não como os considerados cidadãos, mas com punições mais severas em que os direitos constitucionais como ampla defesa, proporcionalidade das penas, entre outros, poderão ser

relativizados.

Mas quem é considerado inimigo para a referida teoria?

Inimigos não são os delinquentes que cometem crimes considerados comuns pela sociedade, mesmo que sejam crimes muito reprováveis, nem mesmo aqueles que cometem reincidência criminosa. Inimigos são os que fazem do crime seu modo de vida, aqueles que se envolvem em organizações criminosas e os terroristas, bem como criminosos sexuais e econômicos. Tais criminosos, segundo a ótica da teoria de Jakobs, colocam-se permanentemente num estado de absoluta indiferença em relação ao poder estatal, configurando-se, assim, inimigos do Estado democrático (JAKOBS; MELIÁ, 2018).

Destarte, fica evidente que para a teoria do direito penal do inimigo existem duas figuras distintas de criminosos, de um lado aquela em que o criminoso comete crimes, mas ainda é considerado cidadão, sendo resguardados seus direitos penais e processuais e, por outro lado, aqueles criminosos que perdem essa condição pela posição em que se colocam ao optarem por uma vida em que não mais se submetem ao ordenamento jurídico.

Enquanto os cidadãos que cometem crimes “comuns” são julgados dentro da esfera do direito constitucional, com seus direitos observados e resguardados, os “inimigos” poderão ter penas que ultrapassem os limites constitucionais e até mesmo ser punidos de forma antecipada (LAZARI; RAZABONI, 2017).

Jakobs trouxe alguns conceitos filosóficos já trazidos de filósofos como Thomas Hobbes, para quem o indivíduo que se coloca em oposição ao contrato social, se volta ao primitivo “estado de guerra”, e Immanuel Kant, precisamente seu conceito de penas mais severas para quem se coloca como contrário às normas sociais então vigentes (FONTOURA PINTO, 2007).

Não obstante tais ideais serem divergentes dos conceitos modernos que norteiam as normas penais, onde todos devem ser tratados com igualdade e com todos os direitos individuais garantidos pelos órgãos estatais, no meio da sociedade muitas situações trazem à tona um anseio de efetivação de uma justiça que se amolda aos aspectos trazidos pela teoria de Jakobs. Há situações em que o cidadão não se sente plenamente seguro diante de amostras da ineficácia do poder público em coibir determinados atos criminosos tampouco se conforma com a punição a tais atos.

Por essa razão, a teoria é muito criticada por juristas que defendem um Direito Penal

garantista e igualitário, dentro das normas constitucionais.

Diante de tal realidade, mostra-se relevante o estudo a respeito da teoria de Jakobs, onde se analisará o Direito Penal do Inimigo e sua reverberação nas normas penais brasileiras.

Para a maioria dos autores, o Direito Penal do Inimigo não pode ser acolhido em um Estado Democrático de Direito, pois seu acolhimento resultaria em possíveis resultados extremamente danosos à sociedade, como já ocorrido em sociedades com sistemas autoritários e de segregação, onde algumas minorias foram rotuladas como marginais simplesmente por pertencerem a um grupo étnico diferente dos considerados cidadãos, entre outras formas de distinção/segregação.

A teoria em análise trata-se de fatos que em verdade já se fazem presentes em muitas situações, como demonstraremos. Além disso, é vista por muitos estudiosos das áreas criminais como uma tendência legislativa em nosso ordenamento, tendência existente antes mesmo da teorização de Jakobs através de leis que se enquadram no formato por ele teorizado. Mas o advento de tais normas pode ser explicado por uma resposta estatal à sociedade que se sente insegura com as políticas de segurança pública, que muitas vezes se demonstram ineficientes no combate à criminalidade.

Diante do exposto, fica clara a importância de um estudo aprofundado sobre o tema de maneira a refletirmos sobre o futuro do nosso ordenamento e a preservação dos direitos constitucionais, bem como da segurança social como um todo.

O presente artigo tem como objetivo caracterizar e analisar o instituto Direito Penal do Inimigo, teorizado por Jakobs, no qual apresenta uma diferença entre criminosos pela natureza de seus delitos, sob a observação de um ordenamento jurídico que diz ser garantidor de direitos; definir os principais elementos acerca do instituto teorizado pelo jurista; discutir sobre as possibilidades da existência do Direito Penal do Inimigo, mesmo que de maneira implícita, no direito penal brasileiro; demonstrar que, diante de um cenário de impunidade e de uma aparente ineficiência dos meios empregados para a diminuição da criminalidade e minimização de suas consequências, existe uma relativa aprovação por parte da sociedade brasileira a elementos existentes no Direito Penal do Inimigo; e refletir a teoria do referido direito que se torna tendência no Brasil, país que aos poucos insere um Direito Penal do Inimigo dentro do seu ordenamento jurídico.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Dentre os diversos artigos pesquisados, foram utilizados somente aqueles que continham conteúdos referentes ao assunto “direito penal do inimigo”, onde se faz uma análise do referido instituto em relação ao ordenamento jurídico nacional, buscando sempre demonstrar se o instituto está ou não presente em nosso ordenamento.

Foi utilizado também como critério de seleção dos artigos o período em que foram publicados, sendo utilizados aqueles que foram escritos nos últimos cinco anos.

Procurou-se também trazer para análise, como já mencionado, alguns pontos específicos do ordenamento jurídico nacional em direito penal que apontam evidências da presença do referido instituto teorizado por Jakobs. Pretende-se demonstrar, com isso, sua possível existência - mesmo que de forma implícita – no nosso Direito Penal embora este se direcione ao Estado Democrático de Direito. Outros institutos como a lei de crimes hediondos, a lei de abate, a lei 9.614/98, entre outras que oportunamente serão apresentadas e discutidas.

O ser humano, desde que passou a viver em grupos e a desenvolver modos de vida em diferentes épocas e lugares, desenvolveu situações e limites para que a convivência fosse respeitada e preservada de forma a construir a vida social.

No direito, existem vários ramos, dentre eles o penal, que mantêm o foco de proteger preceitos considerados de suma importância para a convivência em sociedade. Assim, surgem regras e leis impostas pelo Estado, as quais ajudam a regular o convívio.

Beccaria enfatiza que:

o homem sacrifica parte de sua liberdade por interesses pessoais, tendentes a satisfazer suas necessidades, desta forma, a melhor maneira de apaziguar suas necessidades, com segurança, é viver em grupos. Mas para pacificar os conflitos, inerentes ao ser humano, é necessário seguir condições, ou seja, leis, capazes de garantir as tais necessidades (BECCARIA, 2001, p. 10).

Histórico

Inicialmente, faz-se necessário o entendimento histórico do conceito teorizado por Jakobs. Num primeiro momento, em 1985, teria teorizado os conceitos de direito do cidadão e do inimigo, porém, na ocasião, ele ainda não defendia sua aplicação de forma genérica, constituindo-se, portanto, o Direito Penal do Inimigo em uma exceção e não a regra a ser aplicada (PRATES, 2017). Entretanto, uma perspectiva histórica da noção de inimigo do Estado

e da sociedade é necessária para compreendermos a formulação de Jakobs e a posterior defesa da aplicação do Direito Penal do Inimigo em sua teoria.

O filósofo iluminista Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), em quem Jakobs certamente se baseou, diz que aquele que quebrar o contrato social deixará de ser membro do Estado e iniciará um conflito com ele, tornando-se um inimigo susceptível a ser tratado e morto como tal. Já Immanuel Kant (1724-1804) pondera que o sujeito que insiste na ameaça ao Estado e à sociedade, não respeitando a convivência estabelecida sob sua jurisdição, tem que ser considerado inimigo. Johann Gottlieb Fichte (1762-1814) traz que aqueles que abandonam o contrato da sociedade terão seus direitos em totalidade perdidos. E para Thomas Hobbes (1588-1679), nos casos de quebra de confiança do Estado, o sujeito deverá ser julgado como inimigo, não como cidadão.

Jakobs fundamenta sua teoria em ideais de filósofos contratualistas, como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Para todos esses filósofos o Estado se fundamenta em um contrato social em que a partir do momento em que o homem, ao viver em sociedade, aceita dispor-se de parte de sua liberdade para se submeter às leis. Dessa forma, ao cometer o que se considera delito, ele vai contra esse contrato (JAKOBS; MELIÁ, 2018).

Rousseau e Fichte afirmam que qualquer malfeitor que ataque o contrato social, ou seja, atenta contra as normas quando opta por cometer um crime, nesse momento ele deixa de ser considerado cidadão. Porém, para Jakobs, esse entendimento é radical, pois segundo ele o criminoso comum ainda é um cidadão por poder se ajustar às normas do “contrato social”. Caso queira se submeter novamente às normas, deverá ele reparar o mal causado por os seus atos de desobediência, mantendo-se assim dentro do conceito de cidadão, possuidor de direitos fundamentais garantidos pelo Estado.

Jakobs está mais de acordo com os ensinamentos de Hobbes e de Kant. Para Hobbes, o inimigo é o sujeito que pratica ato considerado de alta traição, e Kant entende que todas as pessoas têm o poder de obrigar outra a entrar na constituição cidadã (JAKOBS; MELIÁ, 2018).

Rousseau concebe que o indivíduo sem qualquer restrição e que afronte ao direito social, poderá ser considerado inimigo do Estado e excluído da sociedade. Como afirma Binato Júnior (2007, p. 127):

Para Rosseau a lei é a base do contrato social, sendo a máxima expressão da “vontade geral”. Assim, o delinquente seria aquele que infringe o contrato, rompendo destarte a relação social que o mantinha ligado com os demais, de sorte que, por este motivo, não pode participar de seus benefícios, ou seja, um julgamento de acordo com a lei.

Hobbes prevê que o cidadão tenha uma espécie de submissão ao Estado no que se refere às regras do contrato social, de maneira que o mesmo não possa abalar o Estado na sua auto-organização. Para o filósofo, os considerados delinquentes não devem perder seu status de cidadão por si só, entretanto considera que uma quebra do contrato significa um julgamento como inimigo, não mais como cidadão, devido ao retorno ao estado de natureza que representa uma grande traição ao contrato. Para Hobbes, o estado de natureza regride ao estado de guerra, onde todos são inimigos entre si, perdendo os limites da convivência (JAKOBS, 2012).

Já Kant idealiza que todos são obrigados a estarem sob uma constituição cidadã, caso isso não ocorra, será o indivíduo considerado automaticamente inimigo, posto que não concorde com a convivência regulada pelo Estado, já que torna insegura e danifica a sociedade em questão (JAKOBS, 2012).

Jakobs, ao desenvolver sua teoria, conceitua os elementos que caracterizam o Direito Penal do Inimigo, dividindo-o nas esferas direcionadas ao cidadão e ao “inimigo”, porém se mostrava contrário a aplicação desse sistema. Posteriormente, em 1999, o conceito de Jakobs sofre uma mudança drástica, onde ele teria apresentado a versão definitiva de sua teoria (SILVA, 2016). Em 2003, Jakobs publica *Derecho penal de enemigo*, onde ele passa a defender de fato a existência de tais sistemas, o Direito Penal do cidadão e o do inimigo, de maneira distinta, demonstrando que a presença do Direito Penal do Inimigo é um fato, estando ele presente nos sistemas penais, porém, de forma mesclada, o que para ele é mais perigoso do que se fazer a delimitação dos dois sistemas (JAKOBS; MELIÁ, 2018).

Moraes (2006) explica que Jakobs foi discípulo de Welzel, um grande penalista da atualidade que idealizou o funcionalismo sistêmico que, por sua vez, sustenta-se pela teoria dos sistemas de Luhmann, em que as pessoas existem em função de suas relações sociais. De acordo com o funcionalismo sistêmico, o Direito Penal tem como principal missão a reafirmação da vigência da norma.

Direito Penal do Inimigo no Brasil

No ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, existe a possibilidade de se aceitar a existência de um sistema penal que admita uma distinção de punição para pessoas que cometem crimes, de maneira a aplicar penas com mais ou menos rigor a depender do tipo e causas do ato delitivo?

Essa questão parece ser pacificada ao compararmos a posição da maioria dos doutrinadores e autores tanto brasileiros como estrangeiros, bem como os aplicadores do direito que em seus entendimentos colocam-se contrários à essa ideia. Daremos como exemplo a posição de Manoel Monteiro Guedes Valente, que ao introduzir sua obra *Direito Penal do Inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso* esclarece ser uma utopia acreditar que o Direito Penal do Inimigo possa produzir segurança. Segundo o autor, o que esse conceito pode produzir na verdade é exclusão e alienação social e política (VALENTE, 2016).

Para Sanches (2015), o Direito Penal do Inimigo surge com o intuito de cuidar de maneira própria, o infiel ao sistema, aplicando-lhe, não o direito, como é aplicado ao cidadão, mas sim a punição necessária àqueles que violaram a norma, não tendo como objetivo a proteção de bem jurídicos, mas sim a manutenção da norma (funcionalismo sistêmico), indo em sentido oposto à doutrina brasileira que defende que o Direito Penal serve, primeiramente, para assegurar a proteção do bem jurídico tutelado pela norma (funcionalismo teleológico), e tendo como missão indireta o controle social e a limitação do poder Estatal.

Mas mesmo que alguns doutrinadores e juristas se posicionem contrários ao conceito teorizado pelo doutrinador alemão, para outros escritores e estudiosos no assunto, e mesmos para os que são totalmente contrários a tal conceito, ainda é notável a presença de alguns aspectos nos ordenamentos penais, e em particular na nossa legislação penal, que podem ser apontados como em conformidade às ideias de Jakobs, como será demonstrado adiante.

Portanto, para a maioria dos doutrinadores em matéria penal, a divisão do direito que possibilita a separação de sujeitos em esferas diferentes do mesmo Direito Penal onde, de um lado, estariam aqueles que serão considerados cidadãos com seus direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e, de outro lado, aqueles que poderão ter certos direitos mitigados, na verdade trata-se de algo inadmissível sob o Estado Democrático de Direito.

Como afirma Francisco Munõz Conde, a teoria do Direito Penal do Inimigo precede à obra de Jakobs. Para ele, conceitos de “inimigo da sociedade” se deram em muitos momentos ao longo da história, e já foram de alguma forma colocada por outros autores e filósofos em épocas distintas, com destaque para o período da Segunda Guerra Mundial, quando o extermínio de milhões de pessoas teria se dado, em parte, como consequências de concepções ideológicas semelhantes às do Direito Penal do Inimigo. Isso justifica a repercussão negativa no meio jurídico de teorias que possam se assemelhar de qualquer forma, mesmo que somente

pelo nome – para Conde, “pouco feliz” – à teoria de Jakobs e a ideais filosóficas que resultaram em grandes tragédias ao serem postas em prática (CONDE, 2012).

Mas para entender melhor o conceito do Direito Penal do Inimigo, faz-se necessário antes entender exatamente quem pode ser considerado inimigo e como o Estado pode fazer a distinção entre o cidadão e o inimigo.

Segundo Jakobs, o conceito de inimigo é normativo, ou seja, inimigo é o sujeito que viola a norma, não de maneira esporádica, por algum motivo passageiro, mas sim aquele que recusa a se enquadrar na norma, colocando-se, de fato, como um inimigo do Estado. Dessa forma, percebe-se que não se trata de um conceito político ou religioso, a teoria de Jakobs se refere a um conceito normativo (RABÊLO, 2016).

O conceito de inimigo segundo a teoria de Jakobs está no sujeito que “não apresenta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”. Portanto, o Estado não pode tratá-lo sequer como pessoa, pois do contrário “vulneraria o direito à segurança das demais pessoas” (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 40).

Não apresentar uma segurança cognitiva significa, segundo Jakobs, que o sujeito não se comporta de maneira que se possa esperar dele um reconhecimento do próprio erro, uma vez que para ele é preferível agir de maneira contrária às normas, pois estas não se aplicam dentro do seu entendimento.

Sendo assim, esse sujeito nunca agirá como cidadão, ou até mesmo como pessoa, restando ao Estado dar-lhe o tratamento de inimigo, pois do contrário estaria pondo em perigo as demais pessoas. Tal perspectiva vai de encontro ao pensamento de Hobbes onde quem quebra o contrato é culpado pela guerra e deverá ser punido pelo Estado, sendo este o detentor do poder coercitivo que obriga os homens a cumprir com suas palavras.

Isso posto, temos que o inimigo é o sujeito que se coloca contrário às normas, cometendo atos delituosos que demonstram seu grau de periculosidade. Dessa forma ele quebra o contrato social, mas faz isso de forma consciente, age de maneira deliberada com o fim de lesionar pessoas e afrontar o Estado.

Para Jakobs, o Estado pode proceder de duas formas com os delinquentes: 1) vê-los como pessoas que cometem erros, neste caso são delinquentes que ainda serão considerados cidadãos, pois não se colocam deliberadamente contra as normas do Estado e poderão eles, ainda, retratarem-se pelos atos de delinquência cometidos; ou, do contrário, 2) vê-los como

indivíduos que poderiam destruir o ordenamento jurídico, caso não sofram uma coação pelos seus atos por parte do Estado (JAKOBS; MELIÁ, 2018). Estes últimos são, portanto, os inimigos, que tomando uma postura de não aceitação da norma penal vigente, de maneira consciente se colocam contra o Estado. Por questões de princípios, preferem realizar atos que podem ser considerados hostis como é o caso do terrorista que põe em risco toda a sociedade.

Porém, para muitos autores esse conceito de inimigo é muito abrangente e impreciso, correndo-se o risco de ser utilizado para justificar segregações e muitos atos de extremismos por parte de governos autoritários, como ocorrido no nazismo entre as décadas de trinta e quarenta do século XX (TREVISAN, 2017). Contudo, ante muita controvérsia existente acerca do tema do Direito Penal do Inimigo, é evidente sua presença no nosso ordenamento jurídico. Mesmo os autores que dizem ser inadmissível a implementação de tal conceito na prática, pois resultaria num verdadeiro ataque ao Estado Democrático de Direito, concordam que em muitas leis brasileiras se faz presente conteúdos que são oriundos de concepções compatíveis aos teorizados por Jakobs.

A presença de dispositivos legais que trazem referência à ideais comparados ao Direito Penal do Inimigo parece ser um fenômeno social que demonstra a busca dos grupos sociais por um ordenamento aos moldes dos tradicionais e históricos conceitos contratualistas, que apesar de todos os conflitos de ideais e interesses, ainda estão bem vivos nos Estados modernos.

Adiante, passa-se a expor alguns dos institutos jurídicos que demonstram a presença de aspectos do Direito Penal do Inimigo.

MATERIAIS E MÉTODOS

Lei 8072/90 e a Teoria do Direito Penal do Inimigo

Como primeiro exemplo pode-se citar a Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90, que trata dos crimes que, considerados hediondos, passarão a ser punidos de forma mais severa que outros crimes. Essa lei prevê o início do cumprimento da pena em regime fechado, aumento do prazo de progressão de regime, além de serem insuscetíveis de indulto, graça, anistia e também da fiança.

Muitas vezes considerada inconstitucional por restringir direitos constitucionais. Contudo, durante certo tempo, a Suprema Corte não admitiu a inconstitucionalidade, decisão

que foi mudada com o *habeas corpus* 82.959, no tocante ao parágrafo primeiro do artigo segundo que previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, por ferir o princípio da individualização da pena (NUNES, 2010).

Em que pese muitos considerarem a inconstitucionalidade dessa Norma, e um exemplo claro da aplicação do Direito Penal do Inimigo, a própria Constituição, em seu artigo quinto, o qual é regulamentado pela referida lei no que se refere aos crimes hediondos, já deixa bem claro que a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos serão inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, logo se pode concluir que a própria Constituição, mesmo sendo considerada uma Constituição Garantista, traz em seu texto traços do que seria considerado por muitos como sendo Direito Penal do Inimigo.

O artigo 5º XLVII da CF e a Teoria do Direito Penal do Inimigo

Mesmo que impensável a aplicação do Direito Penal do Inimigo aqui no Brasil, visto que nossa Carta Magna impede alguns tipos penais, assim temos o artigo 5º XLVII, no qual faz vedação à pena de morte, com exceção em caso de guerra, entre outros termos, como também não permitindo que alguém seja privado dos seus bens e liberdades sem um devido processo legal (artigo 5º, LIV).

O *caput* do mesmo garante a igualdade de todos perante a lei, e que ninguém será submetido à tortura, nem ter suas garantias fundamentais violadas. Vale ressaltar que é cláusula pétrea no artigo 60, §4º, da mesma CF (Constituição Federal), que proíbe que surja alguma legislação positivando o Direito Penal do Inimigo no país.

Lei 7565/86

A Lei do Abate, lei 7565/86, veio para regulamentar sobre as aeronaves com caráter hostil e suspeito sobre o território brasileiro, e que transportasse drogas ilícitas. A ideia inicial era de deter tais aeronaves como temos no artigo 303:

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:

- I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;
- II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;
- III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;
- V - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);
- V - para averiguação de ilícito.

A lei 9614/98, inseriu na Lei de Abate medidas para que se derrubassem aeronaves caso estas sobrevoassem de maneira suspeita e/ou hostil. Em 2004 o decreto 5144 definiu as maneiras de se fazer o abate. Logo, o Estado, ao abrir essas exceções se opõe à CF no que se refere às garantias fundamentais, entretanto protegem o bem da coletividade numa possível ameaça à mesma.

Lei 11.343/2006

Outro exemplo da existência do Direito Penal do Inimigo no nosso ordenamento trata-se da Lei de Drogas, a lei 11.343/2006. Como no caso da Lei de Crimes Hediondos, citada anteriormente, na Lei de Drogas também estão presentes algumas restrições às garantias constitucionais, não sendo possível a concessão de anistia, graça e indulto, não se permite o pagamento de fiança.

Ademais, prevê aumento de prazo para a concessão de liberdade provisória e a antecipação da punibilidade, que torna possível, como está presente nos vários verbos da redação do artigo 33 da referida lei, a punição a quem importa, exporta, remete, prepara, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou ainda a quem guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou oferecer, sendo que muitas dessas condutas se tratam de perigo abstrato ou mera conduta (BEZERRA;MEDEIROS, 2015).

O Código Penal Brasileiro

A existência de determinados crimes abstratos e de mera conduta, bem como de atos preparatórios, para alguns doutrinadores, já seria uma demonstração clara da existência do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento.

Como pronunciou o tribunal de justiça de Minas Gerais em recurso em sentido estrito 1.0512.14.002077-1/001 julgado em 2015, tendo como relator o desembargador Alberto

Deodato Neto, “em regra os atos preparatórios são impuníveis salvo quando configurarem por si mesmos infração penal”, demonstrando que em alguns casos, configuram delitos autônomos, fato que justifica a sua tipificação.

O próprio Código Penal em seu artigo 31 diz que o ajuste, a determinação, o auxílio ou instigação, salvo em contrário, não são puníveis, segundo o referido artigo, se o crime não chegar a ser tentado.

Porém, em alguns casos existe a punição dos atos preparatórios de alguns delitos. Nessas situações, os atos preparatórios já configuram um tipo penal autônomo, como por exemplo, o artigo 288 que se refere à associação de três ou mais pessoas para a prática de crimes e o artigo 291, que versa sobre a falsificação de moeda. Ambos os casos se referem a atos preparatórios que por si só se configuram crime, passíveis de punição, mesmo que o objetivo que levou os agentes a praticá-los não chegue a ocorrer no mundo.

Também em alguns crimes de mera conduta percebe-se a punição antecipada do sujeito, podendo ser citado como exemplo o estatuto do desarmamento, a Lei 10.826, que pune o porte de arma de fogo, acessórios ou munição, onde não é necessário que o agente venha a utilizar a arma na prática de algum crime, pois o fato de possuir ou manter sob sua guarda por si só são considerados atos criminosos.

Tais atos preparatórios e crimes de mera conduta são considerados exemplos de aplicação do Direito Penal do Inimigo porque um dos principais elementos caracterizadores desse direito, para a maioria dos críticos, é exatamente a possibilidade de existir uma punição antecipada àqueles sujeitos considerados perigosos, uma punição que não visaria realmente punir a prática de crimes, mas sim os próprios sujeitos que representam perigo à sociedade, antes mesmo de se consumar o crime (VEIGA, 2017).

Seguindo o que foi dito anteriormente, o jurista Jakobs explica que pune-se intenções e preparações dos crimes para que o sujeito não chegue a executar seu pensamento. Isto é, basta o comportamento e a personalidade do agente, caracterizando-se como inimigo, para que haja o tratamento como esse (VEIGA, 2017).

No mesmo sentido, podemos usar como exemplo de aplicação do Direito Penal do Inimigo os crimes de perigo abstrato. Nesses tipos penais, o bem jurídico não chega a sofrer lesão, há apenas a possibilidade de que ela venha a acontecer com a ação do sujeito (BOTTINI,

2011). E essa ação, esse comportamento em si, será considerado ato delituoso passível de punição pelo fato de poder ser um meio utilizado para prática de outro crime.

Diante de tais normas penais que trazem a possibilidade de punição de atos preparatórios, dos crimes de mera conduta e crimes abstratos, percebe-se que há uma antecipação da pena para os sujeitos que os praticam, mesmo não ocorrendo lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito, entendendo-se, portanto, que existe o objetivo de evitar a violação da norma. Tanto a antecipação da pena quanto a proteção da norma em detrimento a proteção do bem jurídico são elementos característicos do Direito Penal do Inimigo que estão presentes no nosso ordenamento.

Lei 13260/16

Outro instituto que poderia ser citado como exemplo de aplicação do Direito Penal do Inimigo por trazer uma antecipação da punição é a Lei 13.260/16. Essa lei define as condutas que são enquadradas como atos terroristas, trazendo no seu artigo segundo a definição de terrorismo, em que um ou mais indivíduos por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia ou religião, com o objetivo de provocar terror, expõe a perigo as pessoas e seus patrimônios, bem como a incolumidade pública, sendo punido com a mesma pena aquele que usar ou ameaçar usar os meios que são enquadrados no rol do inciso primeiro do artigo segundo, como aptos a executar a conduta. A pena para tais atos é a mesma pena do homicídio qualificado, mesmo se tratando de crimes de perigo (ABREU; ABREU, 2016).

O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo

Há também vários posicionamentos sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, Lei 10792/03 que alterou a LEP e o CPP. Alguns doutrinadores se opõem ao RDD, pois consideram-no uma violação aos princípios constitucionais.

Segundo Moreira (2006), manter um sujeito por um longo período encarcerado, visto que o sistema prisional brasileiro não oferece condições de ressocialização adequadas, nada mais faz que degradar ainda mais o indivíduo e tirar as esperanças de mudanças.

Seguindo essa linha garantista, na qual a doutrina defende que o RDD é inconstitucional, Silva e Silva Neto (2015) colocam no centro das atenções as precárias condições nas quais se cumpre as penas e as medidas de segurança, muitas vezes desumanas e com lotação acima do máximo, o que considera cruel.

Entretanto, na oposição dessa linha de raciocínio, existem doutrinadores defendendo o RDD, e tratam-no como necessidade. Magalhães (2007) mostra que a ressocialização no Brasil é ilusória, e que a garantia dos direitos dos condenados não podem ser maiores que o direito da sociedade em geral, visando o julgamento de acordo com sua gravidade.

Todos os institutos que foram mencionados são exemplos de que aquilo que é entendido como Direito Penal do Inimigo está realmente presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Na verdade, como ensina Moraes (2006), Jakobs veio demonstrar com sua teoria que aquilo que foi por ele chamado de Direito Penal do Inimigo, de maneira intencional, já estava presente no ordenamento. E percebe-se que não estava somente presente no ordenamento jurídico alemão, e sim em todo o mundo, e como demonstrado, no Brasil.

Moraes (2018) também ensina que toda a legislação com características da chamada terceira velocidade do direito, ou seja, o Direito Penal do Inimigo foi criado com o objetivo de atender à demanda de combate à criminalidade organizada e transnacional, o que altera a concepção dos tipos penais e os meios processuais necessários para a persecução.

Segundo afirma Moraes (2018), todas essas mudanças são resultado de um processo que envolve toda a sociedade, pois vivemos na atualidade uma realidade muito diferente de tempos atrás, quando outros meios de controle social tinham mais efetividade sobre as pessoas, e dessa forma os meios clássicos de se criar normas penais e os meios de execução de tais normas eram de igual modo mais efetivos.

Porém, nos tempos atuais com a globalização, aqueles antigos meios de controle social, as instituições e as próprias normas, já não mais surtem os mesmos efeitos. Daí surge o chamado Direito Penal de Emergência para atender a uma demanda social, com normas que se enquadram na teoria do Direito Penal do Inimigo.

As velocidades do Direito Penal

Faz-se necessário esclarecer que no Direito Penal foram criados pelo espanhol Jesús-María Silva Sánchez as “velocidades do Direito Penal”. O conteúdo desses institutos faz com que tenhamos a sensação que o Direito Penal tenha várias disparidades, separados de acordo com sua forma (MELIÁ, 2012).

Silva Sánchez presume que existem dois blocos, um que trata das penas de prisão e outro que traduz os gêneros divergentes das sanções penais (MASSON, 2010).

A primeira velocidade tem como característica base a observação das garantias constitucionais. Ou seja, busca sempre garantir os direitos fundamentais da pessoa para o crescimento pessoal, como a vida e a liberdade, por exemplo, optando pela pena privativa de liberdade como última opção (NOGUEIRA, 2017).

Seguindo as velocidades do Direito Penal, a segunda velocidade se caracteriza por não ter o cárcere, mas sim penas alternativas de prisão. Silva Sánchez mostra que se busca:

Por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade, como mal menor, dadas as circunstâncias, para as infrações nas quais têm se flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente, penas de prisão de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade (SANCHEZ, 1999, p. 142-3).

Logo se percebe que a segunda velocidade seria então pequenas infrações nas quais, ao se aplicar penas alternativas, são flexibilizadas as regras e princípios de acordo as gravidades das infrações.

Alexandre Rocha de Almeida de Moraes, a respeito da primeira e segunda velocidades, observa que:

A primeira, pautado no modelo liberal-clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios políticos-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade-pecuniárias ou restritivas de direitos (MORAES, 2011, p. 230).

A terceira velocidade do Direito Penal é uma espécie de mistura das duas velocidades anteriores. Portanto, trata-se de uma flexibilização de garantias penais e processuais, mas a pena será privativa de liberdade. Aqui se vê o chamado Direito Penal do Inimigo, onde a teoria de Jakobs mostra a flexibilização das garantias e podendo punir inclusive as fases preparatórias do crime (JUNIOR; BAQUEIRO, 2019).

Ainda existe a quarta velocidade, ligada ao Direito Internacional, que no caso os chefes de Estado ferem os tratados internacionais e que atormentam a vida da sociedade global.

Por fim, voltado para o sistema judiciário brasileiro, pode-se perceber que muitas vezes, vislumbrados por uma necessidade de punição e sede de justiça, com fomento da mídia e clamor social, sendo seletivo na hora do julgamento, quase que influenciando nas decisões podendo ser até acima do justo (JUNIOR; BAQUEIRO, 2019).

O presente trabalho tem como base principal a teoria de Gunther Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo. Visa-se demonstrar que o Direito Penal do Inimigo existe, mesmo que implícito nas normas penais globais, e que também se evidencia no ordenamento jurídico brasileiro ao apontar onde pode estar o Direito Penal do considerado inimigo do Estado e da sociedade. A discussão apresentada não esgota o tema, havendo espaço para pesquisas e apontamentos futuros, que irão agregar conhecimento à sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, apesar de muitos exemplos apontados como sendo a aplicação do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento, esse conceito não é bem visto pela maioria dos estudiosos e doutrinadores do Direito, pois, relativizar direitos a todos garantidos, trata-se de algo inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Não obstante a ideia de um Direito Penal do Inimigo ser divergente dos conceitos clássicos que norteiam as normas penais, em que todos devem ser tratados com igualdade e com todos os direitos garantidos pelos órgãos estatais, no meio da sociedade muitas situações trazem à tona um anseio de efetivação de uma justiça que se amolda a aspectos trazidos por essa teoria.

Percebe-se que o cidadão não se sente plenamente seguro diante de amostras da ineficácia do poder público de coibir atos criminosos, tampouco se satisfaz com a punição a tais atos, em especial nos tempos atuais, em que a sociedade se vê em uma realidade onde o crime organizado tem cada vez mais poder, onde novos tipos de crimes passam a existir com meios eletrônicos de comunicação e quando as instituições sociais têm cada vez menos poder de controle, principalmente entre os jovens.

Com a globalização e forte influência das mídias e redes sociais, torna-se cada vez mais possível que haja uma cobrança muito maior por parte da sociedade, o que leva a uma

busca por parte do legislador a atender a essa demanda crescente, onde muitos tipos penais novos são criados e com eles as normas de punição a tais atos.

Como consequência desse processo, diversas leis são editadas, não raras vezes afrontando à própria Constituição. Não obstante, diante da falha dos outros meios de controle social, as normas penais, que deveriam ser a *ultima ratio*, tornam-se, talvez, a primeira opção.

O Direito Penal do Inimigo, portanto, não deve ser visto como um instituto jurídico legítimo a ser introduzido no ordenamento de um Estado, então Jakobs tenta explicar que está implícito nas normas penais, mesmo que de forma sutil, fazendo-se necessário uma delimitação de algo que na prática já acontece.

Jakobs usa uma nomenclatura que na verdade não foi criada por ele e que foi utilizada em outros contextos históricos, motivo pelo qual sua teoria é associada com outros fatos não relacionados com o direito, mas sim com segregação racial e governos totalitários. Porém, o objetivo de Jakobs é demonstrar que essa forma de fazer normas é um fato presente nos ordenamentos, mas as normas que seriam direcionadas aos “inimigos” são as mesmas direcionadas ao cidadão, motivo pelo qual seria melhor que houvesse uma delimitação precisa, e dessa forma uma possível eficiência em punir da maneira correta os delitos de acordo com sua gravidade e garantir a segurança coletiva.

Portanto, o Direito Penal do Inimigo deve ser visto como um conceito teórico que se traduz pela sensação de impunidade existente, não só em nossa sociedade, mas em um contexto global, fazendo com que tal conceito seja de certa forma legitimado pela sociedade e utilizado na elaboração das leis.

De fato, torna-se muito delicada a função do Direito Penal, pois o elemento humano é sua essência e área de atuação, tutela tudo aquilo que mais valor tem para as pessoas e que consequentemente se traduz em sentimentos e anseios de uma sociedade por uma convivência pacífica e harmoniosa, confrontando-se com objetivos e interesses, direitos e deveres pessoais e coletivos.

Logo, torna-se quase impossível um Direito Penal que possa realmente atender às expectativas de todos os ramos da sociedade, que resolva todas as suas demandas e satisfaça todos os interesses da coletividade. Para Zaffaroni (2017)¹, o Direito Penal tem como função

¹ RAÚL Zaffaroni, jurista argentino: “Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo”. **Consultor Jurídico**, 03 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-03/raul-zaffaroni-jurista-argentino-funcao-do-direito-penal-e-limi#:~:text=2017%20Entrevistas%20Hist%C3%B3ricas-Ra%C3%BAI%20Zaffaroni%2C%20jurista%20argentino%3A%20%22Fun%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20Penal,%C3%A9%20limitar%20o%20poder%20punitivo%22&text=%22A%20fun%C3%A7%C3%A3o>

atenuar o poder punitivo, segundo ele, é o um fato político, em que quem executa são as nomeadas agências policiais.

Todavia, faz-se necessário a busca do aprimoramento desse instrumento, pois, diante de toda a complexidade de fatos e entendimentos, e da atual ineficácia da atuação de outras instituições que deveriam funcionar como formadoras de princípios e controle social, o Direito Penal torna-se um ponto de delimitação entre o direito e o dever do ser humano perante a sociedade, possibilitando, assim, a ação do Estado de maneira a coibir os atos de beligerância que decorrem do convívio social.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ana Claudia da Silva; ABREU, Guilherme Schroeder. Terrorismo X Princípio da Legalidade: Os Reflexos do Direito Penal do Inimigo na Lei 13.260/16. *Revista Criminologia e Políticas Criminais*. Curitiba, v 2, n 2, pg. 226-246, 07 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/1473>. Acesso em: 08 mai. 2020.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martim Clarets, 2001.

BEZERRA, Fellipe de Carvalho Xavier Bezerra; MEDEIROS, Raquel Souza da Costa. *Aplicação do Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Pátrio* (parte II). Disponível em: <https://carvalhoecorreiaadv.jusbrasil.com.br/artigos/215919453/aplicacao-do-direito-penal-do-inimigo-no-ordenamento-juridico-patrio-parte-ii>. Acesso em: 09 abr. 2020.

BINATO JUNIOR, Otávio. *Do estado social ao estado Penal: o Direito Penal do Inimigo como novo Parâmetro de Racionalidade Punitiva*. 2007. 197f. Dissertação (mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007. Disponível em: http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cp047039.pdf. Acesso em: 17 mai. 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crime de perigo abstrato*. Disponível em: <http://www.btadvogados.com.br/pt/artigo/crime-de-perigo-abstrato/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União* Brasília-DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. Lei 7565, de 19 de Dezembro de 1986, Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em:

[%20do%20Direito%20Penal.Judici%C3%A1rio%20limitar%20o%20poder%20punitivo](#). Acesso em: 06 jun./2020.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.565%2C%20DE%2019%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201986.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20C%C3%B3digo%20Brasileiro%20de%20Aeron%C3%A1utica.&text=Art.,C%C3%B3digo%20e%20pela%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20complementar. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL Lei 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1 Brasília, DF, v 3, 118º, p.2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 25 de julho de 1990. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8072-25-julho-1990-372192-norma-1990-372192-norma-pl.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8072-25-julho-1990-372192-norma-1990-372192-norma-1990-372192-norma-pl.html). Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. Lei 9614, de 05 de março de 1998. Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 05 de março de 1998. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9614-5-marco-1998-372363-norma-pl.html>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 23 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. Lei 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 18 de março de 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13260-16-marco-2016-782561-norma-pl.html>. Acesso em: 11 abr. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel: Min. Marco Aurélio. Brasília-DF, 23 de Fevereiro de 2006, *Diário da Justiça*, Brasília-DF, 1 de setembro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 04 abr. 2020.

CONDE, Francisco Munõz. *Direito Penal do Inimigo*. 1Ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CUNHA, Rogerio Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 3 Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERREIRA, Antonio. Reflexos do direito penal do inimigo na lei antiterrorismo 13260/2016. *Portal de Trabalhos Acadêmicos*, v.3, n.1, 2019. Disponível em: <https://faculdededamas.edu.br/revistafd/index.php/academico/article/view/1083>. Acesso em: 08 mai. 2020.

GOMES JR, A. J. Moura. *Direito penal do inimigo e o critério da personalidade na garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva*. 2019. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/535>. Acesso em: 05 mai. 2020.

HOBBS, Thomas. *Leviatã* (1651). Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. Acesso em: 05 mai. 2020.

JAKOBS, Gunther. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Noções críticas. 6. Ed, Porto Alegre-RS: Livraria do Advogado Editora, 2018.

LAZARI, J.N; RAZABONI JR, R. B. Análise crítica ao funcionalismo sistêmico-radical e ao direito penal do inimigo. *Revista Direito e Justiça*, v. 17, n. 29, 2017. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2085/1068. Acesso em: 08 mai. 2020.

LEOPOLDINO, Cândida Joelma; LENCINA, Mariana Hazt. A análise da Lei n. 11.343/2006 sob a ótica do direito penal do inimigo. *Ciências Sociais Aplicadas em Revista*, v.17 - n. 33 - 2º sem. 2017 – p. 85 a 102. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/18625>. Acesso em: 08 fev. 2020.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre o regime disciplinar diferenciado. *Revista da SJRJ*, vol. 15, nº 22 – *Direito Penal e Processual Penal*, 2008, p. 191-204. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/breves-notas-sobre-o-regime-disciplinar-diferenciado>. Acesso em: 18 mai. 2020.

MARQUES, F.T; RIBEIRO, H.L. A teoria do direito penal do inimigo: uma análise constitucional e legal à luz da história. *Vertentes do Direito*, vol. 5, n. 1. 2018, p. 213-235. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/4233/13297>. Acesso em: 07 mai. 2020.

MASSON, Cléber. *Direito penal – Parte Geral*. Vol. 1. São Paulo: Método, 2010.

MEDEIROS, Paulo. *Direito penal do inimigo e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54554/direito-penal-do-inimigo-e-sua-aplicacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 08 mai. 2020.

MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). *Direito Penal do inimigo: Noções Críticas*, 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: A terceira velocidade do direito penal*. 1Ed. Curitiba: Juruá, 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime disciplinar diferenciado (RDD): inconstitucionalidade. Jurisprudência comentada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1143, 18 ago. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8817/regimedisciplinar-diferenciado-rdd-inconstitucionalidade>. Acesso em: 18 mai. 2020.

NOGUEIRA, C. B. *O direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro*. 2017. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/328>. Acesso em: 07 mai. 2020.

NUNES, Marilane da Costa. *Aspectos do Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. 2010. 52f. Dissertação (Monografia) – Curso de Pós Graduação em Direito Penal e Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA da Universidade Estadual do Ceará – UECE. Fortaleza, 2010. Disponível em: [http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/aspectos.do.direito.penal.do.inimigo.no.ordenamento.juridico.brasileiro\[2010\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/aspectos.do.direito.penal.do.inimigo.no.ordenamento.juridico.brasileiro[2010].pdf). Acesso em 17 mai. 2020.

PEREIRA, Carvalho. A aplicação do regime disciplinar diferenciado frente aos direitos constitucionais e legais do preso. *Revista EJUD*, v.1. n.1., 2017. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/revistaejud/index.php/escolajudiciariapiaui/article/view/19>. Acesso em: 06 mai.2020.

PRATES, André Guilherme Rovina. *A teoria do direito penal do inimigo e sua influência na legislação brasileira*. 2017. 68 f. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Curso de Direito, Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep, Piracicaba, 2017. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-teoria-direito-penal-inimigo-sua-influencia-na-legislacao-brasileira.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

RABÊLO, Júlio César do Nascimento. *O Direito Penal do Inimigo: Uma Análise Crítica do Expansionismo Penal na Sociedade Contemporânea*. 2016. 95 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Curso de Pós Graduação em Direito. Universidade Tiradentes – UNIT, Aracaju, 2016.

RUBIS, I. L. B.; SOUTO, M. V.; MACÊDO, W. A. S. Análise da teoria do direito penal do inimigo. *Revista Direito e Dialogicidade*, vol. 7, n. 1, 2016. Disponível em: <http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/997/0>. Acesso em: 07 mai. 2020.

SÁNCHEZ, Jesús–Maria Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução penal: novos rumos, novos paradigmas*. Manaus: Editora Aufiero, 2015.

SILVA, Kelly Cardoso. *Direito penal do inimigo: Aspectos jusfilosóficos e normativos*. Jundiaí-SP: Paco Editorial, 2016.

TJ-MG. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO: REC1.0512.14.002077-1/001. Relator: DES. ALBERTO DEODATO NETO.16/05/2015. *JusBrasil*, 2015. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202435245/rec-em-sentido-estrito-10512140020771001-mg>. Acesso em: 18 out. 2020.

TREVISAN, Lucas Mendonça. *Direito Penal do Inimigo: Uma análise à Teoria de Gunther Jakobs*, 2017, 16 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Curso de Direito. Pontifícia Universidade Católica, Paraná, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59598/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 15 abr. 2020.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o Progresso ao Retrocesso*. 2 Ed. São Paulo: Almedina, 2016.

VEIGA, Edvaldo dos santos. *O direito penal do inimigo: suas influências no ordenamento jurídico brasileiro e a revelação do verdadeiro inimigo*. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>. Acesso em: 18 abr. 2020.