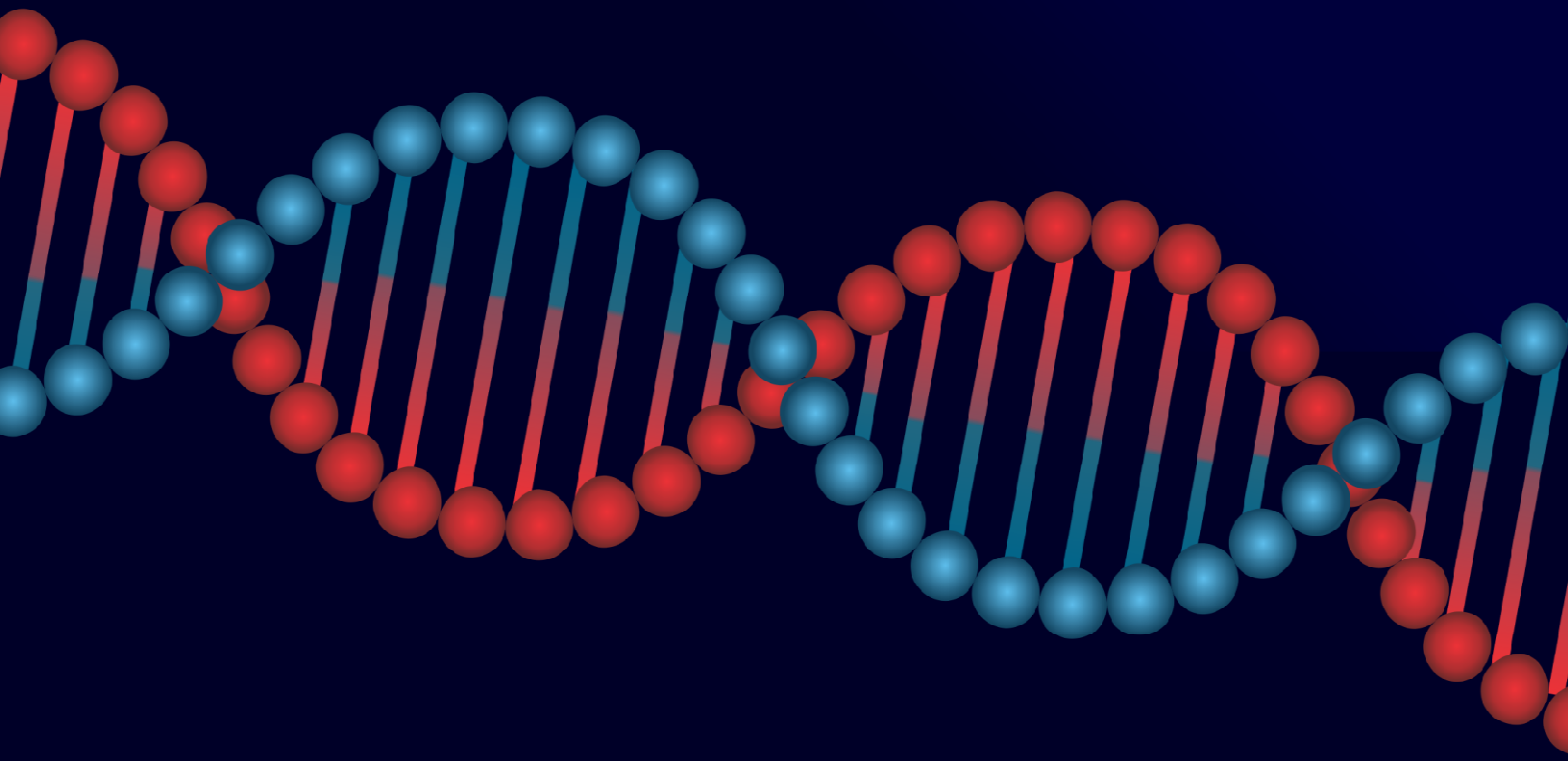
Emetério Silva de Oliveira Neto
Jahyra Helena Pequeno dos Santos
Sarah Carneiro Araújo Fermanian
(Organizadores)

DIREITO E COVID 19:
OS REFLEXOS DA PANDEMIA NAS QUESTÕES JURÍDICAS



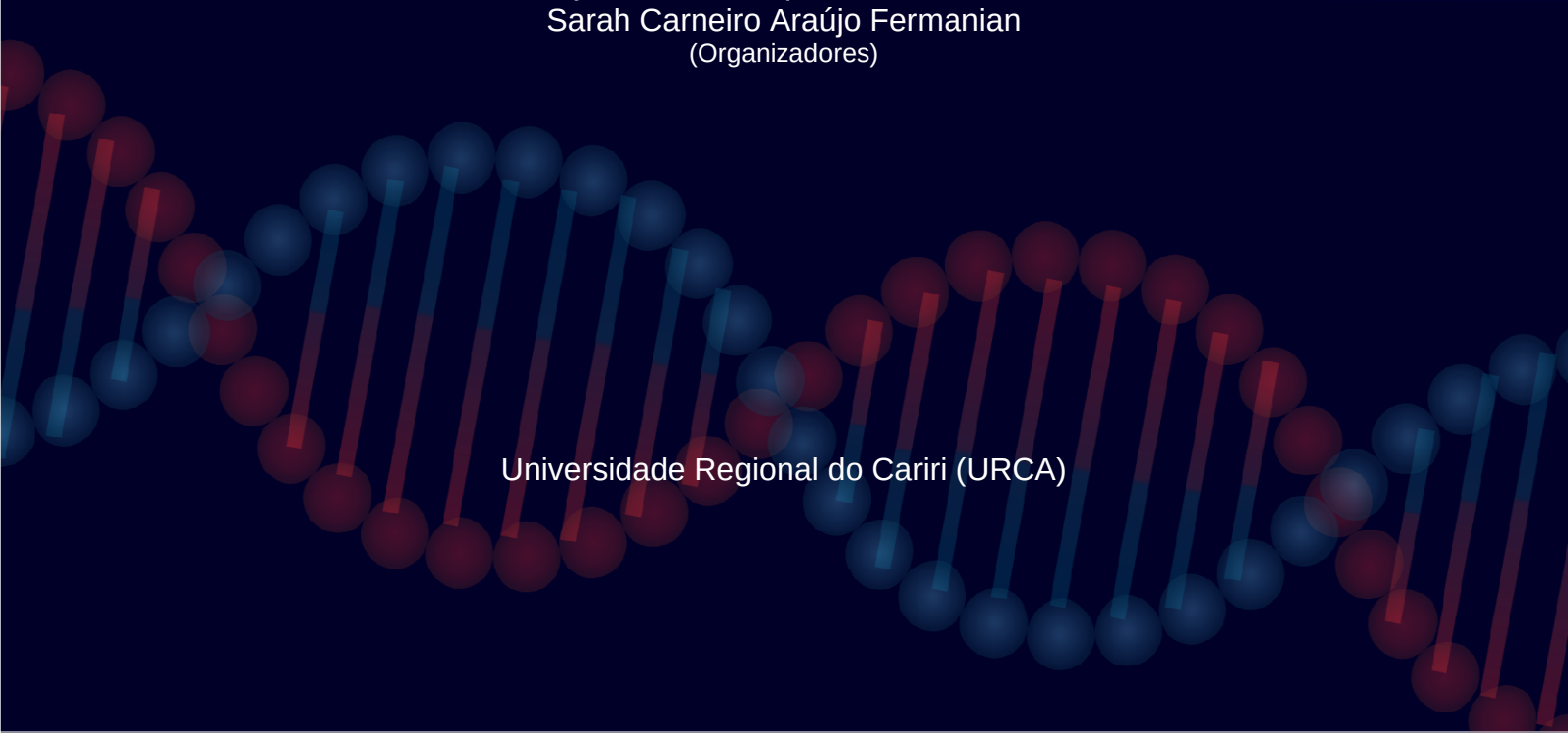
Ensaios dos Conferencistas e artigos científicos do IV Congresso Nacional de Direito e da XI Semana de Direito da URCA (*Campus* de Iguatu)

Univerisdade Regional do Cariri
Campus de Iguatu

DIREITO E COVID-19: OS REFLEXOS DA PANDEMIA NAS QUESTÕES JURÍDICAS

Ensaios dos Conferencistas e artigos científicos do IV Congresso Nacional de Direito e da XI Semana de Direito da URCA (*Campus* de Iguatu)

Emetério Silva de Oliveira Neto
Jahyra Helena Pequenos dos Santos
Sarah Carneiro Araújo Fermanian
(Organizadores)



Universidade Regional do Cariri (URCA)

PRESIDENTE DA COMISSÃO ORGANIZADORA

PROFA. ME. SARAH CARNEIRO ARAÚJO FERMANIAN

MEMBROS DA COMISSÃO ORGANIZADORA

PROF. ESP. ANDERSSON BELÉM ALEXANDRE FERREIRA
PROFA. ESP. EMANUELLE DE CASTRO MOREIRA
PROF. DR. EMETÉRIO SILVA DE OLIVEIRA NETO
PROF. ME. FERNANDO ANTÔNIO CASTELO BRANCO SALES JUNIOR
PROF. ESP. FERNANDO MENEZES LIMA
PROF. ME. ISYDÓRIO ALVES DONATO
PROFA. ME. JAHYRA HELENA PEQUENO DOS SANTOS
PROF. ME. JOSÉ IVO FERREIRA DE SOUZA
PROF. ESP. MATHEUS LÔBO CAVALCANTE
PROF. ME. RAMIRO FERREIRA DE FREITAS

MONITORES (GRADUANDOS DA URCA)

ADSON SANTANA LIMA
ANTÔNIO GÉSSIO FERREIRA DE LIMA
ANTÔNIO ISAÍAS PINHEIRO
ANTÔNIO SIDNEY DA SILVA
ISABELA DE SOUZA GUIMARÃES
JANDSON BEZERRA DE SOUSA
LARISSA RAIELLY JERÔNIMO FÉLIX
VANIELLI DE ARAÚJO BATISTA
WILLIAN MATHEUS GONÇALVES AGOSTINHO

APOIO

CENTRO ACADÊMICO
DEPARTAMENTO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DA URCA

COMISSÃO DE PALESTRANTES

ANDERSSON BELÉM ALEXANDRE FERREIRA
EMANUELLE DE CASTRO MOREIRA
EMETÉRIO SILVA DE OLIVEIRA NETO
FERNANDO ANTONIO CASTELO BRANCO SALES JUNIOR
FERNANDO MENEZES LIMA
SARAH CARNEIRO ARAÚJO FERMANIAN

COMISSÃO CIENTÍFICA

EMETÉRIO SILVA DE OLIVEIRA NETO
JAHYRA HELENA PEQUENO DOS SANTOS
MATHEUS LÔBO CAVALCANTE
RAMIRO FERREIRA DE FREITAS

COMISSÃO DE DIVULGAÇÃO E LOGÍSTICA

ELISÂNGELA SANTOS
ISYDÓRIO ALVES DONATO
JOSÉ IVO FERREIRA DE SOUZA

SARAH CARNEIRO ARAÚJO FERMANIAN

COMISSÃO TECNOLÓGICA

ISYDÓRIO ALVES DONATO
SARAH CARNEIRO ARAÚJO FERMANIAN

COMISSÃO DE CERTIFICAÇÃO

PROFESSORES:
FERNANDO MENEZES LIMA
RAMIRO FERREIRA DE FREITAS
SARAH CARNEIRO ARAÚJO FERMANIAN

MONITORES:
ADSON SANTANA LIMA
ANTÔNIO SIDNEY DA SILVA
JANDSON BEZERRA DE SOUSA
VANIELLI DE ARAÚJO BATISTA
WILLIAN MATHEUS GONÇALVES AGOSTINHO

DTI URCA:
ANAMARINA SARAIVA DE LEMOS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito e COVID-19 [livro eletrônico] : os reflexos da pandemia nas questões jurídicas / Emetério Silva de Oliveira Neto, Jahyra Helena Pequenos dos Santos, Sarah Carneiro Araújo Fermanian (organizadores). -- Crato, CE: Universidade Regional do Cariri, 2022.
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-87827-16-2

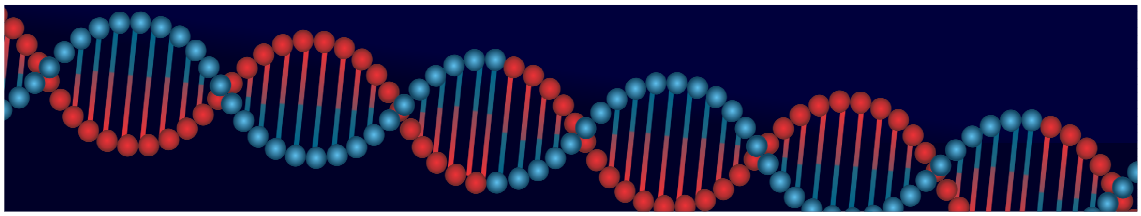
1. COVID-19 - Direito 2. COVID-19 - Pandemia - Aspectos jurídicos I. Oliveira Neto, Emeterio Silva de. II. Santos, Jahyra Helena Pequenos dos. III. Fermanian, Sarah Carneiro Araújo.

22-107325 CDU-34.33:613

Índices para catálogo sistemático:

1. COVID-19 : Pandemia : Direito 34.33:613

Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

PREFÁCIO 11

ENSAIO DOS CONFERENCISTAS

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS MEDIDAS RESTRITIVAS ADOTADAS NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL 2
Glauco Barreira Magalhães Filho
Lília de Sousa Nogueira

A DESORDEM MUNDIAL DO COVID-19 E A REFLEXÃO PARA A GESTÃO DE CONFLITOS COM O USO DE PLATAFORMAS – ODR 16
Celeida Maria Celentano Laporta

A EMENDA CONSTITUCIONAL 96/2017 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA CRUELDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA VAQUEJADA* . 23
Sarah Carneiro Araújo Fermanian

BOA-FÉ OBJETIVA: DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO 38
Andersson Belém Alexandre Ferreira
Gessica Lustosa Alves

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL:POR UMA TEORIA FUNDAMENTAL DO DIREITO DIGITAL 61
Paola Cantarini Guerra
Willis Santiago Guerra Filho

DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA E DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS 82
Francisco Régis Frota Araújo

O ESTADO DE EXCEÇÃO PROVOCADO PELA PANDEMIA OU O VÍRUS DA VERDADE, A DIGITALIZAÇÃO CRESCENTE DA VIDA E A GUERRA CONTRA O MUNDO.* 111
Willis Santiago Guerra Filho

OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS SÃO O MELHOR CAMINHO PARA CONFLITOS GERADOS PELA COVID-19 123
Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme
Alexandre de Castro Barros Pavoletti

TUTELA PROVISÓRIA EM DEMANDAS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE 140
Andrea Bezerra
Hugo de Brito Machado Segundo

ARTIGOS APROVADOS E APRESENTADOS
DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A INFERÊNCIA DO COVID-19 NO REVÉS ECONÔMICO: A CRISE DA SAÚDE PÚBLICA160
Marcelo Soares Mota
Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho

A PANDEMIA DO SARS-COV-2 COMO DISPOSITIVO BIOPOLÍTICO: DIREITO E EXCEÇÃO 171
Tales Araújo Duarte

A TECNOLOGIA DE RECONHECIMENTO FACIAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA: AVANÇOS E DESAFIOS 183
Lucas Nogueira Holanda
Guilherme Otávio de Castro Luciano

CARL SCHMITT E A DEMOCRACIA PARLAMENTAR NA REPÚBLICA DE WEIMAR 195
Antônio Sidney da Silva

COVID-19 E A TRANSIÇÃO PARA O HOME-OFFICE: A REDUÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR E O IMPACTO SOFRIDO PELOS TRABALHADORES 205
Isabela de Souza Guimarães

CRISE E PANDEMIA: BASTARÁ A ÉTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS? 213
David Nicolau Alves de Melo
Maria Thayná Bezerra de Oliveira

DIREITO E LITERATURA: POLÍTICA PÚBLICA DE VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 A PARTIR DA OBRA DE RODOLFO TEÓFILO 225
Roberta Marina Cioatto
Juliana de Sousa Nogueira dos Santos
Camila de Sousa Nogueira

DIREITO: INEFICÁCIA SOCIAL E ANOMIA NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL236
Pedro George Sales Torres

DIREITOS HUMANOS, SAÚDE, E A PANDEMIA DO COVID-19: OS LIMITES DA LIBERDADE INDIVIDUAL FRENTE AO CONTÁGIO DO CORONAVÍRUS 247
Maria Júlia De Oliveira Fernandes
Luana De Andrade Oliveira
Emilly Bezerra Neves

ENTRE LIBERDADE E SAÚDE PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VACINAÇÃO COMPULSÓRIA NA ADI 6.587/DF 259
Raimundo Sérgio Queiroz da Silva
Ramon dos Santos Ferreira
Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva

(IN)DEFERIMENTO DE PEDIDO JUDICIAL DE ACESSO DE PACIENTE, ACOMETIDO POR COVID-19, A LEITO DE UTI: ESTUDO DE CASO DO TJ-CE* 271
Juliana Lucena de Miranda Cavalcante
Roberta Marina Cioatto

MEDIDAS DE PREVENÇÃO À COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL CEARENSE: UMA ANÁLISE DE SEUS RESULTADOS EM MEIO O CONTEXTO PANDÊMICO DOS ANOS 2020/2021 283
Ramon dos Santos Ferreira
Raimundo Sérgio Queiroz da Silva
Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva

NADA NOVO E TAMPOUCO NORMAL: A INSEGURANÇA ALIMENTAR NO NORDESTE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19 295
Bruna Prandi
Eric Ian Oliveira Guimarães

NECROPOLÍTICA NA PANDEMIA DA COVID-19: UM DESCASO SOBRE O DIREITO À SAÚDE 307
António Gessio Ferreira de Lima
Fernando Tavares da Cunha
Lucas Neves e Sousa

O CONFLITO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E O DIREITO Á SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 317
Cícera Fabiana Sousa Cruz
Teófilo Jeremias da Silva Costa

O CRESCIMENTO DO E-COMMERCE NA PANDEMIA DO COVID-19 E O DIREITO DO CONSUMIDOR 327
Thifany Lima Vicente
Hildemberg Lima Palácio
Ana Ligia de Andrade Sousa

O *HOMO SACER* NA PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DAS RELAÇÕES ENTRE CAPITALISMO E ESTADO DE EXCEÇÃO NO CONTEXTO DO COMBATE AO VÍRUS 336
Eric Ian Oliveira Guimarães
Bruna Prandi

OS IMPACTOS DO DIREITO DIGITAL NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA E O ACESSO À JUSTIÇA 349
Tainara Santos de Oliveira

OS LIMITES DO PODER DE POLÍCIA: O DIREITO DE IR E VIR NA PANDEMIA DE COVID-19 361
Teófilo Jeremias da Silva Costa
Cinthia Hellen Soares de Barros

OS REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE MÃO DE OBRA EXCLUSIVA 373
Robson Gomes
Rayane Mourão Cordeiro
Lívia Maria de Lima Santiago

"PASSANDO A BOIADA": O DESMONTE DA POLÍTICA NACIONAL AMBIENTAL EM MEIO À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19) 385
Ediglê da Silva
Sarah Carneiro Araujo Fermanian

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

A PANDEMIA DO COVID-19 E O DIREITO PENAL MÍNIMO: A (DES)INSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE MORTE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO 400
Carlos Thierry de Lima Rabelo
Antonio Isaias Pinheiro

A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19 NO AUMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA À MULHER E A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA 410
Larissa Raielly Jeronimo Felix
Emetério Silva de Oliveira Neto

CIBERCRIMINALIDADE: INCIDÊNCIA DE CONDUTAS VIRTUAIS A PRINCÍPIO CRIMINOSAS NO MUNICÍPIO DE IGUATU-CE DURANTE O PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19 DE JANEIRO DE 2020 A MAIO DE 2021 423
Willian Matheus Gonçalves Agostinho
Vanielli de Araújo Batista
Fernando Menezes Lima

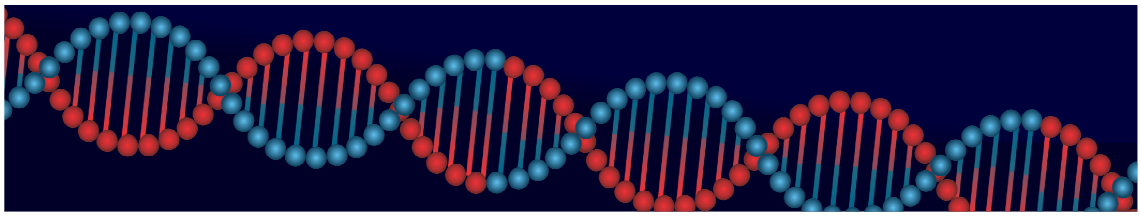
VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19 NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS FATORES PREEXITENTES E AGRAVANTES . 435
Meiriane Oliveira Alves

DIREITO PRIVADO

O AUMENTO DOS DIVÓRCIOS NO BRASIL NO PERÍODO DE DISTANCIAMENTO SOCIAL PELA COVID-19 444
Cinthya de Brito Lima
José Lopes Teixeira Neto
Luis Fernando Alves do Nascimento

O INSTITUTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA APLICADO AOS CONTRATOS DE EXECUÇÃO DIFERIDA E DE TRATO SUCESSIVO 455
José Danilo Souza da Costa
Lailson Alves da Silva
Leandro Barbosa Rolim

TELETRABALHO E DESVALOR DA ATIVIDADE LABORAL NO BRASIL DURANTE A CRISE SANITÁRIA E ECONÔMICA DECORRENTE DA COVID-19 464
Layla Raquel Alves da Silva
Claudemir Brito da Silva
José Sarto Fulgêncio de Lima Filho



APRESENTAÇÃO

O IV Congresso Nacional de Direito e a XI Semana de Direito da URCA tiveram o eixo temático “Direito e COVID-19: os reflexos da pandemia nas questões jurídicas”, título dado a este livro, que reúne os Ensaios dos Conferencistas e os artigos científicos aprovados pela nossa Comissão Científica.

Tais eventos aconteceram em agosto de 2021, por iniciativa do Colegiado de Professores do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (Campus Iguatu/CE), com o fim de refletir sobre as modificações sociais, econômicas, culturais e políticas do País, decorrentes da pandemia do Coronavírus (COVID-19), mediante a promoção de importantes debates sobre a temática e o estímulo da pesquisa científica no meio acadêmico, por meio de Edital Público de Chamada de Artigos.

Houve 628 inscrições gerais e 1.500 inscrições aos minicursos, além de 38 submissões de trabalhos científicos. Os eventos foram gratuitos e virtuais (com transmissão ao vivo pelo Canal da URCA no YouTube), oferecendo aos espectadores 5 painéis de Palestras de Direito Constitucional, Direito Ambiental e Administrativo, Direito Penal e Processual Penal, Direito Tributário e Processual Civil, bem como 15 minicursos.

Na abertura, foi homenageado ("in memoriam") o Professor Ismael Lopes de Araújo, que foi Coordenador do Curso de Direito, e contribuiu, sobremaneira, para a consolidação das ações da URCA/Campus de Iguatu. Na ocasião, foi descerrada placa no Núcleo de Práticas Jurídicas do Curso de Direito da URCA/Iguatu, com o nome do homenageado. A solenidade inaugural foi conduzida pelo Magnífico Reitor, Francisco

do Ó de Lima Júnior, tendo sido proferidas Conferências inaugurais pelos grandes juristas Dr. Willis Santiago Filho e Dra. Flávia Piovesan, e, no encerramento, contamos com as falas do Dr. Willis Santiago Filho e do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Reynaldo Fonseca. Ao final do evento, foram premiados, com Certificação de Honra ao Mérito, os três melhores artigos submetidos à apreciação da Comissão Científica.

Contamos com a colaboração de inúmeros palestrantes e ministrantes da PUC-SP, da Universidade Federal do Ceará, da PUC-Rio e UNIRIO, da Universidade Regional do Cariri, da UFRGS, da ULISBOA/ISCSP, e, ainda, Procuradores do Município, Delegados, Juízes, Defensores Públicos, Assessores Jurídicos e Advogados, que brindaram os eventos com importantes reflexões sobre os múltiplos e multidisciplinares impactos, no plano jurídico, decorrentes da crise sanitária que assola o mundo atualmente.

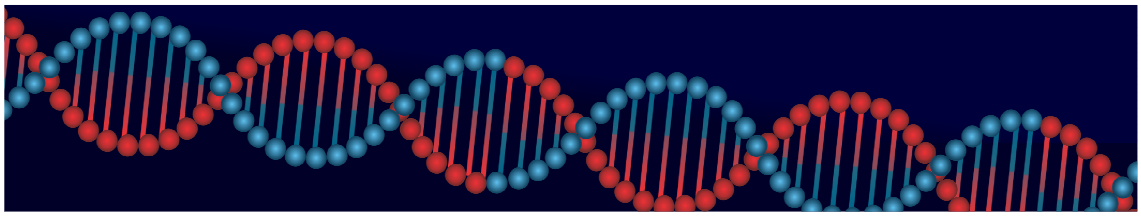
É com grande alegria que, neste momento, apresentamos o presente e-Book, que foi integralmente promovido e financiado pela Universidade Regional do Cariri, a quem externamos nossa gratidão, por meio das pessoas do Reitor e do Vice-Reitor, os quais não pouparam esforços em apoiar a publicação desta coletânea, na certeza da relevância deste livro para a comunidade acadêmica, e dos projetos de extensão e pesquisa da nossa Instituição.

Externamos, ademais, a nossa gratidão a todos aqueles que colaboraram e trabalharam exaustivamente para a realização de sucesso do IV Congresso Nacional de Direito e da XI Semana de Direito da URCA – Campus do Iguatu/CE e desta publicação.

Esperamos que se deleitem com a agradável e relevante leitura desta obra.

Iguatu-CE, em 01 de fevereiro de 2022.

Profa. Me. Sarah Carneiro Araújo Fermanian
(Presidente da Comissão Organizadora e
Coordenadora do Curso de Direito/URCA - *Campus* de Iguatu)



PREFÁCIO

Nesta obra coletiva procura-se discutir o direito durante e pós-pandemia. Como elemento do mundo da cultura, o direito se acha permeado das relações humanas, se constituindo, nesse sentido, a partir de múltiplas facetas. Com esta perspectiva, procura-se lidar com o novo que inexoravelmente chega ao direito.

No ano de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a Covid-19 como uma pandemia. A letal doença exigiu um novo comportamento do homem, tão afeito às agitações do seu tempo. Este novo, inusitado, pediu rígido isolamento social e porque não dizer até familiar. Além disso, impôs perdas irremediáveis e novas formas de se relacionar, de trabalhar, estudar.

Em face do novo tempo, nenhum pouco admirável, mas muito impactado, exsurgem, dentre tantas outras, as seguintes indagações: como se darão as relações jurídicas? De que modo a academia pode contribuir com questões sobremodo impactantes como essas?

Foi com esta preocupação que em agosto de 2021 o Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA), Campus de Iguatu, realizou o **IV Congresso Nacional de Direito e a XI Semana de Direito**, tendo como tema central: *"Direito e COVID-19: os reflexos da pandemia nas questões jurídicas"*, ressaltando-se que diante das circunstâncias o evento foi inteiramente virtual.

Como resultado deste extraordinário encontro, tem-se a obra coletiva ora prefaciada, desenvolvida por alunos, professores e palestrantes, que se dedicaram a escrever textos da maior importância social e jurídica, o que demonstra a relevância das discussões acadêmicas para a sempre pulsante realidade vivida.

Provoca-se, pois, com este livro, uma profunda reflexão sobre o direito diante do inusitado, a qual vem exposta com maestria pelos autores e autoras dos trabalhos que compõem essa coletânea, entrelaçando com rigor e método em cada uma das suas linhas os mais diversos ramos do direito com as problemáticas advenientes do mui difícil momento pandêmico.

É muito gratificante chegar ao tempo da colheita dos belos frutos: se a ideia original dos organizadores do evento era trazer ricos debates à comunidade acadêmica, a par de múltiplos painéis, mesas-redondas e minicursos, todos conduzidos por profissionais de vasto currículo, também se imaginou, em um segundo instante, a possibilidade de se receber artigos dos inscritos, posteriormente avaliados por criteriosa comissão científica, os quais, após aprovação, foram igualmente apresentados pelos respectivos autores perante banca de professores como condição necessária para figurarem nesta publicação, que esperamos ser a primeira de muitas outras.

Iguatu-CE, em 06 de fevereiro de 2022.

Prof. Dr. Emetério Silva de Oliveira Neto
Profa. Me. Jahyra Helena Pequeno dos Santos

ENSAIO DOS CONFERENCISTAS

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS MEDIDAS RESTRITIVAS ADOTADAS NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL (Glauco Barreira Magalhães Filho e Lília de Sousa Nogueira)

A DESORDEM MUNDIAL DO COVID-19 E A REFLEXÃO PARA A GESTÃO DE CONFLITOS COM O USO DE PLATAFORMAS – ODR (Celeida Maria Celentano Laporta)

A EMENDA CONSTITUCIONAL 96/2017 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA CRUELDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA VAQUEJADA (Sarah Carneiro Araújo Fermanian)

BOA-FÉ OBJETIVA: DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO (Andersson Belém Alexandre Ferreira e Gessica Lustosa Alves)

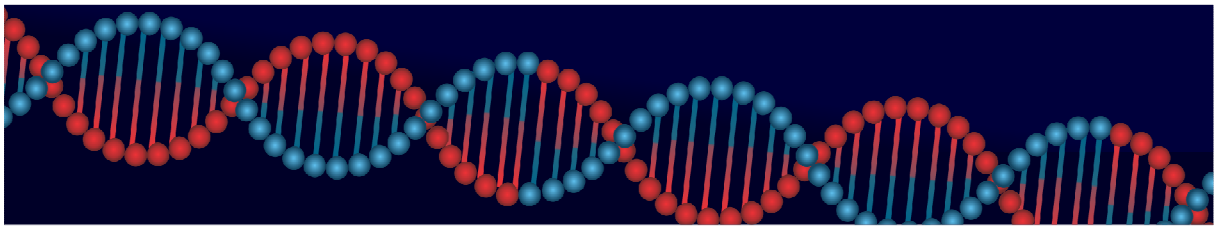
CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL:POR UMA TEORIA FUNDAMENTAL DO DIREITO DIGITAL (Paola Cantarini Guerra e Willis Santiago Guerra Filho)

DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA E DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (Francisco Régis Frota Araújo)

O ESTADO DE EXCEÇÃO PROVOCADO PELA PANDEMIA OU O VÍRUS DA VERDADE, A DIGITALIZAÇÃO CRESCENTE DA VIDA E A GUERRA CONTRA O MUNDO (Willis Santiago Guerra Filho)

OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS SÃO O MELHOR CAMINHO PARA CONFLITOS GERADOS PELA COVID-19 (Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme e Alexandre de Castro Barros Pavoletti)

TUTELA PROVISÓRIA EM DEMANDAS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE (Andrea Bezerra e Hugo de Brito Machado Segundo)



A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS MEDIDAS RESTRITIVAS ADOTADAS NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

*Glauco Barreira Magalhães Filho**
*Lília de Sousa Nogueira***

Resumo: A presente pesquisa tem como finalidade fazer uma análise da aplicação do princípio da proporcionalidade na adoção das medidas restritivas adotadas na pandemia de covid-19. Para tanto, observa as disposições da Constituição Federal nas restrições de direitos fundamentais em um estado de exceção e analisa a colisão entre o direito à saúde pública e as liberdades individuais. Por fim, verifica o enquadramento da proporcionalidade nas restrições adotadas.

Palavras-chave: Pandemia. Estado de exceção. Restrição de direitos.

Abstract: This article aims to analyze the application of the principle of proportionality in the adoption of restrictive measures adopted in the covid-19 pandemic. To this end, it observes the provisions of the Federal Constitution on the restrictions of fundamental rights in a state of exception and analyzes the collision between the right to public health and individual freedoms. Lastly, it verifies the framing of proportionality in the restrictions adopted.

Keywords: Pandemic. State of exception. Restriction of Rights.

* Mestre em Direito (UFC), Doutor em Sociologia (UFC), Livre Docente em Filosofia do Direito (UVA), Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

** Doutoranda em Direito Constitucional (UFC), Advogada.

Introdução

A covid-19 não foi o primeiro surto de doença contagiosa na história, mas foi o primeiro a ocasionar uma experiência ampla e abrangente de privação de liberdades para evitar a propagação do vírus. Não se podia ir ao trabalho, à praia, praticar um esporte, etc. Isso acontecia de forma simultânea em várias partes do mundo. Apenas as atividades consideradas essenciais eram permitidas. O número informado de mortes causadas por covid-19 provocou uma atuação em massa dos governos mundiais, que determinaram a permanência das pessoas em suas residências — uma restrição em nome da saúde pública.

No Brasil, os governos estaduais e municipais decretaram o *lockdown*. No país havia, de um lado, os defensores do isolamento social, que o entendiam como medida necessária e eficaz para evitar a propagação do vírus, além da adoção de medidas restritivas, como a interrupção de atividades não essenciais; do outro lado, surgiu a corrente dos apoiadores do isolamento vertical, em que apenas as pessoas pertencentes a grupos de risco e os infectados deveriam se isolar, permitindo-se que o resto da população desempenhasse suas atividades laborais normalmente.

Com o isolamento social em vigor, houve uma ampliação de restrição aos direitos. Assim, esta pesquisa tem como foco identificar a aplicação da ponderação de direitos restringidos em um cenário extraordinário. O estudo de uma ponderação razoável entre direitos que colidem é imprescindível para manter a ordem constitucional coesa, sendo esse o nosso objetivo neste artigo.

Entendemos ser relevante abordar as medidas adotadas em um estado de exceção e compará-las com as medidas restritivas tomadas durante a pandemia da covid-19. Também consideramos relevante estudar os direitos fundamentais e o choque entre eles em vista das circunstâncias mencionadas. Por fim, abordaremos o princípio da proporcionalidade para identificar a adequação das medidas adotadas em situação excepcional de pandemia.

As metodologias utilizadas para realizar o presente estudo partem da abordagem qualitativa, além de uma pesquisa exploratória, com a construção de hipóteses, para solucionar a problemática. Por fim, os elementos coletados ocorreram da seguinte forma:

pesquisa bibliográfica mediante fontes como publicações periódicas de revistas jurídicas, especificamente artigos científicos, bem como sites de estatísticas.

1. Medidas restritivas em um estado de exceção

O estado de exceção é uma situação evidenciada no estado constitucional em que é necessária a limitação de direitos enquanto perdurar uma situação de atipicidade. Se revela em um contraponto entre poder e liberdade:

> O estado de exceção somente ganha real sentido nos sistemas em que seja possível discernir uma situação de normalidade – caracterizada por um equilíbrio entre poder e liberdade – de uma situação de exceção – marcada por um conjunto de transformações que permitem a hipertrofia daquele em desfavorecimento desta. (GOUVEIA, 2020, p. 14)

Para Agamben (2004, p. 18), o estado de exceção tornou-se uma regra, se apresentando muito mais como uma técnica de governo do que como medida excepcional. Afirma ele que, no estado de exceção, "ocorre a extensão do executivo no âmbito legislativo por meio da promulgação de decretos e disposições, como consequência da delegação contida em leis ditas de 'plenos poderes'."

As leis elaboradas no estado de exceção — "que deveriam ser promulgadas para fazer face a circunstâncias excepcionais de necessidade e de emergência — contradizem a hierarquia entre a lei regulamento, que é a base das constituições democráticas (...)". O filósofo italiano traça como uma das características do estado de exceção "a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário", mostrando "sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo" (AGAMBEN, 2004. p. 19).

De fato, as circunstâncias excepcionais do estado de exceção não devem ser condições para permitir qualquer tipo de norma; se isso ocorre, há autoritarismo. As medidas adotadas como indispensáveis para o caso concreto devem ser observadas para que não venham a tornar-se sutilmente práticas abusivas recorrentes dos governos atuantes.

Na Constituição de 1988, nos artigos 136 e seguintes, há a regulação dos instrumentos jurídicos de exceção, que são o estado de defesa e o estado de sítio.

O estado de sítio pode ser decretado em situações excepcionais: em caso de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida

em estado de defesa (BRASIL, 1988, Art. 137, I) e no caso de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (BRASIL, 1988, Art. 137, II). O presidente da República poderá, depois de ouvido o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio (BRASIL, 1988, Art. 137).

É preciso que tenha um prazo determinado para a manutenção do estado de sítio. No caso de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida em estado de defesa, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior. No caso de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão (BRASIL, 1988, Art. 138, § 1º).

Também o decreto de estado de sítio deverá determinar quais garantias constitucionais ficarão suspensas. Na hipótese de comoção grave, só poderão ser tomadas as seguintes medidas: obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos; requisição de bens (BRASIL, 1988, Art. 139). No caso de guerra, o constituinte não delimitou quais seriam essas medidas.

No que se refere ao estado de defesa, este serve para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza (BRASIL, 1988, Art. 136). Neste caso, o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa. Somente depois, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a justificação ao Congresso Nacional, que deverá decidir por maioria absoluta. O Congresso Nacional poderá aprovar ou rejeitar o decreto. Caso rejeitado o decreto, cessa o estado de defesa (BRASIL, 1988, Art. 136, § 4º).

O decreto de estado de defesa deve determinar o tempo de sua duração, especificar as áreas a serem abrangidas e as medidas restritivas a serem adotadas. Poderão ocorrer restrições aos direitos de: reunião, ainda que exercida no seio das associações; sigilo de correspondência; sigilo de comunicação telegráfica e telefônica. Também poderá ocorrer restrição quanto à ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes (BRASIL, 1988, Art. 136, §1º).

No que se refere à pandemia da covid-19, foi editada, no âmbito do governo federal, a Lei nº 13.979/2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do surto do coronavírus de iniciou em 2019. Também houve a edição do Decreto nº 6 de 2020, reconhecendo a ocorrência do estado de calamidade pública.

Nos âmbitos estadual e municipal, foram editados decretos para regulamentar a situação local. Podemos verificar que muitos deles determinaram restrições que extrapolaram até mesmo as determinadas no estado de sítio e estado de defesa.

O Decreto nº 33.519/20 de 19 de março de 2020, do Governo do Estado do Ceará, determina em seu artigo 1º como uma das restrições a suspensão dos trabalhos, com a proibição de funcionamento de bares, restaurantes, lanchonetes e congêneres; instituições religiosas; espaços culturais; academias; lojas de comércio e “shopping center”, feiras e exposições; indústrias, excetuadas as de serviços essenciais. O referido decreto ainda impõe, no caso de descumprimento, a aplicação de multa diária de até R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), além de medidas como a apreensão, a interdição e o emprego de força policial (CEARÁ, 2020, § 12).

A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, inciso XIII, que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Na mesma esteira, assegura no artigo 5º, inciso XV, a liberdade de locomoção nos seguintes termos: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou sair com seus bens”. Ou seja, nem no estado de defesa, nem no estado de sítio, dentre as restrições elencadas na Constituição, há alguma que faça referência a uma limitação de tamanha restrição.

Sobre tal dimensão das disposições sobre restrição, vale ressaltar que

> tem sentido equacionar o problema do estado de exceção constitucional, que depende da verificação, por um lado, de um poder político organizado e, por outro, da existência de um mínimo vital de liberdade da sociedade, assegurando-lhe a autonomia de decisão frente às opções do âmbito da autoridade política. (GOUVEIA, 2020, p. 13)

Um ponto central para entendimento melhor do tema é a colisão de direitos. Se por um lado a saúde pública deve ser preservada, por outro as liberdades individuais devem ser garantidas. No próximo tópico procuraremos entender em que medida se pode ponderar tais valores constitucionais.

2. Colisão de direitos

Em uma perspectiva histórica, os direitos fundamentais foram classificados à medida que foram sendo reconhecidos. Como cada geração corresponde a um momento histórico, isso permite que ela some os direitos da geração anterior.

A primeira geração de direitos decorre de um pensamento liberal-burguês dos séculos XVII e XVIII, promovendo as liberdades individuais em oposição à atuação do Estado absolutista. São comumente chamados de direitos civis e políticos, dentre os quais destacam-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião. Exigem uma abstenção do Estado para o respeito e preservação desses direitos.

No século XIX, com o Iluminismo e a derrubada do Antigo Regime, houve uma exaltação no movimento social, buscando dar ênfase aos direitos sociais, passando estes a serem prestacionais, pois sua efetividade estava condicionada à atuação estatal. Exemplos disso são os direitos à moradia, à educação, à alimentação, à saúde, à assistência social, ao trabalho.

A terceira geração de direitos veio pelo impacto do pós-II Guerra Mundial. Com os traumas resultantes dos eventos ocorridos em duas guerras mundiais, houve um maior enfoque nos direitos humanos, com maior proteção àqueles difusos e coletivos, relacionados ao progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos.

Na doutrina contemporânea, os direitos fundamentais se expressam em princípios e regras, que podem se estabelecer como normas fundamentais de um sistema e que podem ser

satisfeitos em graus variados, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2008, p. 90). As regras podem ser ou não satisfeitas, não cabendo ponderação.

Em caso de conflito entre regras, para ser solucionado, buscar-se-á apenas uma regra a ser aplicada para o caso, sendo uma válida e a outra, inválida. Em caso de colisão, os princípios devem ser sopesados, um deles devendo ceder sem que seja declarado inválido.

Os direitos fundamentais são mais frequentemente expressos em princípios, podendo ensejar uma colisão:

> Esse fenômeno – a colisão de direitos fundamentais – decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais, que são enunciados quase sempre através de princípios. Como se sabe, os princípios, ao contrário das regras, em vez de emitirem comandos definitivos, na base do "tudo ou nada", estabelecem diversas obrigações (dever de respeito, proteção e promoção) que são cumpridas em diferentes graus. (MARMELSTEIN, 2019, p. 374)

As colisões mais frequentes de direitos fundamentais trazidas pela doutrina e jurisprudência são a notícia a ser vinculada, de um lado, e, de outro, a vida privada da pessoa; em sentido semelhante, o choque entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão.

Alexy (2008, p. 100) trata propriamente de sopesamento dos direitos fundamentais. Em sua obra, ele analisa o caso Lebach, em que um programa pretendia contar a história de quatro soldados a postos em um depósito alemão, localizado perto da cidade de Lebach, e que foram mortos enquanto dormiam. Um dos condenados estava perto de ser libertado da prisão na época prevista para a exibição do documentário sobre o crime. A exposição do condenado na iminência de sua liberação poderia ameaçar a sua ressocialização. O Tribunal Constitucional Federal Alemão analisou a tensão de proteção da personalidade com a liberdade de informar por radiodifusão. No sopesamento dos valores constitucionais, o Tribunal entendeu que uma notícia repetida não revestida de interesse atual pela informação sobre um grave crime põe em risco a ressocialização do autor.

Na colisão dos direitos fundamentais, em um período de pandemia como vem ocorrendo desde março de 2020, deve-se identificar qual direito deve ser considerado. Parte-se do sopesamento entre o direito à saúde e as liberdades individuais. Esclarece que não seria o "direito à vida" ao invés de ser o "direito à saúde", pois a maioria das pessoas (cerca de 80%) se recupera da doença sem precisar de tratamento hospitalar (ORGANIZAÇÃO PAN-

AMERICANA DA SAÚDE, 2020). Também não seria o sopesamento contra o direito de ir e vir ou de exercer ofício, mas das liberdades individuais, tendo em vista que foram restringidos vários direitos individuais (direito de locomoção, de exercer um ofício, ao lazer, de prática de culto religioso, de reunião).

De um lado temos o direito à saúde pública:

> Tome-se como exemplo a norma contida no art. 196 da Constituição: "a saúde é direito de todos". Trata-se nitidamente de um princípio. A saúde é um direito que deve ser efetivado ao máximo, até onde for possível, dentro das capacidades fáticas (financeiras, por exemplo) e jurídicas. Quanto maior for a disponibilidade orçamentária tanto maior será o grau de efetividade desse direito. Essa norma é, por assim dizer, um objetivo a ser alcançado (de preferência, o mais rápido e na maior medida possível). (MARMELSTEIN, 2019, p. 374)

Quanto às liberdades individuais, elas acabam por se identificar com os direitos de primeira geração. Bonavides afirma (2008, p. 563): "Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa (...), enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado".

No sopesamento desses valores, de um lado temos a restrição das liberdades individuais, os direitos de primeira geração, e, do outro, a proteção à saúde pública diante da ameaça de uma contaminação em massa, um direito de segunda geração. Em um, o Estado necessita se abster, enquanto no outro, precisa oferecer uma prestação. Em meio a essa dicotomia, cabe analisar o princípio da proporcionalidade para considerar qual relação deve prevalecer entre os direitos individuais e a proteção da saúde pública.

3. Princípio da proporcionalidade como medida para a colisão de direitos

Como mencionado anteriormente, os direitos fundamentais podem sofrer colisão. Um direito pode ser restringido para proteger ou preservar outro valor constitucional. No caso concreto, é possível ponderar qual direito deve prevalecer através do princípio da proporcionalidade.

Ensina Bonavides (2008, p. 395) que a principal função do princípio da proporcionalidade é exercida na esfera dos direitos fundamentais: "aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos

direitos fundamentais". Assim, o princípio protege as liberdades individuais do poder do Estado.

Complementa Bonavides (2008, p. 395) que ao proteger a liberdade amparando os direitos fundamentais, "o princípio da proporcionalidade, entende principalmente, como disse Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual."

O entendimento da proporcionalidade se destrincha em três elementos essenciais, que devem obedecer a uma ordem para que promovam a proporcionalidade, como disposto por Silva:

> Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade. (SILVA, 2002, p. 30.)

O primeiro desses elementos é a adequação. Ela é entendida como o meio adequado a atingir o fim. Marmelstein (2019, p. 382) define que "[toda] vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados resta desatendida a exigência de adequação. Para aferir a adequação há de se perguntar: o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?" Há de haver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade.

O segundo elemento é a necessidade. Nele, analisamos se a medida não excederá os limites indispensáveis para se atingir o fim, como diz o ditado popular, "dos males, o menor". Das opções existentes, deve-se optar por aquela que trará menos prejuízo, "de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão" (BONAVIDES, 2019, p. 397).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é o terceiro elemento que se verifica se a escolha do meio levou em conta as maiores vantagens e menores desvantagens para o caso. Bem expõe sobre isso Ávila (2015, p. 217) no seguinte questionamento: "O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?" Também é conhecido como vedação da insuficiência, que decorre do "dever de proteção e de promoção já mencionados, de modo que o poder público deve adotar

medidas suficientes para impedir ou para reprimir as violações aos direitos fundamentais" (MARMELSTEIN, 2019, p. 386).

Adentrando no cenário da pandemia da covid-19, resta a investigação se as medidas adotadas, especialmente as restrições relacionadas à liberdade, seriam as mais adequadas dentro do parâmetro da proporcionalidade.

Já foi identificada no tópico anterior a colisão entre os direitos em choque: do direito a preservar a saúde pública versus as liberdades individuais. Foram adotadas as seguintes medidas pelos decretos dos governos estaduais e municipais: uso de máscara, uso de álcool em gel, distanciamento social, obrigatoriedade de permanecer em casa, proibição de exercício do trabalho (na sua maioria). Outras medidas também foram tomadas, como políticas públicas direcionadas à construção de hospitais de campanha.

Analisemos a aplicação da proporcionalidade na restrição da liberdade em detrimento da saúde: no primeiro elemento, temos a adequação. Com efeito, as medidas adotadas foram adequadas, buscaram conter a propagação do vírus e proteger a saúde. Quanto aos elementos da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, passaremos a analisá-los a seguir.

O medo e o pânico se ampliaram entre as pessoas. Como disse Agamben (2020, p. 11), "[outro] fator, não menos preocupante, é o estado de medo, que nos últimos anos foi evidentemente difundido nas consciências dos indivíduos e se traduz em uma verdadeira necessidade de estados de pânico coletivo". Tucker (2021, p. 50) narra que as pessoas começaram a acreditar em situações exageradas: "Por exemplo, se houver um grupo de pessoas, ou você ficar próximo demais de alguém, o vírus malvado aparecerá espontaneamente e você será infectado. Talvez você também possa ser um superdisseminador secreto, mesmo sem ter sintomas". Pode-se constatar um certo abalo psicológico nos indivíduos. O aumento da depressão, o desespero de como irá sustentar a família, o medo da morte, o afastamento dos laços familiares. Há estudos que mostram que o número de suicídios aumentou no período de isolamento social[1].

[1] "Ao final de março, mais pessoas haviam morrido por suicídio em apenas um condado do Tennessee, do que pelo vírus em todo o estado. Dados do Arizona indicam uma tendência similar" (TUCKER, 2021, p. 106). A referência do autor está em: HOLLYFIELD, Amy. Suicides on Rise amid Stay-at-home Order, Bay Area Medical Profissionals Say". ABC 7 News, 21 de maio de 2020. Também é citado pelo autor: MASTRANGELO, Dominick. "Suicides Outpacing Coronavirus Deaths in Tennesse, Data Says". Washington Examiner, 29 de março de 2020.

> Em março de 2020, quando a economia começou a ser impactada pela Covid-19, o mercado de trabalho ainda estava fragilizado. Então, no segundo trimestre de 2020 a desigualdade de renda bateu recorde no Brasil, foi o que apontou o estudo "Efeitos da pandemia sobre o mercado de trabalho brasileiro", divulgado pelo FGV Social (Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas). O indicador estudado na pesquisa foi o índice de Gini, que monitora a desigualdade de renda em uma escala de 0 a 1, sendo que, quanto mais próximo de 1, maior é a desigualdade. O do Brasil ficou em 0,6257 em março.

De acordo com as projeções da Fundação Getulio Vargas (FGV), divulgadas em março de 2021, "[existiam] no Brasil, entre agosto de 2020 e fevereiro de 2021, cerca de 17,7 milhões de pessoas que voltaram à pobreza, passando de 9,5 milhões (4,5% da população) para 27,2 milhões em fevereiro (12,8% da população)" (FIOCRUZ, 2021).

Em relação à fome, houve uma ruptura nos padrões alimentares:

> a Pesquisa de Orçamentos Familiares – POF (2017-2018), divulgada pelo IBGE em setembro de 2020 apontou que no Brasil viviam 10,3 milhões de pessoas com insegurança alimentar grave em 3,1 milhões de domicílios. O nível de *Insegurança Alimentar Grave* (IA grave) significa que houve ruptura nos padrões de alimentação resultante da falta de alimentos entre todos os moradores, incluindo, quando presentes, as crianças. A pesquisa identificou também que esse cenário foi proporcionalmente mais expressivo nos domicílios da área rural do Brasil. O conceito de insegurança alimentar é empregado quando não há acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que isso necessariamente comprometa o acesso a outras necessidades essenciais. (FIOCRUZ, 2021)

Com a alteração dos padrões alimentares, pode ocorrer morte por fome. Segundo a organização humanitária Oxfam, se nenhuma ação imediata for tomada, até 11 pessoas poderão morrer de fome e desnutrição por minuto até o fim de 2021, um número maior do que a atual taxa de mortalidade da covid-19 (PORTAL OXFAM, 2021).

Em uma cadeia de fatores que se relacionam, o fator economia também foi prejudicado. Segundo o site de notícias G1 (2020), as restrições impostas às atividades econômicas impactaram a economia de 2020, provocando efeitos que levaram a aumentos dos índices de inflação, desemprego e dívida pública, além de afetarem setores produtivos. A notícia enuncia que "[a] necessidade de isolamento social para conter o avanço da Covid-19 fez os principais setores da economia entrarem em queda livre. A princípio, a indústria foi mais prejudicada, pois somou uma redução brusca de demanda com a paralisação da produção."

Quanto ao desemprego, o IBGE divulgou que “desde o início da pandemia, o número de pessoas sem emprego no Brasil aumentou 16,9%, e teve ainda um acréscimo de 2,1 milhões de pessoas em busca de trabalho, segundo o Instituto” (FIOCRUZ, 2021).

A maioria das pessoas (cerca de 80%) se recuperam da doença sem precisar de tratamento hospitalar (PORTAL UNIVERSIDADE TIRADENTES, 2021), e “a infecção, pelos dados epidemiológicos hoje disponíveis sobre dezenas de milhares de casos, causa sintomas leves/moderados (um tipo de gripe) em 80-90% dos casos” (AGAMBEN, 2020, p. 9).

Assim, levando em conta que na análise da proporcionalidade há também os elementos necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, percebeu-se que os malefícios foram maiores do que os benefícios.

Com efeito, a investigação desses elementos não é feita a *posteriori*, com análise de consequências. No entanto, as repercussões evidenciadas só demonstram uma aplicação equivocada da proporcionalidade, ocasionando uma violação de direitos. A evidência de desigualdade, pobreza, fome e desemprego mostra que houve violações a muitos direitos para evitar uma ameaça à saúde pública. Com isso, nem o elemento da necessidade, nem o da proporcionalidade, em que buscam o melhor “custo-benefício”, aparentam ter sido levados em conta durante a gestão da crise sanitária da epidemia de covid-19.

4. Conclusão

Neste artigo estudamos a aplicação do princípio da proporcionalidade na adoção das medidas restritivas, especialmente aquelas relacionadas à liberdade, e que foram adotadas na pandemia da covid-19 no Brasil.

Inicialmente, o artigo observou as disposições da Constituição Federal de 1988 que regulamentam o estado de exceção, tendo constatado que as restrições regulamentadas no estado de sítio e estado de defesa são menos nocivas que as efetivamente decretadas na pandemia da covid 19, pois estas inviabilizaram as liberdades individuais de modo geral.

Em um segundo momento, o artigo pondera a colisão entre a saúde pública e as liberdades individuais. Pela aplicação do princípio da proporcionalidade, pode-se perceber que houve uma adequação quanto às medidas restritivas, estas atenderam ao fim almejado. Quanto à análise da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, considerou-se que houve um prejuízo demasiado das liberdades individuais em relação à saúde pública. O aumento da desigualdade, da pobreza, da fome, do desemprego revela violações de muitos direitos para combater uma ameaça à saúde pública.

Em uma perspectiva jurídica, podemos perceber que a colisão não se daria em uma perceptiva linear entre direito à saúde em contraponto com um outro direito, mas em contraponto a liberdades individuais, a vários direitos. O direito de ir e vir, ao trabalho, ao lazer, ao culto religioso, ao direito de reunião e as várias dimensões secundárias que decorrem desses direitos. Trata-se de não reduzir o ser humano a uma condição puramente de sobrevivência, retirando-lhe as demais dimensões da vida.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. Reflexões sobre a peste: ensaios em tempo de pandemia. Trad; Isabella Marcatti. São Paulo: Boitempo, 2020.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CEARÁ. Decreto nº 33.519/20 de 19 de março de 2020 . Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/DECRETO-N%C2%BA33.519-de-19-de-mar%C3%A7o-de-2020.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da Republica Federativo do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.> Acesso em: o4 ago.2021.

GEMAQUE, Adrimauro. FIOCRUZ. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=a-pandemia-agravou-a-desigualdade-de-renda-e-a-pobreza-no-brasil> 27 mai. 2021. Acesso em: o4 ago.2021.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Estado de exceção no Direito Constitucional: Uma perspectiva do constitucionalismo democrático. Coimbra: Almedina, 2020.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 8. Ed. São Paulo: atlas, 2019.

ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DA SAÚDE. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. 2020. Acesso em: o4 ago.2021.

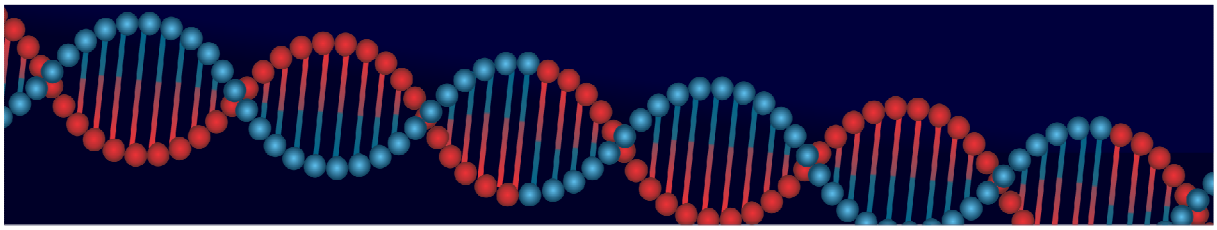
PORTAL G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/12/12/como-a-pandemia-baguncou-a-economia-brasileira-em-2020.ghtml>. 2020. Acesso em: o4 ago.2021.

PORTAL OXFAM Disponível em: <. https://www.oxfam.org.br/noticias/fome-aumenta-no-mundo-devido-a-pandemia-crise-climatica-e-conflitos-armados/>. 2021. Acesso em: o4 ago.2021.

PORTAL UNIVERSIDADE TIRADENTES.2021. Disponível em: <https://portal.unit.br/blog/noticias/pandemia-agravou-o-aumento-da-pobreza-no-brasil/> 2021. Acesso em: o4 ago.2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

TUCKER, Jefrey A. Liberdade ou Lockdown. Trad: Fernando Silva. São Paulo: LVM Editora, 2021.



A DESORDEM MUNDIAL DO COVID-19 E A REFLEXÃO PARA A GESTÃO DE CONFLITOS COM O USO DE PLATAFORMAS – ODR

*Celeida Maria Celentano Laporta**

Resumo: Este artigo tem como objetivo dispor uma breve reflexão sobre os impactos provocados pela pandemia mundial do coronavirus (COVID-19), em especial no que tange ao uso de plataforma de ODR – *Online Dispute Resolution*. A mudanças transformaram as relações humanas, *home office*, *homeschooling*, *e-commerce*, telemedicina, entre outros modelos que antes eram presenciais e migraram para online. Considera-se o ingresso significativo de migrantes digitais que passaram a usar tecnologia para estudar, trabalhar, comprar e vender, com impactos consideráveis na aderência do uso da mediação *online*, com um novo tratamento diante da conflitologia, na medida em que os conflitos automaticamente mudaram para serem resolvidos no modelo presencial para à distância.

Palavras Chave: Mediação online, ODR (*Online Dispute Resolution*), cybermediar, coronavirus, conflitologia.

* Co - Founder da CS VIEWS câmara de Mediação e Arbitragem e do Instituto CS VIEWS. Coordenadora do Informativo ADRODR Brasil. Bacharelado e Licenciatura Matemática PUC/SP, Analista de Sistemas, Advogada com pós graduação Tributária PUC/SP, Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito EPD, Coach Empresarial com formação e Certificação Internacional, Professional & Self Coaching pelo Instituto Brasileiro de Coaching IBC, Mediadora Judicial do CEJUSC – Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Santana de Parnaíba/São Paulo, Mediadora Judicial CECON –TRF3 Barueri/ São Paulo, Árbitra, Mediadora judicial e extrajudicial credenciada no CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Mediadora Certificada Icml Instituto de Certificação de Mediadores Lusófonos na Universidade Porto, Portugal. Curso Theory and Tools of Harvard Negotiation Project – EUA., Especialização Mediação Universidad Salamanca – Espanha, Especialização Mediação e Arbitragem Universidade Portucalense – Portugal. Co Autora: Fenômeno da Desjudicialização:Uma Nova Era de Acesso à Justiça, Coordenador Doutor Willis Santiago Guerra Filho, Ed. Lumen Juris, 2018. Autora do livro ODR – Resolução de Conflitos online, Ed. Lumen Júris,2020. Palestrante e professora de cursos na área dos Meios Adequados de Resolução de conflitos.advogada@celeidalaporta.adv.br

Abstract: This article aims to provide a brief reflection on the impacts caused by the global pandemic of coronavirus (COVID-19), especially regarding the use of the ODR platform - Online Dispute Resolution. Changes have transformed human relationships, home office, homeschooling, e-commerce, telemedicine, among other models that were previously face-to-face and migrated to online. It is considered the significant inflow of digital migrants who started to use technology to study, work, buy and sell, with considerable impacts on the adherence to the use of online mediation, with a new treatment in the face of conflictology, as conflicts automatically changed to be solved in the face-to-face to distance model.

Keywords: Online mediation, ODR (Online Dispute Resolution), cybermediar, coronavirus, conflictology

Introdução

Em tese existem sete cepas (tipos) de coronavírus humanos, entretanto, é de conhecimento que os referidos tipos de coronavírus evoluíram de animais.

Por volta de 1960, o primeiro tipo foi diagnosticado como um resfriado comum, seguido em 2002 com a síndrome respiratória aguda grave (doença SARS), em 2012 com a síndrome respiratória do médio oriente (doença de MERS), culminando em 2019 com o COVID-19.[1]

A OMS [2](Organização Mundial da Saúde) emitiu o primeiro alerta sobre a doença em 31 de dezembro de 2019, em vista que as autoridades chinesas notificaram inúmeros casos de pneumonia na cidade de Wuhan.
Sucede que, em 07 de janeiro de 2020 o vírus foi isolado, e em seguida nomeado como COVID-19 e declarada a pandemia do novo coronavírus em 11 de março pela Organização Mundial da Saúde.

No Brasil em 20 de março de 2020 o Decreto Legislativo nº 6 reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020.

[1] Disponível em https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1. Acesso em 09/04/2020.

[2] Disponível em https://www.who.int/eportuguese/countries/bra/en/. Acesso em 09/04/2020

Diante desse cenário, ressalta-se o devastador grau de contaminação e o fato de até a data de 13 de abril de 2020, não existir vacina ou tratamento com eficácia comprovado cientificamente, impondo a milhares de pessoas ao redor do mundo a passaram a viver em estado de quarentena e isolamento social.

De maneira repentina, os cidadãos passaram do estado de liberdade, com o direito constitucional art. 5º inciso XV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de ir e vir, da liberdade de locomoção para um modelo com restrições e orientações de convivência em reclusão nos seus lares, com recomendações específicas quanto a lavar as mãos, uso de álcool gel, manter os ambientes desinfetados nas superfícies e o uso de máscara.

1. Mudanças nas relaçoes humanas

Os lares de forma inédita na história se transformaram ao mesmo tempo em escolas, ambientes de trabalho, shoppings, supermercados, cinemas e teatros. Os alunos foram transportados da escola presencial para as aulas à distância, os profissionais do seu ambiente de trabalho para a sala de sua casa, as compras de itens de alimentação ou de consumo passaram a ser adquiridos por e-commerce. O lazer do teatro, shows, cinemas, aulas de ginástica, foram potencialmente projetadas do modelo presencial de consumo para serem consumidas por internet.

Uma nova ordem de convivência social, de consumo, de trabalho, de modelo familiar, decorrentes de uma revolução provocada pelo inimigo invisível COVID-19, que desponta em todas as direções e sentidos e provoca uma sociedade doente física e mentalmente.

Friedrich Nietzsche certa vez disse que a busca obsessiva pela saúde pessoal é o caminho certo para a decadência do ser humano. Um ser perfeitamente saudável se torna vaidoso, indolente e o pensamento, no mais das vezes, reflete sua obsessão com a manutenção do eu narcísico. A doença não só é um tônico da vida, como nos força a sair da zona de conforto e pensar a partir dela. O corpo doente como perspectiva sobre a saúde normal. Só sentimos o corpo, afinal, quando ele se impõe a nós.[3]

[3] Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596989-o-coronavirus-e-os-filosofos.Acesso em 09/04/2020

Pode-se entender que diante do pensamento nietzschiano uma epidemia pode acender a reflexão sobre assuntos adormecidos pela normalidade social.

Inevitavelmente, essa reflexão virá.

Vencidas as primeiras fases de negação e medo, o conflito se instala diante dessa desordem gerada de dentro para fora e de fora para dentro. Isso quer dizer que, o "evento coronavírus" provocou um descompasso nas emoções com o rompimento da zona de conforto com consequências em um contexto prático e fático dos conflitos nas vidas das pessoas, das empresas, da sociedade e da humanidade.

2. Conflitologia pandêmica

O conflito, a controvérsia ou a divergência de interesses tem revestido os relacionamentos da humanidade ao longo de toda nossa linha evolutiva.

A palavra conflito vem do Latim conflictus, confligere, que significa: choque, embate das pessoas que lutam, reencontro, discussão, alteração, desordem, antagonismo, oposição, conjuntura, momento crítico, pretensão resistida, pendência, controvérsia, disputa, litígio.

Viver e sobreviver em sociedade, tem sido o grande desafio para todos, isto é, coexistir com o caminhar desenfreado da evolução da humanidade que de tempos em tempos propõe o caos, a inovação e a desordem, com infinitas e novas interligações relacionais conflituosas, sejam elas oriundas de relações interpessoais e/ou interempresariais.

Com efeito, a desordem mundial provocada em decorrência do coronavírus, inevitavelmente potencializou uma sociedade conflituosa.

Como brevemente explanado acima, mudanças provocadas pelo Covid-19, transformaram o modo de viver e sobreviver, frente a quarentena, o isolamento social e o desligamento da engrenagem do planeta.

A conflitologia pandêmica pode ter na sua gênese, diante das controvérsias sobre as regras de convivência familiar, os desacordos em relação aos contratos de trabalho em modelo home office, brigas de convivência em condomínios, a suspensão de pagamentos por falta de liquidez, cancelamento de passagem aéreas, contratos bancários, reclamação de serviços de internet e saúde, devolução de mercadoria, quebra de empresas entre tantos outros.

Enfim, são inúmeros interesses contrapostos ou violações de direitos potencializados por um estado de calamidade pública, que são fatos geradores de conflitos que inevitavelmente serão convertidos em litígios frente a suas respectivas Judicializações.

A par disto, a gestão preventiva destes conflitos é para promover o diálogo e a comunicação entre as partes, conduzindo-os a autocomposição seja pelos métodos de negociação, mediação, conciliação ou arbitragem.

3. A aplicabilidade da resolução de conflitos online

Vale ressaltar, que o conflito tem na sua essência a matéria prima para a negociação, mediação ou arbitragem, seja ela presencial ou online.

No que diz respeito a resolução de conflito online, a sua aplicabilidade decorre de uma série de eventos da evolução do conflito da sociedade contemporânea, da sua judicialização e da tecnologia.

Em breve explanação, com o advento da Internet em 1992, o mercado de transações comerciais se deparou com quebras de paradigmas. Novos modelos foram gerados para um ambiente virtual, de forma que inicialmente as relações de compra e venda que eram presenciais passaram a se propagar na WEB, sobrevindas pelos demais tipos de relações que existiam no âmbito presencial e se transportaram para o ciberespaço.

Nesse sentido explica KATSH e RIFKIN:

> Consequentemente, uma série de novos modelos de conflitos foram gerados, entre usuários que, por terem como base para sua interação o ciberespaço, restam impossibilitados ou encontram dificuldades em participar em qualquer processo de solução de conflito face to face. Assim, tornou-se fundamental a concepção de um formato de solução de conflitos que atuasse no mesmo ambiente onde os conflitos foram originados (KATSH; RIFKIN, 2001; RULE, 2002).

Portanto, os modelos de plataformas para solução de conflitos no ambiente online têm evoluído em paralelo aos novos recursos tecnológicos e os tratamentos das relações de uma sociedade em transformação digital.

Ademais, no que se refere a segurança jurídica no ciberespaço da medição à distância, no Brasil a Lei de mediação 13.140/2015 outorga a mediação o*nline* no seu artigo 46:

> Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.
> Parágrafo único. É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei.

Nesse linha, acrescenta-se a eficácia da ODR - Online Dispute Resolution, referida terminologia para os modelos de negociação, mediação e arbitragem online, que abrange os princípios oriundos da legislação da Lei de Mediação 13140/2015 dispostos no seu artº 2 , tais como: imparcialidade , isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia de vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé para modelos presenciais de mediação, adicionando-se os princípios da transparência, celeridade, equidade, interdependência, e da acessibilidade para os modelos de mediação à distância.

As plataformas de negociação e mediação online, em regra contemplam procedimentos que recebem inicialmente o registro com a descrição do problema. A partir daí, é comunicado a outra parte sobre a intenção de negociação, de forma que as partes podem decidir por uma negociação direta, negociação assistida com o auxílio de um terceiro negociador ou a mediação com um terceiro mediador.

De modo a acrescentar, a aplicabilidade da resolução de conflitos online, com o uso de plataformas e de procedimentos será o principal mecanismo para a gestão dos litígios causados em decorrência dos recentes acontecimentos supervenientes, e colapsados pelo COVID-19.

4. Conclusão: O mundo que irá emergir pós coronavirus

O mundo que irá emergir pós coroanvírus está designado a gerir incontáveis conflitos decorrentes de relações pessoais, familiares e empresárias, oriundas desse momento conturbado de pandemia.

Considere-se também o ingresso significativo de migrantes digitais que passaram a usar tecnologia para estudar, trabalhar, comprar e vender, com impactos consideráveis para a aderência do uso da mediação *online*.

Independentemente da plataforma que venha a ser adotada, o ou procedimentos com o uso de tecnologia da informação e comunicação (TIC), a sociedade estará diante de um mundo com uma nova ordem de convivência social, resultando com a utilização da tecnologia, seja para laborar aprender, negociar ou resolver as controvérsias.

A acessibilidade provocada pela mediação *online*, cada vez mais romperá as distâncias, e provocará a inclusão que possibilita a todos resolverem seus problemas com celeridade, economia, sustentabilidade, autonomia e responsabilidade.

Em ressalvas a mediação *online*, cumpre esclarecer a responsabilidade do mediador. O cybermediador acumula funções de habilidades e competências, desde as técnicas da mediação, da construção do procedimento flexível, do domínio das ferramentas de tecnologia da informação e comunicação até a internalização e a sua dedicação desse novo método de autocomposição.

É esperado também, que o momento pós coronavírus seja revestido com um novo olhar para o tratamento do conflito, com muita reflexão, boa-fé, diálogo e solidariedade para um contexto de pacificação social e aprendizado da sociedade.

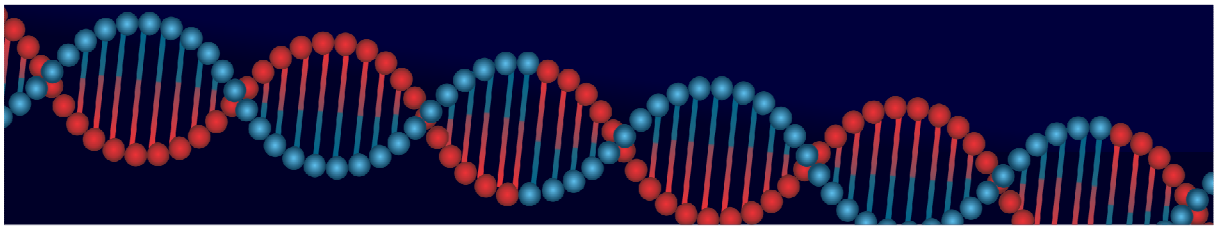
Referências Bibliográficas

ELISAVETSKY, Alberto I e ALMIRÓN, Daniela P. **La Mediación a La Luz de Las Nuevas Tecnologías**: Buenos Aires: Erreius,2019.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação Conciliação e Negociação.** 4 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018.

KATSH, Ethan e RIFIKIN, Janet. **Online Dispute Resolution: resolving conflicts in cyberspace**. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.

LAPORTA, Celeida M. Celentano. **ODR- Resolução de Conflitos Online.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.



A EMENDA CONSTITUCIONAL 96/2017 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA CRUELDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA VAQUEJADA*

*Sarah Carneiro Araújo Fermanian***

Resumo: Embora o costume tradicional da vaquejada fosse praticada no Brasil, em especial no nordeste, desde o século XVII, a sua definição como prática desportiva e cultural foi inaugurada por uma legislação do Estado cearense, que decidiu regulamentar a vaquejada através da aprovação da Lei n°. 15.299/2013. Ocorre que, em 06 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983, ajuizada pelo procurador-geral da República contra referida lei, tendo a maioria dos ministros acompanhado o voto do relator, que expressou, na ementa do julgado: "a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade". Entretanto, em 2017, foi aprovada com celeridade ímpar a proposta de emenda constitucional (conhecida como PEC da Vaquejada),

---

* Minicurso ministrado no IV Congresso nacional de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA), em 04.08.2021.

** Professora efetiva do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri - URCA. Atualmente é Coordenadora do Curso de Direito da URCA, Campus Avançado de Iguatu. É pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais - GEDHUF, na linha de pesquisa Estado, Direitos Humanos e Justiça Socioambiental, vinculado ao Cnpq. É avaliadora da Revista Direito e Dialogicidade, vinculada ao Centro de Estudos Sociais e Aplicados - CESA da URCA. Doutoranda em Ciências Políticas pela Universidade de Lisboa (ULisboa), Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). É membro e Coordenadora Estadual da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB). Advogada (OAB-CE 18.371), foi membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/CE. Autora de livros e artigos científicos publicados na área jurídica, tem pesquisa nas áreas de Direito Constitucional, de Direito Ambiental e Urbanístico, e em Direitos Humanos e Ciências Políticas.

para fins de inclusão do parágrafo 7º no artigo 225 da Constituição Federal, estabelecendo que não são consideradas cruéis as atividades desportivas que envolvam animais, desde que sejam registradas como bem de natureza imaterial do patrimônio cultural brasileiro (PEC). Ao final, analisaremos como o princípio da proibição de retrocesso nos avanços ambientais deve pautar a proteção e a promoção de um meio ambiente saudável, sendo instrumento essencial para a resolução de colisões entre direitos fundamentais constitucionalmente postos.

Palavras-chave: Vaquejada. Inconstitucionalidade. Emenda Constitucional. Vedação do Retrocesso dos Avanços Ambientais.

Abstract: Although the traditional custom of vaquejada was practiced in Brazil, especially in the northeast, since the 17th century, its definition as a sporting and cultural practice was inaugurated by a legislation of the State of Ceará, which decided to regulate vaquejada through the approval of the Law n. 15.299/2013. It so happens that, on October 6, 2016, the Plenary of the Federal Supreme Court (STF) judged favorable the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 4983, filed by the Attorney General of the Republic against said law, with the majority of ministers following the vote of the rapporteur, who expressed, in the sentence of the judgment: "the obligation of the State to guarantee to all the full exercise of cultural rights, encouraging the appreciation and dissemination of manifestations, does not dispense with the observance of the provisions of item VII of article 225 of the Charter Federal, in which it prohibits a practice that ends up subjecting animals to cruelty". However, in 2017, the proposal for a constitutional amendment (known as Vaquejada's PEC) was approved with unparalleled speed, for the purpose of including paragraph 7 in article 225 of the Federal Constitution, establishing that sporting activities involving animals, provided that they are registered as an intangible asset of the Brazilian cultural heritage (PEC). In the end, we will analyze how the principle of prohibition of retrogression in environmental advances should guide the protection and promotion of a healthy environment, being an essential instrument for the resolution of collisions between constitutionally placed fundamental rights.

Keywords: Vaquejada. Unconstitutionality. Constitutional changes. Sealing the Backlash of Environmental Advances.

A decisão política do Estado cearense de regulamentar a vaquejada como prática desportiva e cultural do Estado, mediante a aprovação da Lei n°. 15.299/2013, ensejou em uma série de acontecimentos: primeiramente, foi declarada a sua inconstitucionalidade pelo

Supremo Tribunal Federal, entretanto, em virtude de uma grave repercussão social e do setor econômico específico, num momento posterior, acabou por ensejar na aprovação de uma Emenda Constitucional (EC 96/2017), segundo a qual práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, desde que sejam manifestações culturais, em contrariedade à decisão anteriormente prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

A aprovação da PEC da Vaquejada teve, e ainda está tendo, uma série de desdobramentos políticos e jurídicos, que demonstram cabalmente a teoria de David Easton (*A Systems Analysis of Political Life*), de que um sistema político corresponde às "interações através das quais os valores são imperativamente distribuídos para uma sociedade" (Easton, 1979, p.21).

Primacialmente, é necessário conceituar "Vaquejada", para posteriormente ressaltar algumas previsões constitucionais que influenciaram o sistema político brasileiro a receber *inputs* vindos do seu ambiente e do interior do próprio sistema a fim de convertê-los no *output* que visou a regulamentação desta prática com animais (bois) no Brasil.

A origem das vaquejadas remonta às práticas pecuárias nordestinas dos séculos XVII e XVIII. Naquela época, as fazendas de pecuária bovina não tinham sua extensão delimitada por cercas físicas, situação que acarretava a adoção pelos fazendeiros de técnicas de reunião e de separação do gado bovino, que se misturava constantemente ao de outras fazendas limítrofes, tanto que se formos ao dicionário, encontraremos este significado à palavra: "1. ato de juntar o gado espalhado nos campos. 2. ato de reunir o gado nas fazendas para a apartação de reses, ferra etc., e devolução aos donos."[1]

Ocorre que, com o decurso do tempo, essa atividade se tomou um evento festivo, tendo evoluído sensivelmente, a ponto de transformar-se em uma atividade recreativa, com características de esporte. No dicionário, temos a terceira definição: "espécie de torneio onde

[1] Dicionário disponível em http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/vaquejada/. Acesso em 20 de março de 2021.

os vaqueiros demonstram suas habilidades na derrubada de novilhos.” [2] Observe-se a figura a seguir[3]:

A vaquejada nos dias atuais, como se vê da figura acima, é uma atividade competitiva praticada com frequência na região Nordeste do Brasil, na qual os vaqueiros (montados a cavalo) têm como objetivo derrubar o boi, puxando-o pelo rabo.

O cerne da discussão que ensejou na propositura e aprovação da Lei n°. 15.299/2013, que visava regulamentar a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará, consiste em aquilatar a natureza da Vaquejada: seria esta atividade mera prática desportiva, que enseja em tratamento cruel aos animais, ou, na realidade, por pertencer à cultura do povo nordestino, trata-se de típica e tradicional manifestação cultural?

A aparente colisão entre normas constitucionais se dá em virtude do disposto no inciso VII, do artigo 225 da Constituição Federal brasileira, que veda atividades que ensejam no tratamento cruel aos animais, entretanto, alberga em seu art. 215 as manifestações das culturas populares, garantindo a todos o pleno exercício dos direitos culturais. Vejamos ambos artigos, *in verbis*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder

[2] Dicionário disponível em http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/vaquejada/. Acesso em 20 de março de 2021.

[3] Vaquejada no Parque Haras Ivandro Cunha Lima, em Campina Grande (PB). Figura disponível em https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/14/senado-aprova-legalizacao-da-vaquejada-e-texto-vai-a-camara.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em 20 de março de 2021.

> Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
>
> .....
>
> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.[4]

Com base na norma constitucional que veda as práticas que submetam os animais à crueldade, foi suscitada a inconstitucionalidade da norma estadual cearense, que regulamentava a Vaquejada, mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983.

Referida ação teve representação formalizada pela Procuradoria da República, que sustentou o conflito entre normas constitucionais – aquela que assegura o direito ao meio ambiente, artigo 225, e a que garante o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, artigo 215, destacando que, diferentemente do que acontecia no passado, os bovinos são hoje enclausurados, açoitados e instigados. Segundo aduziu-se na inicial, isso faz com que o boi corra "quando aberto o portão", sendo, então, conduzido pela dupla de vaqueiros competidores, até uma área assinalada com cal, agarrado pelo rabo, que é torcido até ele cair com as quatro patas para cima e, assim, ser finalmente dominado.

O Procurador Geral da República indica laudo técnico, conclusivo, subscrito pela Doutora Irvênia Luíza de Santis Prada, a demonstrar a presença de lesões traumáticas nos animais em fuga, inclusive a possibilidade de a cauda ser arrancada, com consequente comprometimento dos nervos e da medula espinhais, ocasionando dores físicas e sofrimento mental, e reporta-se a estudo da Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba, revelador de lesões e danos irreparáveis sofridos também pelos cavalos utilizados na atividade, considerado percentual relevante de ocorrência de tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica. Afirma, ante os dados empíricos, implicar a vaquejada tratamento cruel e desumano às espécies animais envolvidas.

---

[4] Artigos 225 e 215 da Constituição Federal do Brasil, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 de março de 2021.

O Governo do Estado do Ceará pronunciou-se no processo, discorrendo sobre a importância histórica da vaquejada. Defendeu a constitucionalidade da norma atacada, porquanto, ao regulamentar o esporte, teria protegido os bens constitucionais ditos violados, impondo a prática adequada do evento e estabelecendo sanções às condutas de maus-tratos aos bovinos. Afirmou obrigar a lei a adoção de medidas protetivas da integridade física e da saúde dos animais, eis que esta não apenas declara a vaquejada como prática desportiva e cultural do Estado, mas igualmente prevê, em seu artigo 4º, a obrigatoriedade de proteção à saúde e à integridade física dos animais, com exclusão do vaqueiro que ferisse ou maltratasse do animal de forma intencional, vejamos:

> Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.
> § 1º O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.
> § 2º Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.
> § 3º O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.[5]

Sustentou ainda, o ente estatal, haver sido a vaquejada reconhecida como "prova de rodeio" pela Lei federal no 10.220, de 11 de abril de 2001, e os praticantes do esporte, atletas profissionais. Aduziu cuidar-se de direito cultural amparado pelo artigo 215 da Carta da República, além de servir de incentivo ao turismo e fonte de empregos sazonais, de alta relevância para a economia local.

Os precedentes[6] apontam a ótica adotada pelo Supremo Tribunal Federal, considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais: "mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demostrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol

[5] Lei Estadual n°. 15.299/2013. Disponível em https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070. Acesso em 20 de março de 2021.

[6] O Supremo Tribunal brasileiro usa a técnica da ponderação para resolver conflitos específicos entre manifestações culturais e proteção ao meio ambiente, predominando entendimento a favor de afastar práticas de tratamento inadequado a animais, mesmo dentro de contextos culturais e esportivos. Cita precedentes – relacionados à "briga de galos": Ações Diretas de Inconstitucionalidade no 1.856/RJ, relator ministro Celso de Mello, julgada em 26 de maio de 2011, e no 2.514/SC, relator ministro Eros Grau, apreciada em 29 de junho de 2005; ligado à "farra do boi": Recurso Extraordinário no 153.531/SC, relator ministro Francisco Rezek, apreciado em 3 de junho de 1997.

dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.” [7]

Em 06 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983, ajuizada pelo procurador-geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. A maioria dos ministros acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, que considerou haver “crueldade intrínseca” aplicada aos animais na vaquejada.

O julgamento da matéria teve início em agosto de 2015, quando o relator, ao votar pela procedência da ação, afirmou que o dever de proteção ao meio ambiente (artigo 225 da Constituição Federal) sobrepõe-se aos valores culturais da atividade desportiva. Em seu voto, o ministro Marco Aurélio afirmou que laudos técnicos contidos no processo demonstram consequências nocivas à saúde dos animais: fraturas nas patas e rabo, ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos, eventual arrancamento do rabo e comprometimento da medula óssea. Também os cavalos, de acordo com os laudos, sofrem lesões.

Para o relator, o sentido da expressão “crueldade” constante no inciso VII do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal alcança a tortura e os maus-tratos infringidos aos bois durante a prática da vaquejada. Assim, para ele, revela-se “intolerável a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada”.[8]

Na mesma ocasião, o ministro Edson Fachin divergiu do relator e votou pela improcedência da ação. Para ele, a vaquejada consiste em manifestação cultural, o que foi reconhecido pela própria Procuradoria Geral da República na petição inicial. Esse entendimento foi seguido, também naquela sessão, pelo ministro Gilmar Mendes. Na sessão de 2 de junho daquele ano (2016), os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de

---

[7] Trecho do voto do Relator do STF, Min. Marco Aurélio, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará, que ensejou na declaração de inconstitucionalidade da prática da Vaquejada, por maioria de votos. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf. Acesso em 20 de março de 2021.

[8] Voto do Relator do STF, Min. Marco Aurélio, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará, que ensejou na declaração de inconstitucionalidade da prática da Vaquejada, por maioria de votos. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf. Acesso em 04 de março de 2021.

Mello seguiram o relator. Já os ministros Teori Zavascki e Luiz Fux seguiram a divergência, no sentido da validade da lei estadual.

O julgamento foi retomado na sessão plenária, com a apresentação do voto-vista do ministro Dias Toffoli, favorável à constitucionalidade da lei cearense. Ele entendeu que a norma não atenta contra nenhum dispositivo da Constituição Federal, afirmando: “Vejo com clareza solar que essa é uma atividade esportiva e festiva, que pertence à cultura do povo, portanto há de ser preservada”. Segundo o ministro, na vaquejada há técnica, regramento e treinamento diferenciados, o que torna a atuação exclusiva de vaqueiros profissionais. Entretanto, os ministros Ricardo Lewandowski, e a presidente da Corte, ministra Cármen Lúcia, votaram ambos pela procedência da ação.

Dessa forma, seguiram o relator os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e a presidente da Corte, ministra Cármen Lúcia. Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

Naquela oportunidade, o Pretório Excelso entendeu, assim, por sua maioria, que "a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade"[9]:

> VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (Ementa do Voto Vencedor do Relator do STF, Min. Marco Aurélio, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará)

A repercussão social e política da declaração de inconstitucionalidade da referida Lei foi enorme, não apenas pela consequência da proibição da vaquejada no estado cearense, mas também pelo receio de proibição desta atividade nos demais estados nordestinos, haja vista

[9] Voto do Relator do STF, Min. Marco Aurélio, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará, que ensejou na declaração de inconstitucionalidade da prática da Vaquejada, por maioria de votos. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf. Acesso em 01 de abril de 2021.

que a Vaquejada também se destaca por seu relevante papel econômico, já que, segundo a Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ), essa prática movimenta seiscentos milhões de reais por ano, gera cento e vinte mil empregos diretos e seiscentos mil empregos indiretos, além de mobilizar, em cada uma de suas provas, cerca de duzentos e setenta profissionais.[10]

Houve diversas manifestações populares contrárias à declaração de inconstitucionalidade da Lei que regulamentava a Vaquejada no Estado do Ceará, o que teve como consequência a proibição da prática naquele Estado nordestino, além de inaugurar o precedente da temática, pondo em risco a proibição da atividade em todo o Brasil.

Em novembro de 2016, um mês após o julgamento da ADI em face da Lei Cearense, foi publicada a Lei Federal 13.364/2016, que elevou o rodeio, a vaquejada e expressões artístico-culturais similares à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Interessante notar que, embora estive inaugurado o precedente da Corte Suprema, três meses após o julgamento da ADI, o ministro Teori Zavascki, rejeitou pedido de uma associação que tentava proibir a vaquejada em uma festa no Piauí. Segundo ele, o Supremo havia tomado uma decisão em relação à legislação do Ceará, mas isso não significava que a prática tinha se tornado ilegal no país.

Já em março de 2017, o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público contra a Lei Distrital 5579, que reconheceu a vaquejada como modalidade esportiva na capital federal. O colegiado entendeu que a prática não configura maus-tratos contra animais e tem natureza recreativa e cultural, conforme define a Lei Federal 13.364/16.

Pelo seu impacto nacional, tanto a nível cultural, como econômico, e de seus variados desdobramentos políticos e jurídicos, a decisão do Supremo provocou uma forte reação e trouxe a Brasília representantes de todos os ramos de atividades ligadas às vaquejadas e

[10] Informação extraída do Parecer do Deputado Paulo Azi, membro da Comissão Especial destinada a proferir parecer à proposta de emenda à constituição no 304-a, de 2017, do Senado Federal, que "acrescenta § 7° ao art. 225 da constituição federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica". Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544468&fiIename=Tramitac ao-PRL+I+PEC3ü417+%3D%3E+PEC+3ü4/2ü17. Acesso em 11 de março de 2021.

rodeios, fato que acabou ensejando na propositura de uma proposta de emenda constitucional (PEC), que previa que não seriam consideradas cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais previstas na Constituição e registradas como integrantes do patrimônio cultural brasileiro. A condição para isso é que fossem regulamentadas em lei específica que garanta o bem-estar dos animais. A PEC teve autoria do senador Otto Alencar (PSD-BA).

Com o peso da bancada nordestina e senadores de todo o país, o Senado aprovou em 2017, a referida proposta de emenda constitucional (PEC), tendo sido posteriormente também aprovada pela Câmara dos Deputados. O texto, que teve apoio da ampla maioria dos deputados e senadores, para fins de inclusão de um parágrafo no artigo 225 da Constituição Federal para estabelecer que não são consideradas cruéis as atividades desportivas que envolvam animais, desde que sejam registradas como bem de natureza imaterial do patrimônio cultural brasileiro.

Durante sua tramitação no Congresso Nacional, a proposta ficou conhecida como a PEC da Vaquejada. A PEC foi apreciada com agilidade incomum pelo parlamento, tendo sido aprovada no início de 2017, poucos meses após o Supremo julgar inconstitucional a lei do Ceará que regulamentava a vaquejada. Observe-se o texto da Emenda Constitucional (EC) 96/2017, na íntegra:

> Art. 225. (...) § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017)[11]

O procurador-geral da República, Rodrigo Janot, ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5772, com pedido de liminar, para questionar a referida Emenda Constitucional (EC) 96/2017, segundo a qual práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis desde que sejam manifestações culturais. Além da emenda, a ação também impugna leis federais que regulamentam a prática da vaquejada.

[11] Art. 225 da Constituição Federal do Brasil, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 11 de março de 2021.

As regras infraconstitucionais questionadas são dispositivos da Lei 13.364/2016, que elevam a prática da vaquejada à condição de patrimônio cultural imaterial, e da Lei 10.220/2001, que institui normas sobre a atividade de peão de rodeio e o equipara a atleta profissional, incluindo as vaquejadas como modalidade de provas de rodeio.

Segundo Janot, a EC 96/2017 colide com as normas constitucionais de proteção ao ambiente e, em particular, com as do artigo 225, parágrafo 1º, que impõe ao Poder Público a proteção da fauna e da flora e veda práticas que submetam animais a crueldade. Ele argumenta que a emenda contraria decisão recente do STF no julgamento que considerou inconstitucional a prática de vaquejadas no Estado do Ceará.

Na avaliação do procurador-geral, a crueldade intrínseca de determinada atividade não desaparece pelo fato de uma norma jurídica a rotular como manifestação cultural. Assim, pede a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia das normas questionadas e, no mérito, sua declaração de inconstitucionalidade.

O Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal também ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5728), no Supremo Tribunal Federal (STF), para questionar a mesma Emenda Constitucional (EC) 96/2017, que considera como não cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais. Durante sua tramitação no Congresso Nacional, a proposta ficou conhecida como a PEC da Vaquejada.

De acordo com a entidade, a emenda questionada teve por motivação contornar a declaração de inconstitucionalidade de lei do Ceará que legalizava a prática da vaquejada, em decisão proferida pelo STF em outubro de 2016.

Já em janeiro do ano de 2018, as vaquejadas foram proibidas no Distrito Federal, por decisão do juiz Carlos Frederico Maroja de Medeiros, da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário da capital. A sentença proferida no Processo 2015.01.1.017379-7, também determinou a aplicação de multa de R$ 50 milhões em caso de descumprimento, além de responsabilização criminal pela desobediência e por maus-tratos aos animais.

Na mesma decisão, o DF ficou proibido de autorizar quaisquer provas como vaquejada (onde o boi é derrubado pela cauda) ou laço e a fiscalizar o respeito à proibição imposta pela Justiça em eventos temáticos. De acordo com o juízo, o uso de animais em festas é limitado à comercialização e à exposição, ambas condicionadas ao fornecimento de ambiente adequado e acompanhamento veterinário.

O juiz Medeiros afirmou que, atualmente, o Direito Ambiental tornou-se um meio de "limitações jurídicas contra os excessos do capitalismo e da ambição humana". Segundo ele, "a ausência de limites à ambição leva à depredação completa de todos os recursos naturais, o que conduziria ao perecimento de todos".

Em nota enviada à ConJur[12], o presidente da Associação Brasileira de Criadores de Cavalo Quarto de Milha (ABQM), que defende a liberação das vaquejadas, Edilson Siqueira Varejão Júnior, disse ver "preconceitos e desinformação sobre a cultura do campo" na decisão. Ele lembra que o STF nunca proibiu a prática da vaquejada, mas considerou inconstitucional uma lei do Ceará que não estabelecia penas para os maus tratos aos animais nas competições." O esporte representa uma garantia de bem-estar animal. O circuito de competições exige padrões rigorosos de tratamento e cuidado. O carinho com os animais é uma característica do ambiente esportivo", defende.

Conclusão

Como se observou neste estudo, os impulsos iniciais que estiveram na origem e que motivaram a tomada de decisão de regulamentar a prática da vaquejada no Estado do Ceará foram a necessidade de declaração da atividade como cultural, assim como estabelecer regras inerentes à necessidade de preservação da integridade dos animais envolvidos, a fim de garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em obediência à vedação constitucional de prática cruel com animais.

Destacamos os atores sociais e políticos impulsionadores (Governo do Estado e toda a população envolvida direta e indiretamente com a prática). Analisamos os atores e as instituições envolvidas no processo de tomada de decisão e os atores sociais e políticos que se

[12] Informação disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jan-17/juiz-proibe-vaquejada-df-multa-50-milhoesões . Acesso em 13 de março de 2021.

opuseram e ainda opõem a essa decisão. Vimos a reação do sistema político a essa oposição, que acabou por ensejar a aprovação da Emenda Constitucional (EC) 96/2017, segundo a qual práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis desde que sejam manifestações culturais.

A referida Emenda teve por motivação, na opinião de opositores a esta decisão, contornar a declaração de inconstitucionalidade de lei do Ceará que legalizava a prática da vaquejada, em decisão proferida pelo STF em outubro de 2016. Ressaltamos, ainda, a aplicação prática dessa decisão e de seus diversos desdobramentos políticos e jurídicos, realçando consequências, dificuldades e obstáculos.

Frisamos que as consequências da regulamentação da prática da Vaquejada ainda estão em andamento, posto que existe uma nítida divergência de pensamento sobre a questão, tanto no cenário jurídico como político, gerando uma situação de insegurança jurídica, sendo necessário que haja novas reações, com o fim de exercer o autocontrole do sistema, que atualmente está desequilibrado.

Concluímos destacando que, para o caso em concreto, o princípio ou garantia da proibição de retrocesso dos avanços ambientais, cada vez mais discutido doutrinariamente e aplicado pela jurisprudência nacional, deveria ser levado em consideração, posto que opera pautando a atuação dos três poderes, e implica na proteção fática e jurídica do meio ambiente, no sentido de um direito de impugnar atos estatais que tenham como objetivo e/ou consequência a diminuição da proteção do ambiente.

Na visão de Ingo Wolfgang Sarlet, “a proibição de retrocesso implica o reconhecimento de um direito subjetivo que tem por objeto uma conduta negativa, ou seja, impugnar todo e qualquer ato que venha a reduzir e mesmo suprimir determinados níveis de proteção do ambiente”. Elucida o magistrado e professor que

> A proibição de retrocesso, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, opera, portanto, como um limite aos limites dos direitos fundamentais, porquanto parte do pressuposto de que toda e qualquer intervenção restritiva no âmbito de proteção de um direito fundamental carece não apenas de uma justificação (e mesmo legitimação) enraizada na própria Constituição Federal, como também enseja um rigoroso controle de sua compatibilidade com o marco normativo constitucional e do Direito Internacional dos direitos humanos.
> Com efeito, a proibição de retrocesso significa em primeira linha que toda medida que diminua a proteção do ambiente deva ser presumida (relativamente) inconstitucional, salvo preenchidos um conjunto de critérios e que, sempre analisados

> à luz das circunstâncias do caso, ensejam um juízo de inconstitucionalidade acompanhado da correspondente sanção.
> Assim, antes de adentrar os demais critérios, eventual medida restritiva do direito fundamental à proteção do ambiente deverá encontrar sempre respaldo na própria ordem constitucional, ou seja, justificar-se pela necessidade de proteção de outros direitos fundamentais. Além disso, como regra, a restrição deveria ser veiculada por lei em sentido formal e material, eventualmente por lei em sentido material, mas que possa ser reconduzida a uma autorização legislativa. Tal exigência, embora corresponda inclusive ao que dispõe os tratados de direitos humanos (restrição a direitos deve ser promovida pelo legislador), encontra-se amplamente flexibilizada no Brasil, seja pelo reconhecimento (nem sempre adequado) de poder normativo a entes não legislativos, seja pelo manejo do decreto autônomo, entre outros aspectos que aqui não cabe aprofundar, mas que se revela da maior importância não apenas na seara ambiental como também no que diz com as restrições impostas a direitos fundamentais em geral.[13]

Portanto, o princípio da proibição do retrocesso nos avanços ambientais deve ser utilizado na interpretação das normas constitucionalmente postas, inclusive funcionando como instrumento de resolução de colisão entre direitos fundamentais.

Entendemos que, como o STF já analisara a constitucionalidade da vaquejada, e tendo a Corte declarado a sua prática como inconstitucional, por entender que a crueldade contra os animais é inerente a esta, não poderia uma Emenda Constitucional “rever” a matéria julgada em última instância do nosso Judiciário, representando uma afronta ao princípio do retrocesso dos avanços ambientais, e revelando a sua inconstitucionalidade, pois, ademais, gera uma enorme insegurança jurídica, em virtude do precedente judicial existente, que deverá servir como parâmetro para as demais demandas judiciais levadas a cabo.

Referências Bibliográficas

AURÉLIO, Marco. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará, que ensejou na declaração de inconstitucionalidade da prática da Vaquejada, por maioria de votos. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf

AZI, Paulo. Parecer do Deputado do Senado Federal. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544468&fiIename=Tramitac ao-PRL+I+PEC3ü417+%3D%3E+PEC+3ü4/2ü17.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

[13] Sarlet, Ingo Wolfgang. A proibição de retrocesso na proteção e promoção de um meio ambiente saudável. Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-mar-25/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-protecao-meio-ambiente-saudavel#_ftn5 . Acesso em 02 de abril de 2021.

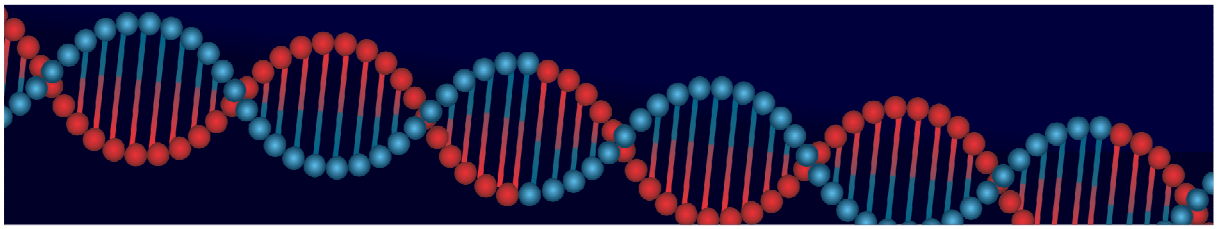
CONJUR. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jan-17/juiz-proibe-vaquejada-df-multa-50-milhoesões .

DICIONÁRIO. Disponível em http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/vaquejada/.

EASTON, David. A Systems Analysis of Political Life (1965).

ESTADUAL. Lei n°. 15.299/2013. Disponível em https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070.

Sarlet, Ingo Wolfgang. A proibição de retrocesso na proteção e promoção de um meio ambiente saudável. Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-mar-25/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-protecao-meio-ambiente-saudavel#_ftn5



BOA-FÉ OBJETIVA: DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

*Andersson Belém Alexandre Ferreira**
*Gessica Lustosa Alves***

Resumo: As relações jurídicas contemporâneas são marcadas pelo dinamismo negocial e pela necessidade premente de fortalecimento da confiança, com ênfase crescente nos deveres recíprocos de colaboração que devem pautar as condutas das partes envolvidas. Em tal cenário, o processo administrativo passa a ser visto como um instrumento de realização do interesse público, este interpretado como o atingimento dos direitos fundamentais pelo Poder Público. Todos os envolvidos na lide administrativa devem se preocupar não apenas com o cumprimento estrito das obrigações principais, mas também com a observância substancial dos deveres gerais ou anexos decorrentes da boa-fé objetiva. Trata-se da inserção cogente de primados éticos na seara administrativa. O que antes da atual Constituição e do presente Código de Processo Civil era percebido apenas como mera diretriz de ordem subjetiva, sem uma fisionomia nitidamente jurídica, a partir de então, emergiram e consubstanciaram-se em regras de conduta de cunho ético entre as partes, ensejadoras de direitos e deveres não positivados na norma, mas que são aferíveis e concretizados no curso do processo administrativo. Nessa perspectiva, alguns preceitos deontológicos ganharam relevância, como o dever de informar, o dever de guardar sigilo, o dever de mitigar os danos, o dever de assistência e o dever de lealdade contratual. Doravante, a inobservância a tais deveres gerais

* Graduado em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA/CE. Especialista em Direito Processual Civil pela URCA/CE. Especialista em Direito Administrativo e Gestão pela URCA/CE. Professor Substituto do Curso de Direito da URCA-UDI. Advogado. Coordenador Adjunto da Assessoria Jurídica da URCA/CE. Presidente da Comissão de Estudos de Empresa e Societário da OAB subseção de Crato-CE. anderssonalexandre.adv@gmail.com

** Graduado em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA/CE. Especialista em Direito Constitucional pela Damásio Educacional. Técnica Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco. geslustosaalves@gmail.com

passou a integrar a concepção do devido processo, já não se podendo aceitar a condição secundária ou meramente acessória dos mesmos. Se é certo asseverar que o processo é corolário do Estado Democrático de Direito, não é menos certo afirmar que o princípio da boa-fé objetiva é a base de todas as relações que envolvam uma vinculação entre sujeitos. Em havendo quebra de algum dos deveres genéricos de conduta processual no âmbito administrativo e, demonstrado o dano causado em virtude do fato, tem-se, portanto, a responsabilidade do agente causador por inobservância ética na relação jurídico-processual. Por conseguinte, o autor de grave ilícito comportamental deverá ser responsabilizado por sua conduta, comissiva ou omissiva, porquanto violadora dos deveres gerais inerentes à boa-fé objetiva. Em tal cenário, a quebra da confiança representa um grande malefício a ser vigorosamente repelido pelos atores processuais e pelos operadores do direito, uma espécie de praga a ser combatida por todos e em benefícios de todos.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva; Deveres anexos; Processo Civil; Processo Administrativo.

Abstract: Contemporary legal relations are marked by negotiating dynamism and the pressing need to strengthen trust, with increasing emphasis on the reciprocal collaboration duties that must guide the conduct of the parties involved. In such a scenario, the administrative process is seen as an instrument for the realization of the public interest, which is interpreted as the attainment of fundamental rights by the Government. All those involved in administrative proceedings must be concerned not only with strict compliance with the main obligations, but also with the substantial observance of general duties or attachments arising from objective good faith. It is about the cogent insertion of ethical primacy in the administrative field. What before the current Constitution and this Code of Civil Procedure was perceived as a mere guideline of a subjective order, without a distinctly legal physiognomy, from then on emerged and were embodied in rules of ethical conduct between the parties, giving rise to rights and duties that are not established in the norm, but which are gaugeable and implemented in the course of the administrative process. From this perspective, some deontological precepts gained relevance, such as the duty to inform, the duty to maintain confidentiality, the duty to mitigate damages, the duty of assistance and the duty of contractual loyalty. Henceforth, failure to comply with such general duties became part of the concept of due process, and their secondary or merely accessory condition could no longer be accepted. While it is correct to assert that the process is a corollary of the Democratic Rule of Law, it is no less correct to affirm that the principle of objective good faith is the basis of all

relations that involve a bond between subjects. If there is a breach of any of the generic duties of procedural conduct in the administrative sphere and the damage caused by virtue of the fact is demonstrated, there is, therefore, the responsibility of the causing agent for ethical non-compliance in the legal-procedural relationship. Consequently, the perpetrator of a serious behavioral offense shall be held responsible for his conduct, whether committing or omissive, as a violation of the general duties inherent to objective good faith. In such a scenario, the breach of trust represents a great harm to be vigorously repelled by procedural actors and legal practitioners, a kind of plague to be fought by all and for the benefit of all.

Keywords: Objective Good Faith; Attached Duties; Civil Procedure; Administrative Process.

1. Introdução

É inegável que as relações jurídicas, cada vez mais, são carregadas de valores sociais. O ordenamento jurídico já não é interpretado apenas à luz do juspositivismo, notadamente caracterizado pela predominância do direito posto. A moral, a ética e os preceitos sociais constituem regras de observância obrigatória pelos destinatários da norma jurídica.

A Constituição Brasileira de 1988, diploma jurídico superior, fixa, como forma de ratificar a presença de elementos sociais externos às relações jurídicas, os valores da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Em decorrência lógica de tais valores, têm-se, a função da propriedade e do contrato, a incidência da boa-fé objetiva nas relações particulares e a observância dos fins sociais como elementos informadores do direito. Nesse sentido, a boa-fé objetiva assume um papel de extrema importância na conduta dos sujeitos, tanto na esfera privada como na esfera pública.

O Código de Processo Civil de 2015, obediente aos ditames constitucionais, valoriza a boa-fé objetiva, elevando-a ao *status* de norma fundamental. O paradigma da boa-fé, no aspecto objetivo, fortalece o movimento de constitucionalização do processo, por ter o escopo de impedir condutas processuais abusivas, prejudiciais à realização do direito material e impeditivas de uma decisão de mérito justa e efetiva.

O processo, entendido como um instrumento de satisfação pessoal, econômico e social, no qual as partes, com interesses distintos, embora não necessariamente antagônicos, devem se preocupar não apenas como o resultado que se busca, mas também com a observância substancial dos deveres gerais ou anexos de conduta decorrentes da boa-fé objetiva.

No direito administrativo pátrio, o princípio da boa-fé objetiva é acolhido pela legislação e pela jurisprudência, sob o auspício do primado da moralidade administrativa e pela tutela da probidade administrativa (artigo da 37 da Constituição Federal). Todos os envolvidos no processo administrativo, particulares e agentes púbicos, devem prezar pela confiança, honestidade e a fidelidade. Com efeito, a boa-fé é fundamental e imprescindível para todas as relações da Administração Pública, internamente, ou para com os administrados, desenvolvidas por intermédio de um processo.

Para tanto, o presente artigo se ocupa em analisar o alinhamento do princípio da boa-fé objetiva no processo administrativo, a partir de uma leitura constitucional e ainda à luz do Código de Processo Civil de 2015. Propõe-se a seguinte estrutura: no momento inicial, apresenta-se um apanhado histórico, teórico e legal do princípio da boa-fé objetiva. Posteriormente, analisa-se a boa-fé objetiva no processo civil contemplando o princípio da cooperação. Por fim, uma análise da boa-fé no processo administrativo, ponderando os encaminhamentos reflexivos sem a pretensão de exaurir a temática.

2. A boa-fé objetiva e o sistema jurídico brasileiro

2.1. Contornos históricos gerais sobre a boa-fé

Estudar a boa-fé objetiva como um princípio norteador das relações jurídicas no ordenamento brasileiro é assimilar a inserção da ética no direito. Historicamente, os prismas jurídicos, morais e éticos eram analisados de maneira separada, tendo em vista que cada um desses ramos era visto como independentes.

A boa-fé vem representar, na contemporaneidade, a intersecção entre ramos externos e a seara jurídica. É fato que a concepção de boa-fé não é nova[24]. Os romanos, que tanto

[1] "Nascida com o mundo romano, a ideia de fides o dominou, ali recebendo notável expansão e largo espectro de significados. Expressão polissêmica, a fides será entendida, amplamente, como confiança, mas, igualmente,

valorizaram a ética, já discutiam questões atinentes à confiança, lealdade, humanidade, entre outros primados éticos. Entretanto, tais valores não eram postos nas normas do tempo de Roma. A discussão era restrita ao âmbito das doutrinas filosóficas romanas.

De sorte que, a confiança (*fides*), paulatinamente passou a integrar o cerne dos negócios realizados na antiguidade. Eram os negócios, *a priori*, celebrados entre os particulares e o Estado romano. Posteriormente, a ideia de confiança se estende com veemência para os negócios privados decorrentes das atividades negociais, onde ganha uma maior repercussão jurídica.

A construção do entendimento conceitual da boa-fé[1], daí por diante, foi conduzida pelos diferentes períodos da histórica.

Se em Roma a boa-fé era sinônimo de confiança entre os negociantes, no direito canônico, era vista como ausência de pecado. O indivíduo que agia de boa-fé era aquele que agia sem pecar. Em tal período, a boa-fé não era utilizada como parâmetro nos contratos civis, tendo em vista que prevaleciam os acordos realizados consensualmente, diferentemente do direito romano. A concepção cristã se sobrepunha ao aspecto jurídico.

Na idade moderna houve um avanço na discussão sobre os contornos da boa-fé. Entretanto, a discussão foi em sentido contrário de sua aplicação. Nesse período, os princípios da autonomia privada e do *pact sunt servanda* fomentaram a teoria das obrigações e dos negócios jurídicos.

A vontade era soberana, o que impedia até mesmo a intervenção do Estado nas relações privadas. A era dos códigos notabilizou-se pelo desprestígio à boa-fé, fruto de um

---

como colaboração e auxílio mútuo (na relação entre iguais) e como amparo ou proteção (na relação entre desiguais); como lealdade e respeito à palavra dada; como fundamento da justiça e da virtude cívica; como o liame que une entre si os membros da societas inter ipsos, e, ainda, como instrumento técnico-jurídico, de modo especial os iudicia ex fide bona, sua vigência se manifestando «de maneira fluida e elástica em todos os níveis jurídicos, políticos e sociológicos» da cultura romana, constituindo o seu valor ético fundante." MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 49.

[2] Ao tratar sobre a origem da boa-fé, Flávio Rubinstein, aduz que "não haveria que se falar de uma criação original do legislador, tampouco em uma absorção automática de dada realidade fática, mas em uma profunda conexão entre o Direito e a realidade orgânica na qual este se aplica, de modo a produzir noção jurídica como substrato real". RUBINSTEIN, Flávio. A bona fides como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. 2004. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p.575.

sistema rígido de normas. Ilustrando, vale salientar que a codificação francesa de 1804 refletiu bem o rompimento com o antigo regime, este formado pela jurisprudência construída pelos magistrados e advogados. O direito foi centrado nas letras frias dos códigos civis, não aceitando qualquer interpretação diversa[3].

Quase cem anos depois, nasce uma nova ideologia sobre sistema jurídico. A codificação alemã, de 1900, apresenta uma nova proposta de reconstrução científica, lastreada pela interpretação das normas e instrumentalização do direito. Na dicção do professor Mário Luiz Delgado, ao tratar do código alemão:

> No lugar de revolucionar o sistema legal, rompendo todos os paradigmas pregressos, optou por uma reconstrução científica do sistema anterior. A pretensão do BGB não era a de se transformar em um livro de cabeceira para qualquer cidadão, mas em uma ferramenta a ser utilizada por especialistas, ou seja, um instrumental do cientista do direito[4].

É justamente no contexto do direito alemão que a boa-fé ganha seus contornos contemporâneos[5].

A boa-fé vem a parametrizar as condutas dos contratantes em um determinado negócio jurídico. Aquele que contrata deve se comportar de maneira proba, transparente e leal. O Código Alemão de 1900 (*BGB – Burgerliches Gezetzbuch*), expressamente menciona a boa-fé, dispondo que "o devedor está obrigado a executar prestação como exige a boa-fé *Treu und Glauben*), com referência aos usos do tráfico (*die Verkehrsitte*)"[6]. Deveras, a lealdade (*Treu*) e a confiança (*Glauben*), na acepção jurídica, inseriram-se no ordenamento jurídico, marco fundamental para o desenvolvimento de uma nova teoria contratual e da evolução do princípio da boa-fé objetiva[7].

---

[3] Vale lembrar que a Escola da Exegese capitaneou o pensamento jurídico francês do século XIX. Nesse período, supervalorizaram-se os códigos e sua interpretação literal. Os interpretes do direito eram meros sujeitos da lei, limitando ao máximo as interpretações e doutrinas contrárias ao texto legal.

[4] DELGADO, Mário Luiz. Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 24 - 25.

[5] SCHREIBER, Anderson. A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 52.

[6] NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 126 apud WIEACKER, Franz. El principio genereal de la buena fé. Trad. Madrid: Civitas. 1982, p.29.

[7] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 81.

2.2. A boa-fé objetiva na perspectiva da Constituição de 1988

A inserção da boa-fé, em sua perspectiva objetiva, demandou uma remodelação do entendimento jurídico no fim do século XX e início do século XXI.

A forte influência do pensamento alemão, as consequências da II Guerra Mundial, o advento da Constituição Portuguesa de 1976[31] e principalmente a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, foram fundamentais para um novo entendimento acerca do direito civil-constitucional[32]. Nesse sentido, leciona o professor Anderson Schreiber:

> A ideia de promover a releitura do direito civil à luz das normas constitucionais ganhou corpo na Europa a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando diversas nações decidiram editar Constituições novas, capazes de refletir seu comprometimento com a preservação da democracia, com a solidariedade social e com a proteção da dignidade humana. Por razões evidentes, tal necessidade foi sentida de modo mais imediato naqueles países cujos regimes autoritários restaram derrotados no conflito mundial.

Antes, a autonomia da vontade das partes no sistema brasileiro era absoluta em qualquer relação jurídica entre os particulares. O indivíduo, no gozo dos direitos inerentes à propriedade, podia agir de maneira egoística e arbitrária quando nos referíamos às relações contratuais e demais ramos do direito privado. O que se tinha em mente era apenas o que estava adstrito ao Código Civil, este visto como norma superior à Constituição da República.

De fato, a constitucionalização das relações privadas não é um fato isolado ou episódico. A arquitetura do Estado Social, característico do Estado Moderno, é resultado de certas frustações do modelo puramente liberal, que objetivava afastar os aspectos sociais das relações privadas.

---

[8] Paulo Lobo afirma que "as constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, principalmente da Alemanha, da França e da Itália e as de Portugal e Espanha – estas últimas na década de setenta do século XX –, propiciaram idêntico interesse pela constitucionalização do direito civil, com produção doutrinária sistemática." LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 60.

[9] Para o professor Anderson Schreiber, o direito civil-constitucional pode ser conceituado como "a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo "releitura" não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas." SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos (coords.). Direito Civil - Constitucional. São Paulo: Atlas, 2016. p. 01.

A Constituição da República de 1988 veio a ratificar a tendência mundial de um Estado atuante e instrumental. Ao consagrar em seu artigo 3º[10], a liberdade, a justiça e a solidariedade como objetivos fundamentais da sociedade brasileira, o legislador constitucional impõe a todo ordenamento jurídico a acomodação entre os princípios de cunho liberal e os princípios de cunho social.

Nesse sentido, a forte diretriz principiológica do texto maior brasileiro privilegia a socialização dos institutos privados, uma vez que autonomia privada e liberdade individual não mais são vistos como absolutos. O sistema impõe, por meio de cláusulas abertas, condicionantes éticos de conduta que humanizam relações até então patrimoniais.

Dentre os princípios responsáveis pela sustentação desse novo paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, temos o princípio da boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva delineia as condutas e os comportamentos das partes em uma dada relação jurídica. Inicialmente, tal princípio tinha sua aplicação restrita às relações contratuais e aos negócios jurídicos, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, expressamente elencam o referido o princípio como um padrão norteador das relações negociais.[11] Trata-se da admissão da função social dos contratos. Na mesma direção, afirma Gustavo Tepedino:

> A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos[12].

Anterior ao Código Civil 2002 e em consonância com o espírito constitucional, o diploma consumerista prestigiou a boa-fé objetiva em seus dispositivos[13]. A relação entre o

---

[10] Art. 3º, CF/88: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

[11] O Diploma civilista de 2002 consagra implicitamente e expressamente o primado da boa-fé objetiva. A título ilustrativo, cita-se os artigos 113, 187, 422 e 765 do Código Civil.

[12] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Função Social dos Contratos. Disponível em: www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf. Acesso em: 21/09/2020. p. 05.

[13] O artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor traz expressamente a boa-fé objetiva no rol dos princípios básicos do Direito do Consumidor: Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por

consumidor e fornecedor também é interpretada à luz da solidariedade e da função social do contrato, obediente à perspectiva civil-constitucional, principalmente pelo traço marcante da desigualdade existente nos contratos de consumo.

A normatização da boa-fé nas relações privadas, de fato, já é (há certo tempo) uma realidade positivada. Todos os envolvidos nas relações negociais têm o dever de agir com retidão e probidade, em atendimento ao princípio da boa-fé objetiva[14].

Entretanto, a peculiaridade atinente à boa-fé, no sentido objetivo, é sua expansão para outros ramos do universo jurídico. Não mais se fala em deveres de conduta e padrões éticos de comportamento apenas na seara contratual. Aplica-se o princípio da boa-fé objetiva e suas implicações nas áreas privada e pública, quando analisadas as condutas das partes nas relações intersubjetivas.

No contexto jurídico contemporâneo, a dimensão valorativa do princípio em estudo impõe um verdadeiro conjunto de prescrições jurídicas a todo o ordenamento, impondo, ainda, parâmetros hermenêuticos ao intérprete do direito, ao criar deveres e limitações ao exercício dos direitos subjetivos[15].

O Código de Processo Civil de 2015, notadamente marcado pela intensa carga valorativa, absorve para o campo processual a incidência da boa-fé objetiva. Prova disso é a consagração da boa-fé e do primado da cooperação entre as normas fundamentais do processo civil brasileiro[16].

---

objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

[14] MARTINS-COSTA, Judith. O Adimplemento e o Inadimplemento das Obrigações no Novo Código Civil e o seu Sentido Ético e Solidarista in O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale, Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho (orgs.), SãoPaulo, LTr, 2003, p.351 e ss.

[15] MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado – Sistema e Tópica no Processo Obrigacional, SãoPaulo, RT, 1999, p.427 e ss.

[16] Sobre as normas fundamentais e novo código de processo civil, o professor Pernambucano Leonardo Cunha afirma que “o CPC adota um modelo cooperativo de processo com equilíbrio nas funções dos sujeitos

As partes, o magistrado e os demais participantes da relação processual devem agir pautados na ética, na probidade e lealdade inerentes à boa-fé objetiva, visando uma decisão justa e meritória.

3. Boa-fé objetiva, Código de Processo Civil e o princípio da cooperação

3.1. A boa-fé objetiva como norma fundamental do Código de Processo Civil de 2015

Antes de tudo, se faz necessário enfatizar que o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) foi construído baseado nos pilares da Constituição Brasileira de 1988. Os princípios já reconhecidos no âmbito constitucional se imiscuem na seara processual, não apenas no processo civil, mas também em todo e qualquer processo que se desenvolva no Brasil.

De sorte que, os princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade jurisdicional, do contraditório, da motivação e da duração razoável integram o chamado modelo constitucional de processo civil[17]. O CPC consagra esse novo modelo de processo logo no primeiro capítulo do livro I, intitulado de "Das Normas Fundamentais do Processo Civil".

Os princípios basilares do sistema jurídico constitucional que incidem diretamente no processo são implementados por intermédio das normas fundamentais (regras e princípios[18]) postas no Código. Tais normas influenciam todas as etapas e tipos de processo, tendo em vista possuírem o escopo de uma decisão justa e efetiva, decorrente de um processo obediente à Constituição da República e aos valores sociais. É justamente nessa atmosfera que a boa-fé objetiva afeta o processo civil brasileiro.

---

processuais e necessidade de cumprimento de deveres pelas partes e pelo juiz." Processo Civil comparado: análise entre Brasil e Portugal. São Paulo: Forense, 2017. SILVA, João Calvão da [et al] (Org.). Processo Civil Comparado: análise entre o Brasil e Portugal. São Paulo: Forense, 2017, p. 90.

[17] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 06.

[18] Enunciado 370 do FPPC: "Norma processual fundamental pode ser regra ou princípio".

O artigo 5º do código de processo civil faz referência expressamente à boa-fé quando trata do comportamento dos envolvidos no processo, nos seguintes moldes: "art. 5º: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comporta-se de acordo com a boa-fé".

O legislador claramente se preocupou em parametrizar as condutas dos participantes da relação processual. Para além das formalidades do código e das decisões judiciais, as condutas dos litigantes e do órgão jurisdicional têm papel extremamente relevante na esperada resposta justa do sistema de justiça[19].

Apesar do código não mencionar se o princípio da boa-fé literalmente posto, deve ser entendido em perspectiva subjetiva ou objetiva, compreende-se que esta última é a contemplada pelo diploma processual. A boa-fé objetiva no processo, tal qual como ocorre no âmbito do direito civil, é um princípio norteador de condutas pautadas na ética, na lealdade e honestidade nas relações subjetivas do processo.

Ademais, pela sua carga semântica, a boa-fé objetiva possui, ainda, a função de instrumentalizar a hermenêutica processual, no sentido de toda atividade jurisdicional ser, antes de tudo, interpretada conforme os princípios éticos de convivência[43].

Por fim, o primado objetivo da boa-fé normatiza deveres até então desconhecidos pelo ordenamento jurídico, como os deveres de informação, sigilo, cooperação, assistência e probidade. Ressaltando as diferentes funções da boa-fé no direito brasileiro, pontua Ricardo Lupion que:

> No Brasil, a boa-fé objetiva é referida no Código de Defesa, sob forma de cláusula geral, conforme o artigo 51, inciso IV, e no Código Civil, como regra de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), da licitude do exercício dos direitos (art.187) e como norma de conduta imposta aos contratantes (art. 422), (...)[21]

---

[19] Ilustrando a importância das condutas probas ou leais, Calamandrei afirma que "o processo é uma série de atos que se cruzam e correspondem como os movimentos de um jogo: de perguntas e respostas, de réplicas e contrarréplicas, de ações e que provocam reações, suscitadoras por sua parte de contrarreações." CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil: estudos sobre processo civil. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3. p. 225. apud DUARTE, Bento Herculano, OLIVEIRA Jr., Zulmar de. Princípios do processo civil: noções fundamentais: jurisprudência do STF e do STJ. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 98.

[20] Para Leonardo Greco, ao fazer a relação entre processo civil e ética, "o processo precisa ser ético, pois, caso contrário, o seu resultado não será confiável." GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[21] LUPION, Ricardo. Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49.

De fato, o código de processo civil de 2015 reconhece as funções da boa-fé objetiva no campo processual. Indo além, o reconhecimento veio em nível de norma fundamental de processo, tendo em vista que o princípio passa, ao lado de outros já consagrados pela processualística civil, a integrar as balizas do padrão cooperativo constitucional de processo civil[22].

3.2. O princípio da cooperação e o processo civil

Sabe-se que o titular de um direito, inibido de realiza-lo por seus próprios atos[23], poderá exigir do Estado seu auxílio a fim de que torne este direito efetivo e realizado, uma vez determinada a legitimidade da exigência da tutela jurídica daquele que se afirma titular do direito. Esta relação entre o particular e o Estado deixa, então, de ser privada, constituindo uma relação processual, e assim, relação jurídica de Direito Público[24].

A relação processual, por sua vez, se difere de outras, como aquelas oriundas da atividade legislativa e administrativa entre seus respectivos destinatários. Nota-se que os destinatários do ato administrativo e da própria lei não são convocados para opinarem no momento de sua formação. O legislador e o administrador exercem suas funções independentemente da atividade no seu desenvolvimento de seus destinatários.

Entrementes, a relação processual apresenta uma peculiaridade fundamental. Aqueles a quem a sentença se dirige como norma imperativa de comportamento, opinam no momento de sua formação. Dessa forma, as partes contribuem com a atividade do magistrado para o desenvolvimento da relação processual e para formação da sentença[25].

---

[22] Hermes Zaneti Júnior, analisando a centralização da Constituição de 1988 no sistema jurídico brasileiro, afirma que "o discurso judicial (leia-se processo), deixou de ser um conjunto de regras fechadas, tendo no centro o juiz, para um "discurso democrático, que relaciona o autor, o juiz e o réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica." ZANETI Jr., Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional de processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56-57.

[23] De acordo com Ovídio Baptista, "trata-se da autotutela, uma relação existente entre aquele que se diz titular de algum direito eventualmente ameaçado ou já vulnerado por quem deveria cumpri-lo". SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: RT. 1998, p. 14.

[24] Ibidem. p. 14.

[25] Ibidem. p. 15.

Importa destacar que a relação jurídica que se constitui entre aquele que exige do Estado a prestação da tutela jurisdicional, e o próprio Estado, na pessoa do juiz e que dá origem a um processo, é uma relação de direito público, distinta daquela existente no direito material, entre credor e devedor, por exemplo.

Destaca-se, nesse ínterim, que as partes, ao participarem efetivamente do processo, deveram adotar um modelo de conduta pautado na ética, na lealdade e na honestidade para a formação da decisão final. Da mesma forma, como previsto no Código Civil, devem agir os integrantes de uma relação de direito material. Por exemplo, os contratantes, que são obrigados a guardar os princípios de probidade e boa-fé[26].

De sorte que a boa-fé, amplamente discutida pela doutrina civilista e expressamente prevista na legislação de direito material, foi importada para as relações de direito processual. Devendo, dessa forma, ser observada por todos que fazem parte do processo, conforme estipula o artigo 5º do CPC.

Agora, a boa-fé processual, juntamente com outros princípios processuais, servem de alicerce para o surgimento de outro princípio processual: o princípio da cooperação.

O CPC arrola como norma fundamental[27] o dever de cooperação entre as partes. Essa norma enfatiza a fisionomia de um novo modelo processual[28], baseado numa relação retilínea entre aqueles que estão envolvidos no processo. Todos em colaboração, a fim de que se obter decisão de mérito justa e efetiva, em tempo razoável.

---

[26] Cf. artigo 422 do Código Civil: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

[27] Artigo 6º do CPC: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

[28] "Modelo processual resulta da superação histórica – e, pois, cultural – dos modelos de processo isonômico e de processo assimétrico. Há quem caracterize a cooperação, ainda, a partir das conhecidas linhas do processo dispositivo e do processo inquisitório. Seja qual for a perspectiva, é certo que a análise histórico-dogmática da tradição processual mostra o rastro pelo qual se formou e ganhou corpo a colaboração no nosso contexto processual." MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. vol. 1. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.391. Sobre o processo dispositivo e inquisitivo versa Barbosa Moreira: "Costuma-se aludir a 'processo inquisitivo' para designar o modelo em que se atribui ao órgão judicial maior soma de poderes, e a 'processo dispositivo' para indicar aquele em que se lhe impõem limitações mais acentuadas, reservando às partes, na substância, o papel principal". MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p 53.

Um processo comparticipativo ou policêntrico, derivado do modelo constitucional de processo, não é mais centrado na pessoa do juiz. Além deste, diversos sujeitos passam a conduzir o processo de forma que se tornam igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual[29].

Do ponto de vista ético, o processo norteado pela colaboração, além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva[30], exige, também, de todos os seus participantes, inclusive do magistrado, a observância da boa-fé objetiva[31]. Torna-se um processo orientado pela busca da verdade, exatamente na medida dos fatos como aconteceram.

Neste modelo processual, o juiz deve ser isonômico na condução do processo e assimétrico ao decidir as questões processuais e materiais da causa[32]. Dessa forma, visa alcançar um ponto de equilíbrio desempenhando papel paritário no diálogo e assimétrico na decisão[33].

---

[29] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 09.

[30] Atualmente, os arts. 5.º e 77 consagram a necessidade de boa -fé objetiva e boa -fé subjetiva no processo, dando expressamente ao juiz o poder de condenar, de ofício, o litigante de má -fé. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. vol. 1. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 355.

[31] Ibidem. p. 391-392.

[32] Observa-se decisão exaltando a inevitabilidade de uma postura dialógica do juiz: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA POST MORTEM. PERÍCIA NOS RESTOS MORTAIS DO FALECIDO INCONCLUSIVA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. NECESSIDADE. COERÊNCIA COM A CONDUTA PROCESSUAL ADOTADA. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. 1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevindo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte. 2. A jurisprudência do STJ é sedimentada em reconhecer a possibilidade da conversão do julgamento em diligência para fins de produção de prova essencial, como o exame de DNA em questão, principalmente por se tratar de ação de estado. Precedentes. 3. *O processo civil moderno vem reconhecendo – dentro da cláusula geral do devido processo legal – diversos outros princípios que o regem, como a boa-fé processual, efetividade, o contraditório, cooperação e a confiança, normativos que devem alcançar não só as partes, mas também a atuação do magistrado, que deverá fazer parte do diálogo processual. 4. Na hipótese, deveria o julgador ter se mantido coerente com a sua conduta processual até aquele momento, isto é, proporcionado às partes a possibilidade de demonstrar a viabilidade na feitura de outro exame de DNA (preenchimento dos requisitos exigíveis) e não sentenciar, de forma súbita, o feito*. [...]" (STJ, REsp 1229905/MS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05.08.2014, DJe 02.09.2014).

[33] MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 81.

O princípio da cooperação gera alguns deveres processuais a serem observados pelo magistrado e, igualmente, pelas partes. Neste momento, importa valer-se do que já fora construído pela doutrina a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado[34].

Assim, impõe-se àqueles que contribuem para o resultado final do processo os seguintes deveres: o dever de esclarecimento, o dever de consultar, o dever de prevenir e o dever de dar auxílio.

No tocante ao magistrado, exige-se uma postura dialógica. Este deverá esclarecer junto às partes eventuais dúvidas que possam surgir no tramite processual, tais como alegações, pedidos ou posições em juízo, assim como, deve consultá-las sobre as questões de fato ou de direito antes de decidir a lide.[35]

Deve, ainda, prevenir as partes nas situações em que o êxito da ação possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo; e auxiliar em eventuais dificuldades das partes que possam impedir o exercício de determinadas posições processuais.

As partes, por sua vez, além de colaborarem com o desenvolvimento da atividade do juiz, devem cooperar entre si, agindo com ética e lealdade, de modo a evitar a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução de mérito[36] e cumprindo com os deveres mútuos de esclarecimento e transparência.[37]

Neste viés, impõe-se às partes a observância dos mesmos deveres, quais sejam, exemplificativamente: redação adequada de suas peças processuais (esclarecimento), não litigar de má-fé, observar a boa-fé processual (lealdade), não causar danos à parte adversária

---

[34] DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 144.

[35] Cf. artigo 10 do CPC: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".

[36] Observa-se o princípio da primazia no julgamento do mérito consagrado no artigo 6º do CPC e concretizado a partir de vários artigos encontrados no código, por exemplo, quando se dá oportunidade as partes para o saneamento de vícios que impeçam o julgamento do mérito (art. 139, IX e art. 317).

[37] Cf. Enunciado 373 do FPPC: "As partes devem cooperar entre si; devem atuar com ética e lealdade, agindo de modo a evitar a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução do mérito e cumprindo com deveres mútuos de esclarecimento e transparência".

(proteção) e, consequentemente, atuar no processo de forma colaborativa, cooperando mutuamente, em conjunto com o juiz, para que o processo tenha o melhor rendimento possível.[38]

4. A boa-fé objetiva no Processo Administrativo

4.1. A boa-fé objetiva no Direito Administrativo

É fato que houve nítida resistência da doutrina administrativista entorno da absorção da do princípio da boa-fé objetiva no processo administrativo.

Uma provável hipótese de referida dificuldade pode ser atribuída ao entendimento, já superado, de que o Estado ocuparia uma posição autoritária e de supremacia em relação aos administrados. Indubitavelmente, essa visão é inconciliável com o Estado Democrático de Direito tal qual vivenciado na contemporaneidade.

Na seara do Direito Administrativo brasileiro, o primado da boa-fé objetiva encontra guarida na legislação e na jurisprudência, além de possuir lastro jurídico no próprio texto constitucional no artigo 37,[39] pela previsão do princípio da moralidade da Administração Pública (*caput*) e pela proteção à probidade administrativa (§4º).

No formato contemporâneo de Estado, a boa-fé inspira a legalidade (em sentido amplo). De sorte que, apresenta-se como paradigma fundamental para a atuação dos agentes públicos e do funcionamento da Administração Pública.

4.2. Impactos da boa-fé objetiva no Processo Administrativo brasileiro

---

[38] GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral, 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 49.

[39] A Lei nº 9.784/99 previu o dever de atuação conforme a boa-fé tanto a Administração como para o administrado, respectivamente, nos artigos 2º, parágrafo único, IV, e 4º, II. A Lei do estado de São Paulo sobre o Processo Administrativo (Lei Estadual nº 10.777, de 30/12/1998), de seu turno, consagrou a moralidade no artigo 4º.

No que se refere ao processo administrativo, a prossecução funcional de atos administrativos que traduzam a vontade da Administração (conduta), o cumprimento dos deveres impostos pela boa-fé assume contornos próprios. Entende-se que, nesse âmbito, a perspectiva objetiva de a boa-fé buscar conformar a atuação processual administrativa ao devido processo legal, alinhando ao pensamento moderno de processo.

Se aderirmos o pressuposto de Merkl (2004, p.272) segundo a qual a atividade administrativa é processo, e todo ato administrativo é o resultado de um processo administrativo, é viável aduzir que a processualidade da atuação administrativa constitua, por si, a máxima efetivação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo, uma vez existente uma predefinição normativa de comportamentos esperados do Estado-Administração e dos cidadãos que com ele interagem. Noutras palavras: a determinação positiva de uma maneira correta de agir para todos os sujeitos da relação processual.[40]

O processo administrativo brasileiro, adquirindo colunas mais especificas em termos de técnica doutrinária (dogmática) em comparação aos tempos de Merkl, ainda assim pode ser concebido como um dos condutores de evolução do direito administrativo (no contexto do Estados de direito ocidentais),[41] ao longo do século XX, obtendo novo impulso a partir da década de 1990, como bem pontifica Odete Medauar (2003, pp. 220/227).

Nesse ponto, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2012, p. 23-28) destacam a lentidão na elaboração de uma norma geral de processo administrativo no nosso país. Para os autores, até o final da década de 1990 (quando então entro em vigor a Lei de nº 9.784/99), a inexistência de uma disciplina legal do processo administrativo prestava-se ao reforço da autocracia burocrática que até então predominava. Assim, o processo administrativo proporciona aos interessados participar da geração das ações administrativas, o que, para os autores, permite exprimir o "binômio incindível" entre processo e democracia, e atualmente, que a "Administração e o processo administrativo são conceitos sinônimos".

---

[40] Percebe-se a o núcleo do novo processo administrativo, sendo que "infunde ao ato (ou decisão da Administração) racionalidade, imparcialidade, equilíbrio; evita que o agente o transforme em expressão de sua personalidade. Sem ele – o processo -, o agente fatalmente excederia seu papel de intermediário entre o Direito (a Constituição, a lei) e o ato a ser produzido (...). As várias etapas do processo – propiciando melhor conhecimento e comprovação dos fatos, maior discussão, mais ampla reflexão – fazem menos provável a violação da ordem jurídica" (Sundfield, 2010).

[41] Para entender detalhadamente este aspecto, ver SCHIRATO (2010).

No que toca aos sujeitos processuais, a incidência da boa-fé deve ser a mais ampla e abrangente possível. Na dicção do professor Egon Bockmann Moreira (2007, p.110), o princípio da boa-fé se aplica tanto a administração pública quanto aos administrados, e a todos envolvidos na formação da vontade administrativa, "Administração, particulares que dela participam ativamente e terceiros".

De sorte, pode-se entender o processo administrativo como uma verdadeira garantia constitucional, possuindo dupla funcionalidade: atua na defesa dos direitos dos administrados e evitar violações de direito objetivo.[42]

A concretização do princípio da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal, somente ocorrerá por intermédio da ciência do interessado dos atos processuais, da tramitação processual, para que, dessa forma, se manifeste, produza provas e conheça as decisões proferidas. O direito à ampla defesa e ao contraditório devem se sobressair em face formalidades do processo.

Pelo exposto, e em termos gerais, um processo administrativo guiado segundo a boa-fé objetiva (legítimas expectativas processuais) corresponderá a atuação da autoridade administrativa que o conduz nos regramentos precisos referentes ao processo que deve seguir. Mesmo que o arcabouço jurídico do processo na seara administrativa preveja apenas termos indeterminados, tais como dever de "urbanidade", "lealdade" e "decoro", a um só tempo, também se determinam os parâmetros dentro os quais se exercerão as demandas dos interessados na tutela processual da boa-fé.

Considerações Finais

Não obstante a sua concepção tenha ocorrido na seara do direito privado, a boa-fé objetiva foi contemplada como norma fundamental de processo. O que implica em reconhecer que o referido princípio já não é apenas um mero conjunto de primados éticos desprovidos de juridicidade.

[42] Oportuno registrar a fala da Irene Nohara e Thiago Marrara (2009, p.71), no sentido que o processo ainda proporciona os "questionamentos das práticas burocráticas" e a "participação democrática da gestão pública".

O Código de Processo Civil de 2015 norteia as relações processuais carregando consigo valores decorrentes dos princípios sociais que limitam a vontade dos indivíduos, a fim de harmonizar os mais variados interesses, fulcro da solidariedade constitucional (art. 3º, I, CF/88). É preciso que, também no processo, se utilize a boa-fé objetiva como forma de parametrizar comportamentos éticos e de serventia hermenêutica-interpretativa nas relações processuais.

Apesar das partes terem interesses distintos e mesmo contrapostos, todos os sujeitos do processo devem agir com lealdade e retidão buscando pronunciamento jurisdicional de mérito, que tem de ser proferido em tempo razoável. Nesse ponto, os envolvidos no processo necessitam convergir, na medida em que os deveres gerais de conduta oriundos da boa-fé objetiva exigem comportamentos que não se revelem antissociais.

A transparência, a cooperação e a lealdade são corolários de uma relação jurídica processual pautada na ética e no respeito às expectativas legitimamente geradas. Os deveres de conduta integram, pois, o chamado processo civil cooperativo.

A boa-fé objetiva é um princípio de grande relevância, principalmente por incidir diretamente sobre o comportamento das partes, dos procuradores e do magistrado. É certo que, pela inteligência do art. 5º do diploma processual civil, a boa-fé objetiva também incide sobre aqueles que podem atuar apenas eventualmente no processo, como o curador especial, o corretor que participe de alienação de bem penhorado, o leiloeiro, entre outros. Mas as partes, seus patronos e o juiz são os que, de fato, contribuem substancialmente para um processo nos ditames constitucionais.

As partes, bem como os seus advogados, não podem agir de forma antiética, forçando lides temerárias, com pedidos claramente incabíveis e peticionando ardilosamente. O processo nunca foi e não é um campo jurídico para se glorificar a mentira. A atividade jurisdicional, desdobramento do poder tripartido estatal, não pode servir de esconderijo para os indivíduos que agem dentro e fora da seara processual de modo insidioso.

O juiz e a Administração Pública, em seu mister, também estão obrigados a velar pela probidade. Ademais, além de se comportar de forma ética, precisa fiscalizar as condutas dos agentes processuais, na medida em que o Código de Processo Civil e os diplomas

administrativos oferecem ferramentas e concedem poderes para combater os comportamentos contrários à boa-fé objetiva. Isso se aplica a toda a Administração Pública (nas diversas esferas) e também a todo órgão jurisdicional, do menor ao maior escalão da organização judiciária.

No âmbito do direito administrativo, em face da incidência boa-fé objetiva, chega-se a conclusão de que a efetivação dos direitos processuais elementares, centrados no devido processo legal dependerá diretamente da atuação da Administração.

Em um processo harmônico, seja judicial ou administrativo, com expectativas legitimas, não poderá conduzir a decisões discrepantes em relação a práticas reiteradas (do poder judiciário ou da própria administração-gestão), ensejadoras de uma confiança dos indivíduos em sua manutenção.

É a boa-fé em todo o sistema jurídico processual brasileiro.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). ***Constituição da República Federativa do Brasil***. Distrito Federal, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. ***Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015***. Código de Processo Civil. Publicado no DOU de 17.3.2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. ***Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002***. Código Civil. Publicado no DOU de 11.1.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. ***Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990***. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicado no DOU de 12.9.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. ***Resolução nº 02-2015***. Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. ***Recurso Especial nº 1229905/MS***. Mato Grosso do Sul., Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 05.08.2014. Publicado no DJ em 02.09.2014.

CALAMANDREI, Piero. Direito processual civil: estudos sobre processo civil. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3. p. 225. apud DUARTE, Bento Herculano, OLIVEIRA Jr., Zulmar de. ***Princípios do processo civil***: noções fundamentais: jurisprudência do STF e do STJ. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. ***O novo processo civil brasileiro***. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. ***Processo Administrativo***. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIDIER Jr., Fredie. ***Curso de direito processual civil***: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: JusPodvm, 2017.

DELGADO, Mário Luiz. Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. ***Teoria geral do processo***: comentários ao CPC 2015: parte geral, 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUERRERO, Luis Fernando. Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2015.

LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUPION, Ricardo. ***Boa-fé objetiva nos contratos empresariais***: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene. ***Processo Administrativo***: Lei nº 9.784/1999 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete. ***O direito administrativo em evolução***. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. ***Novo curso de processo civil*****:** teoria do processo civil. vol. 1. 3 ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. ***O Adimplemento e o Inadimplemento das Obrigações no Novo Código Civil e o seu Sentido Ético e Solidarista*** in O Novo Código Civil – Estudos em

Homenagem ao Professor Miguel Reale, Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho (orgs.), SãoPaulo, LTr, 2003.

_____. ***A Boa-fé no Direito Privado*** – Sistema e Tópica no Processo Obrigacional, SãoPaulo, RT, 1999.

_____. ***A boa-fé no direito privado***: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MITIDIERO, Daniel. ***Colaboração no processo civil***: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

MERKL, Adolf. ***Teoria general del derecho administrativo***. Tradução: José Luiz Monereo Pérez. Granada: España Editorial Comares, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. ***Processo administrativo***: princípios constitucionais e a Lei 9.784. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. ***Temas de direito processual***: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, Fernando. ***O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boafé, justiça contratual***. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 126 apud WIEACKER, Franz. El principio genereal de la buena fé. Trad. Madrid: Civitas. 1982.

RUBINSTEIN, Flávio. ***A bona fides como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro.*** 2004. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). ***Atuais rumos do processo administrativo***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHREIBER, Anderson. ***A proibição do comportamento contraditório***. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos (coords.). Direito Civil - Constitucional. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, João Calvão da [et al] (Org.). ***Processo Civil Comparado***: análise entre o Brasil e Portugal. São Paulo: Forense, 2017, p 344.

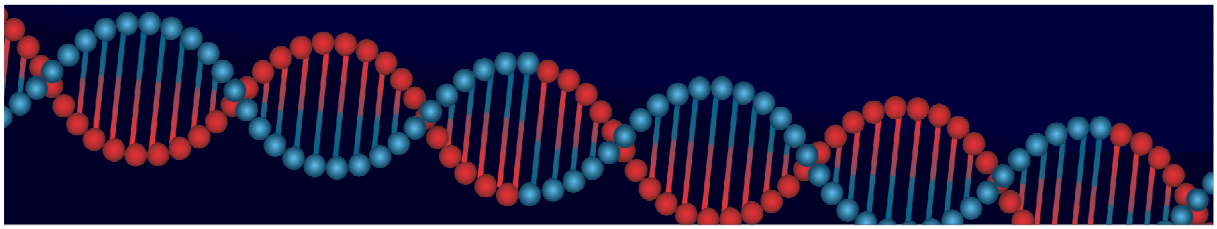
SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. ***Curso de Processo Civil***: processo de conhecimento. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: RT. 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. ***Fundamentos de Direito Público***. São Paulo: Malheiros, 2010, 5ª edição, 2010.

TARTUCE, Flávio. ***Manual de Direito Civil***. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. ***Notas sobre a Função Social dos Contratos***. Disponível em: www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf, p. 5. Acesso em: 21/09/2020.

ZANETI Jr., Hermes. ***Processo constitucional***: o modelo constitucional de processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: POR UMA TEORIA FUNDAMENTAL DO DIREITO DIGITAL

Paola Cantarini Guerra[*]
Willis Santiago Guerra Filho[**]

Resumo: No que se segue, postulamos por uma Teoria Fundamental do Direito Digital, que é a Teoria Inclusiva dos Direitos Fundamentais aplicada a este ainda novo e já extremamente vigoroso campo do Direito, o que consideramos imprescindível para uma melhor compreensão e proteção dos direitos fundamentais envolvidos nesta seara. Daí que vamos ter de conhecer um novo sujeito do novo Direito, que se relaciona estreitamente com uma nova compreensão do que sejamos os humanos, bem como os demais seres naturais **e** artificiais. A Teoria (Fundamental) dos Direitos Fundamentais aqui sustentada parte da necessidade da análise da natureza jurídica, hierarquia e espécies de normas jurídicas, voltando-se a uma visão dinâmica do ordenamento jurídico. Pretende-se, neste contexto, por meio de uma abordagem constitucional, consumar contribuição ao desenvolvimento de uma Teoria Fundamental do Direito Digital, enquanto teoria jurídica, desenvolvida à luz do Direito Constitucional, dos princípios constitucionais, da nova hermenêutica constitucional, partindo-

∗ Advogada, Professora universitária, com pós-graduações em direito constitucional, direitos humanos e direito internacional; Mestre e Doutora em Direito pelo Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade del Salento, Itália; Doutora em Filosofia (PUC-SP); Pós-Doutora em Filosofia, Arte e Pensamento Crítico pela European Graduate School, Saas-Fee, Suíça; Pós-Doutora no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal; Pós-Doutora em Direito pela USP; Pós-Doutora em Inteligência Artificial (PUC-SP); *Visiting researcher* em Direito na Universidade de Lisboa-Pt. e em Filosofia na Scuola Normale Superiore-PISA. Pesquisadora em Inteligência Artificial no Instituto de Estudos Avançados (USP) e no Instituto Turing (Oxford-GB).

** Advogado, Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO); Professor Permanente no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha; Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutor em Comunicação e Semiótica (PUCSP); Doutor em Psicologia Política (PUCSP).

se da diferenciação entre regras e princípios, do conceito multidimensional de direitos fundamentais, e passando-se necessariamente pela análise do princípio da proporcionalidade e do princípio da dignidade humana.

Palavras-chave: Direito Digital, Inteligência Artificial, Direitos Fundamentais, constitucionalismo digital.

Abstract: In what follows, we postulate for a Fundamental Theory of Digital Law, which is the Inclusive Theory of Fundamental Rights applied to this still new and already extremely vigorous field of Law, which we consider essential for a better understanding and protection of the fundamental rights involved in this harvest. Hence, we will have to know a new subject of the new Law, which is closely related to a new understanding of what humans are, as well as other natural and artificial beings. The (Fundamental) Theory of Fundamental Rights supported here starts from the need to analyze the legal nature, hierarchy and species of legal norms, turning to a dynamic view of the legal system. In this context, through a constitutional approach, it is intended to make a contribution to the development of a Fundamental Theory of Digital Law, as a legal theory, developed in the light of Constitutional Law, constitutional principles, the new constitutional hermeneutics, starting from the differentiation between rules and principles, the multidimensional concept of fundamental rights, and necessarily passing through the analysis of the principle of proportionality and the principle of human dignity.

Keywords: Digital Law, Artificial Intelligence, Fundamental Rights, digital constitutionalism.

No que se segue, postulamos por uma Teoria Fundamental do Direito Digital, que é a Teoria Inclusiva dos Direitos Fundamentais aplicada a este ainda novo e já extremamente vigoroso campo do Direito, o que consideramos imprescindível para uma melhor compreensão e proteção dos direitos fundamentais envolvidos nesta seara, senão vejamos.[1]

O direito digital é disciplina jurídica com características como a transversalidade e a imprescindível aproximação a campos científicos não-jurídicos, resultando numa espécie de equivalente atual do que outrora, ainda há pouco, foi o direito ambiental. Do que se trata, afinal, é da incidência de normas, jurídicas e outras, no chamado ciberespaço, tanto que em

[1] Cf., mais amplamente, Paola Cantarini; Willis Santiago Guerra, *Teoria inclusiva dos Direitos Fundamentais e Direito Digital*, Clube de Autores, edição kindle, 2020.

inglês é comumente designado Cyberlaw. Em alemão é que se pode encontrar referência a uma Digitalverfassung (constituição digital), como no seminário apresentado na Universidade de Frankfurt am Main por *Rudolf Wiethölter* e *Günther Teubner*, com a colaboração de G.-P. Callies e outros, no semestre de inverno de 2002/2003. Ocorre que o foco em ambos os países, sob essa rubrica, é o direito da internet, a lex informatica. Propomos que o direito digital, além da internet, cuide da regulação, normativa, governamental ou não (Soft Law), de tudo que se relacione às mídias eletrônicas. E que ele contemple ainda um outro aspecto, uma espécie de reverso deste que se vem de mencionar, pois seria a constituição de um campo de estudo no Direito que se dedique a aplicar nele os desenvolvimentos da digitalização eletrônica.

Com isso, queremos postular, tal como o fez Lawrence Lessig[2], que o direito digital tem não só o que receber dos mais diversos ramos já existentes do Direito, desde os mais recentes, como o Direito Inter-Espacial ao das Telecomunicações, até os mais tradicionais, assim do Direito Público como do Direito Privado, nacional ou internacional. Ele tem o que contribuir, e muito para uma renovação no modo de se compreender o próprio Direito e a nova sociedade em que hoje se insere, a sociedade digital, mundial.

Daí que vamos ter de conhecer um novo sujeito do novo Direito, que se relaciona estreitamente com uma nova compreensão do que sejamos os humanos, bem como os demais seres naturais e artificiais...

Eis que o estudo do direito digital nos coloca desafios verdadeiramente filosóficos e científicos de primeira grandeza. Necessitamos de marcos teóricos extra-jurídicos tanto quanto do chamado Marco Civil da internet. Neste Marco, temos consagrados os princípios orientadores para se garantir direitos e deveres por conta do uso da internet no Brasil, tendo o seguinte como fundamento:

I – Reconhecimento da escala mundial da rede;

II – sua conexão íntima com diversos dos direitos humanos, destacando-se os da cidadania, difusos e de desenvolvimento da personalidade, dos quais decorrem outros como o de participação política, defesa do consumidor, livre concorrência etc.;

III – Função prioritariamente social da rede.

---

[2] *The Law of the Horse: What Cyberlaw might teach, in*: Harvard Law Review, vol. 113, 1999, p. 501 ss.

É no âmbito do direito digital que se insere, com destaque, e em estreita correlação com a internet, o tema da inteligência artificial, a ser trabalhado juridicamente. Para tanto, sugerimos a adoção de um enquadramento em que para cada um dos quatro lados da moldura teórica corresponda o seguinte:

1. Estudos de ciência de dados e da computação
2. Estudos de natureza filosófica, seja em campos como os da lógica e da epistemologia, seja naqueles mais especulativos, da ética e da ontologia
3. Fundamentos de teoria social, e aqui destacamos a relevância da teoria de sistemas sociais autopoiéticos, desenvolvida sobretudo por Niklas Luhmann, a partir do que desenvolveram em biologia do conhecimento Maturana e Varela, os quais se situam no paradigma transclássico de abordagem científica, holístico, que tem na semiótica com na cibernética exemplos típicos e influentes em tais formulações.
4. Teoria dos Direitos Fundamentais como teoria fundamental do direito.

Que uma vez introduzida na rede não há saída fácil ficamos sabendo no Brasil com o caso Cicarelli, quando a modelo teve seu namoro nos mares da Espanha divulgado e vastamente apreciado na rede. O juiz da causa, dando razão à modelo, determinou que as cenas fossem excluídas, e quando o representante do you-tube o explicou que isso só seria possível desligando toda essa parte importante da rede, o ignorante cibernético investido da função jurisdicional determinou que assim se fizesse. Em breve, a própria Srta. Cicarelli estaria se desculpando por ter provocado a saída do ar do you-tube.

Historicamente, completaremos duas décadas e meia de uso intensivo da internet em 2021, com perspectivas de intensifica-lo cada vez mais. É mais que hora de nos ocuparmos, de forma radicalmente interdisciplinar, dessa temática.

Preliminarmente, há de se concluir, então, que :

- o Brasil dispõe já de um conjunto de fontes jurídicas que preveem e punem a generalidade das infrações informática;
- há temas de altíssimas relevância e atualidade, como a espionagem internacional através de meios eletrônicos ou a violação de direitos humanos e de personalidade, como são direitos à preservação da privacidade, da intimidade, ao desenvolvimento da personalidade ou, mesmo, a ter uma personalidade que não venha a ser constrangida e inscrever-se na rede, como

antecipam os “google men” Eric Schmidt e Jared Cohen em “The new Digital Age”)[3]. Ainda atuais, quanto ao direito de propriedade, sobretudo intelectual, em face da digitalização é o capítulo “A polícia dos bits” em “A Vida Digital”, de Nicholas Negroponte[4].

- o estudo do Direito Digital, além de urgente, será tão melhor realizado quanto mais participarem dele especialistas das mais diversas áreas do direito, como também do conhecimento em geral, com especial destaque para aquelas disciplinas ditas “transclássicas”, como a semiótica, a cibernética, teoria de sistemas etc., bem como a matriz de todo conhecimento ocidental, a filosofia, que antes destas referidas disciplinas apresentou algumas de suas características fundamentais, tal como a reflexividade, o holismo e análise crítica (heurística).

O Direito Digital haverá então de ser interpretado à luz da nova hermenêutica constitucional, da nova configuração do Direito Privado e do Direito Público, afastando-se a antiga visão dicotômica entre tais campos do conhecimento jurídico, e à luz dos conceitos de constitucionalismo, direitos fundamentais, princípio da proporcionalidade e princípio da dignidade humana. O espaço público é reduzido, ocorrendo sua privatização e abandono, ao passo que ocorre a publicização do privado, em um processo de guetização e estigmatização da população pobre, de precarização da vida. Ocorre, por outro lado a "descidadanização" da política partidária e as mudanças socioculturais na formação do público, envolvendo a desinstitucionalização da cultura pública, com o enfraquecimento dos orçamentos, fechamento de programas estatais, conjugando-se tais questões com as trajetórias e ampliação dos movimentos sociais independentes, com a criação de novos mercados alternativos, formas inovadoras de produção de conhecimento em redes.

Paralelamente, ocorre uma crise dos direitos humanos, diante de sua inefetividade, relacionando-se de certo modo à crise da democracia representativa, trazendo toda a problemática quanto ao direito à cidade, a exclusão urbana, e as novas formas de *apartheid*. Ocorre o esvaziamento do conceito de direitos humanos, já que vinculado à cidadania, da qual milhares de pessoas estão desvinculadas, como já anunciou Hannah Arendt.[5] Portanto, como

---

[3] New York: Alfred A. Knopf, 2013, p. 173: item “No Hidden People Allowed”, justificando com o álibi do terrorismo.

[4] 2ª. ed., trad. Sergio Tellaroli, São Paulo: Cia. Das Letras, 1995, p. 55 ss.

[5] *Origens do totalitarismo*, trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

já dizia N. Bobbio, o problema dos direitos humanos não é da ordem da fundamentação, mas da esfera da aplicação, da falta de efetividade.

As Declarações Universais dos Direitos Humanos construídas sob a ótica da hegemonia ocidental dos países do primeiro mundo refletem tal ideologia eurocêntrica-dominante, ocorrendo o retrocesso atualmente na conquista de direitos e preocupações humanitárias, como demonstram a Declaração da Filadélfia e a Declaração de Marrakesh. A Declaração de Marrakesh traz a alteração da concepção do trabalho, visto agora como mercadoria, dando ênfase ao comércio e relegando a um plano inferior os direitos sociais. Da mesma forma a recente jurisprudência da Corte Europeia, privilegia a liberdade de estabelecimento em detrimento do respeito aos direitos sociais, como se denota da decisão denominada “Viking”.

Seria um retorno sub-reptício ao sistema feudal, ao reino da personalidade das leis, ocorrendo a pulverização dos direitos humanos. A peça de teatro “O Rei da Vela” de Oswald de Andrade, novamente em cartaz em 03.2018, dirigido e atuado por José Celso Martinez Correa, após sua estreia e temporada originárias meio século antes, que marcou época e constitui divisor de águas na história de nossa dramaturgia, em pleno regime ditatorial, apresenta o Brasil como um país feudal, onde o cobrador do ágio vira rei da vela ao explorar a pobreza dos devedores que não possuiriam dinheiro para pagar sequer a conta de luz, aprisionando estes em celas com grades e negociando os juros com um chicote.

Estamos diante de um mercado legislativo planetário, com as tradições jurídicas sendo postas em concorrência umas com as outras, sendo ainda bastante incerto que se realize a visão kantiana da convergência delas em uma república mundial (*Weltrepublik*). Ocorre a instrumentalização do Direito pelo cálculo, pela estatística, pelo pensamento do número, o que poderá conduzir aos mesmos impasses dos regimes totalitários do séc. XX, cujo traço comum foi justamente a sujeição do Direito às supostas leis férreas da economia, da história ou da biologia.

Diante deste quadro, aponta-se para a necessidade de uma nova concepção e reinvenção dos direitos humanos que reconheça e integre a diversidade cultural e as diversas concepções de dignidade humana, como por exemplo, as noções de “dharma” Hindu, de “umma” islâmica. Passa-se ao foco dos deveres ao invés de aos direitos e na concepção de

comunidade, a exemplo das noções de “pachamama” ou o “buen vivir” dos povos indígenas da América Latina, de “ubuntu africano”, de “Sumak Kawsay”, ou o “Sumak Qamanã”, trazendo o respeito aos direitos da natureza, tal como preceitua a Constituição do Equador de 2008.

Daí a importância do conceito de democracia participativa, com base na igualdade política, social e econômica, no respeito pela igualdade na diferença, por meio de um processo político participativo, na linha do que se denomina de “constitucionalismo transformador”, trazendo a possibilidade de recuperação do fim da cidadania, em uma forma de cidadania ativa e não anestesiada, como exercício de direitos humanos, com destaque para os partidos-movimento, ou movimento-partidos, os protestos multitudinários globais como novos ativismos, movimentos multissetoriais, “multidões inteligentes”, ou “smart mobs”. Diversas inovações institucionais surgiram das lutas sociais, como no caso dos partidos-movimento, ou movimento-partidos, com destaque para o partido “Aam Aadmi Party” (AAP) em Nova Delhi, dos “5 Stelle” na Itália, do “Podemos” na Espanha e para o movimento “Primavera Árabe”. Da mesma forma o papel das autoridades africanas, com a participação na gestão da terra, a luta dos mexicanos contra os EUA pelo direito à inclusão aliado à identidade cultural, a luta dos povos indígenas da América Latina pelo reconhecimento dos seus sistemas político-jurídicos ancestrais, bem como os sistemas jurídicos indígenas no Canadá, Índia, Nova Zelândia e Austrália. Outros movimentos destacados como paradigmáticos são os ocorridos na África do Sul denominados “(hashtag)RhodesMustFall” e “(hashtag)FeesMust-Fall”, movimentos populares na América Latina, relacionados ao direito à educação, tais como, os protestos estudantis no Chile, as novas demandas por universidades no Equador, as experiências com instituições e conhecimentos indígenas nos Andes, a ocupação de escolas por estudantes secundaristas no Brasil.

A Teoria (Fundamental) dos Direitos Fundamentais aqui sustentada parte da necessidade da análise da natureza jurídica, hierarquia e espécies de normas jurídicas, voltando-se a uma visão dinâmica do ordenamento jurídico. Assim como já amplamente consagrado no Direito Civil, inclusive havendo uma disciplina específica reconhecida e denominada de “Direito Civil Constitucional”, o Direito Digital deverá passar por uma filtragem constitucional, sendo compreendido de acordo com a existência e a validade do fenômeno constitucional, que tem por objetivo o respeito à justiça social nas relações jurídicas, ampliando-se o espectro de proteção dos direitos fundamentais envoltos em tal temática. É o

advento do chamado "constitucionalismo digital", que entendemos como uma forma de *societal constitutionalism*, teorizado por David Sciulli e,[6] mais recentemente, Gunther Teubner.[7] Para evitar confundir com algo totalmente diverso, ao qualificar o constitucionalismo de que aqui se trata, seria melhor traduzir "*societal*" por "societário", ao invés de "social".

Pretende-se, neste contexto, por meio de uma abordagem constitucional, consumar contribuição ao desenvolvimento de uma Teoria Fundamental do Direito Digital, enquanto teoria jurídica, desenvolvida à luz do Direito Constitucional, dos princípios constitucionais, da nova hermenêutica constitucional, partindo-se da diferenciação entre regras e princípios, do conceito multidimensional de direitos fundamentais, e passando-se necessariamente pela análise do princípio da proporcionalidade e do princípio da dignidade humana. Trata-se de interpretar e aplicar o Direito Digital em respeito à constitucionalização do Direito e aos princípios basilares constitucionais, buscando-se uma reflexão aprofundada e crítica acerca dos fundamentos constitucionais do Direito Digital.

O Direito Digital, na esteira do que já ocorreu e é reconhecido no âmbito do Direito Civil, deverá ser interpretado e aplicado em atenção ao movimento do neoconstitucionalismo, que preferimos caracterizar como sendo um pós-positivismo, o qual entende as normas da Constituição Federal como de caráter aberto e amplo (vide as obras quase homônimas de Paulo Bonavides e Pablo Lucas Verdú, referindo já no título à "Constituição Aberta"), em especial as normas de direitos fundamentais, reconhecendo-se a natureza jurídica das normas de direitos fundamentais como de princípios jurídicos, seguindo-se os desenvolvimentos nesta seara da Teoria Processual da Constituição de Willis Santiago Guerra Filho (decorrente de tese de livre docência, associada à posterior igualmente pioneira e seminal entre nós tese de titularidade sobre teoria do processo constitucional como tutela de direitos fundamentais), bem como a insuficiência dos critérios da hermenêutica tradicional, quais sejam, da interpretação gramatical, sistemática, histórica, teleológica, axiológica, propostos por Savigny, com cunho em bases privatísticas, as quais não mais são suficientes, contudo. Daí a

---

[6] Em *Theoy of societal constitutionalism. Foundations of a non-marxist critical theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

[7] Cf. seu *Fragmentos Constitucionais - Constitucionalismo Social na Globalização*, 2 ª ed., coord. da trad. Ricardo Campos, São Paulo: Saraiva, 2020.

.

necessidade de uma nova hermenêutica constitucional, diferenciada. Há, portanto, que se postular pela diferença entre normas jurídicas que são regras e normas jurídicas que são princípios, com fulcro no pensamento de Ronald Dworkin, Josef Esser, Robert Alexy, havendo diferenças no caso de solução de conflitos entre regras ou entre princípios.

Propõe-se aqui, então, uma reflexão hermenêutica atualizada, que faça gravitar as considerações tecidas tendo como centro de análise a própria Constituição Federal. A interpretação especificamente constitucional do Direito Digital que aqui se propõe leva em conta que praticar a interpretação constitucional é diferente de interpretar a Constituição de acordo com os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica, que foram, na realidade, desenvolvidos em época na qual as matrizes do pensamento jurídico assentavam-se em bases privatísticas. Nesta linha argumentativa, a discussão deve ser remetida à ordem dos princípios constitucionais, destacando-se a importância de se proceder a uma interpretação adequada e especificamente constitucional e crítica-filosófica do Direito Digital.

Os princípios constitucionais, pensados em torno da distinção entre regras e princípios antes referida, determinam a atual ordem jurídica que concretiza uma ideia reitora condensada na fórmula política adotada em nossa Constituição: o Estado Democrático de Direito. A discussão hermenêutica, portanto, deve ser analisada sob o viés atual das manifestações do constitucionalismo atual, ou seja, de acordo com o denominado “neoconstitucionalismo” ou pós-positivismo.

A exata compreensão da *ratio essendi* da norma concreta permite a verificação da disfuncionalidade do exercício da posição jurídica que contrarie o espírito, o sentido (razão de ser) da própria norma. Em um sistema disfuncional ocorre uma anomalia do sistema (global), em termos de teoria sistêmica luhmanniana. Quando um sistema (parcial) é disfuncional suas funções acabam sendo exercidas por outros sistemas, por exemplo, quando o Poder Judiciário, que está no centro do sistema jurídico, acaba sendo cooptado pelo sistema econômico. Assim, a má aplicação do princípio da proporcionalidade pelo STF em diversos casos de colisão de normas de direitos fundamentais, é um exemplo paradigmático de que o sistema jurídico apresenta uma disfuncionalidade, ocorrendo uma anomalia em tal sistema, uma corrupção

sistêmica, nos termos da teoria de sistemas de N. Luhmann, a evidenciar que vivemos em plena crise que se pode caracterizar como eco-epistemológico-autoimunitário-sistêmica.[8]

Quanto à proteção constitucional do direito fundamental da proteção de dados, embora inexista um dispositivo legal expresso, ou seja, uma previsão constitucional direta acerca da proteção de dados, contudo, há proteção constitucional de direitos fundamentais relacionados, como a privacidade, a intimidade (art. 5º, X), o direito à informação (art. 5º inciso XXXIII, c/c inciso II do § 3 do art. 37, § 2 do art. 216), bem como quando prevê a dignidade humana (art. 1°, III, CF/88,) e a garantia constitucional e processual do "*habeas data*", sendo tal garantia fundamental e instrumental novidade da CF88, consoante seu art. 5º, LXXII. Por conseguinte, entendemos que foi reconhecido pela CF o direito fundamental à proteção de dados pessoais, como uma dimensão material do "habeas data", como parte do *substantive due process of Law* portanto, com fulcro na inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da dignidade humana.[9]

A Constituição Federal também prevê no seu artigo 222 garantias relacionadas mesmo que de forma indireta à proteção de dados. Nota-se que se trata de uma garantia de diversas instituições, as quais albergam direitos fundamentais em suas várias dimensões, inclusive aquela coletiva.

> Artigo 222, p. 3: § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

O artigo 222 faz menção aos princípios previstos no artigo 221, *verbis*:

> Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Além disso, destaca-se a Proposta de Emenda à Constituição 17/19 que insere a proteção de dados pessoais, incluindo os digitalizados, no rol do artigo 5º. da CF. Importante

---

[8] Cf. Paola Cantarini, *O Princípio da Proporcionalidade como resposta à crise autoimunitária do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

[9] Neste mesmo sentido dispõe Laura Schertel Mendes, *Privacidade e dados pessoais. Proteção de dados pessoais. Fundamento, conceitos e modelo de aplicação, in*: Panorama setorial, ano XI, <https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/6/15122520190717-panorama_setorial_ano-xi_n_2_privacidade_e_dados_pessoais.pdf>

destacar que para parte da doutrina referido dispositivo legal não se refere apenas aos direitos individuais, abrangendo também os direitos sociais.

A questão de fato não é simples, como bem ressalta Danilo Doneda[10], isto porque no seu entender não há ainda a menção da proteção de dados no rol do artigo 5º, a garantir sua previsão como direito fundamental. Entende o autor que a proteção de dados poderia ser considerada como objeto de tutela constitucional, caso se interprete que tal direito é derivado de forma direta da privacidade, como uma subespécie deste. Aponta que parte da doutrina entende que somente seria protegido pela Constituição o aspecto da "comunicação e não as informações pessoais em si", nos termos do artigo 5º, XII, trazendo o risco de uma grande permissividade em relação à utilização das informações pessoais. Destaca que tal entendimento foi corroborado em decisão do STF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, reconhecendo a inexistência de uma garantia constitucional de inviolabilidade sobre dados armazenados em computador, endossando, segundo Danilo Doneda, a tese de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no sentido de apenas haver a tutela jurídica do sigilo das comunicações e não dos dados. Doneda discorda de tal interpretação restritiva, entendimento com o qual concordamos, pois não se sustenta uma interpretação restritiva quando se trata de direitos fundamentais, já que a fórmula política do Estado Democrático de Direito pauta-se pelo reconhecimento do Estado a serviço da primazia dos direitos fundamentais. Em suas palavras acerca de tal interpretação, apenas com foco na comunicação e sua interceptação: "lastreia-se em uma interpretação que não chega a abranger a complexidade do fenômeno da informação (...)".[11]

Contudo, mais adiante Doneda sustenta seu entendimento no sentido de ser a proteção de dados pessoais uma garantia de caráter instrumental, derivada da tutela da privacidade, porém não limitada por esta. Neste caso, apesar de apontar para a problemática da interpretação restritiva, acaba não afirmando de forma inequívoca o caráter de direito fundamental da proteção de dados, trazendo, portanto, também uma interpretação ainda restritiva, incongruente, ou no mínimo confusa[12].

---

[10] *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

[11] *Ibidem*, p. 7100 e ss., versão kindle.

[12] *Ibidem*, p. 7123 e ss., versão kindle.

A proteção de dados é considerada direito fundamental pelo art. 8 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 07.12.2000.

Há também previsão pelo Conselho da Europa da proteção de dados com status de direito humano, como um requisito necessário para um sistema integrado europeu de proteção aos dados pessoais, consoante a Convenção de 1981, Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (*Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, 108/1981), conhecida também como Convenção de Strasbourg. Em seu preâmbulo consta a proteção de dados pessoais relacionada à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, considerando, portanto, a proteção de dados como um tema de direitos humanos.

Da mesma forma há tal previsão pela Diretiva 95/46/CE revogada pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD 2016/679, o qual novamente traz a previsão de ser um direito fundamental, consoante se denota do seu artigo 1º. Traz também a previsão acerca da necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade ao ressalvar que o direito à proteção de dados pessoais não é absoluto, devendo ser equilibrado (ponderação) com outros direitos fundamentais, pelo princípio da proporcionalidade (item 4).[13]

Destaca-se, outrossim, documento denominado “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial” publicado em 02.2020 pela AEPD, Agência Espanhola de Proteção de Dados, no tocante a regulamentação da proteção de dados pela GDPR, onde há expressa previsão acerca da observância da proporcionalidade no tratamento de dados.

Ainda dentro da temática da autorregulamentação da proteção de dados discute-se a possiblidade de uma tutela construída em torno da *lex mercatoria*, a qual seria ampliada para conter os domínios da sociedade da informação, alcançando o que alguns denominam de *lex electronica*, com seus próprios instrumentos de resolução de conflitos, conceituada como “um

---

[13] O Regulamento Geral sobre a Proteção de dados - GDPR da União Europeia - General Data Protection Regulation regulamenta também a exportação de dados pessoais para fora da EU, assim como a LGPD brasileira; trata-se da previsão do livre fluxo informacional, quando um país reconhece que o outro possui um nível adequado de proteção de dados pessoais.

direito espontâneo, nascido fora de toda e qualquer intervenção estatal, considerando-se que o caráter essencial da *lex mercatoria* consiste em não se confundir com o direito que emana do Estado.[14]

Doneda não concorda com tal ampliação da *lex mercatoria* para abranger uma *lex eletronica*, já que os pressupostos de ambas seriam diversos, podendo levar a distorções como a desconsideração de mecanismos regulatórios convencionais.[15]

> A *societas mercatorum*, estável e permanente, não encontra analogia possível em uma hipotética *societas electronica*, cuja legitimidade como uma comunhão de interesses e objetivos é meramente fantasiosa (...). Essa *societas electronica* deixa de ser identificável, e deixa também de justificar uma regulação com base em costumes como alternativa viável.

Quanto à legislação infraconstitucional, o Brasil possui diversas leis esparsas envolvendo a proteção de dados pessoais ou direitos relacionados, como o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet, a Lei do Cadastro Positivo, a Lei de Acesso à Informação, a Lei do Comércio eletrônico, e a mais recente LGPD - Lei Geral de Proteção de dados, a qual ao contrário das demais restringe seu objeto apenas à proteção de dados pessoais. Também há a recente aprovação pelo Senado em 30.06.2020 do texto-base do Projeto de Lei nº 2.630/2020, que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet.

A inovação da LGPD é que agora não há o foco apenas no consentimento, única base legal das leis mencionadas, acrescentando outras bases legais. Segundo a LGPD o consentimento deve ser fornecido por escrito e de forma destacada das demais cláusulas contratuais.[16] A lei no seu artigo 5º. XII traz os requisitos legais do consentimento para que seja considerado válido; o consentimento deve ser livre (sem coação ou coerção), informado, inequívoco e específico, com uma finalidade determinada.

---

[14] Lionel Zaclis, "*Visão alternativa da nomogênese de um sistema jurídico voltado à proteção do consumidor no comércio eletrônico internacional: a assim chamada* ***lex electronica***", *in*: Revista de Direito do Consumidor, n. 43, 2002, p. 198 e ss.

[15] *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*, ed. ult. cit., p. 7574 e ss.

[16] O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor traz a proibição de práticas que coloquem o consumidor em posição excessivamente desvantajosa, com a proibição das cláusulas abusivas, nulas de pleno direito. Para Bruno Bioni, a LGPD possui uma racionalidade regulatória *ex ante*, ao passo que a proteção contratual pelo CDC traz um controle *ex post* (obra citada).

Importa ressaltar que a LGPD não traz, contudo expressa previsão da proteção de dados como direito fundamental como se denota dos seus artigos 1º e 17, quando menciona a proteção de outros direitos fundamentais, destacando como direitos fundamentais: a liberdade, a intimidade, a privacidade, e o livre desenvolvimento da personalidade.[17]

A proteção de dados como direito fundamental, deve ser refletida à luz, do princípio da proporcionalidade (*ex vi* do art. 6, II e III), da razoabilidade (expresso no art. 5, art. 6, I,[18] art. 12, § 2º, art. 18, § 1º) essenciais quando se fala em direitos fundamentais, relacionados, por sua vez à dignidade humana, núcleo essencial de todo direito fundamental, consoante princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e valor, princípio axial de todo Estado Democrático de Direito.

Importante ressaltar a vinculação do princípio da proporcionalidade com a proposta de procedimentalização e da natureza jurídica processual da Constituição da lavra e Willis S. Guerra Filho, com base em autores tais como J. Rawls e R. Wiethölter. A ideia da "procedimentalização" entendemos ser congenial à tese de Luhmann da "legitimidade pelo procedimento" e pode muito bem ser entendida como um "chamado à responsabilidade judicial" (Drucilla Cornell), e não como um decisionismo em que se manifestações do poder se autolegitimam por emanar suas decisões de um procedimento, não importando seu conteúdo.

A proteção de dados como direito fundamental, deve ser refletida à luz, do princípio da proporcionalidade (*ex vi* do art. 6, II e III), da razoabilidade (expresso no art. 5, art. 6,

---

[17] Art. 18, V: O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição regulamentação do órgão controlador; VI - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial - Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019).

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

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

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; (...).

I,[19] art. 12, § 2º, art. 18, § 1º) essenciais quando se fala em direitos fundamentais, relacionados, por sua vez à dignidade humana, núcleo essencial de todo direito fundamental, consoante princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e valor, princípio axial de todo Estado Democrático de Direito.

Importante ressaltar a vinculação do princípio da proporcionalidade com a proposta de procedimentalização e da natureza jurídica processual da Constituição da lavra e Willis S. Guerra Filho, com base em autores tais como J. Rawls e R. Wiethölter. A ideia da "procedimentalização" entendemos ser congenial à tese de Luhmann da "legitimidade pelo procedimento" e pode muito bem ser entendida como um "chamado à responsabilidade judicial" (Drucilla Cornell), e não como um decisionismo em que se manifestações do poder se autolegitimam por emanar suas decisões de um procedimento, não importando seu conteúdo.

Quanto à natureza jurídica da proporcionalidade, nesse contexto, entendemos que se consagra em norma possuindo uma natureza tríplice - ou duplamente dúplice - por ser norma material de natureza dúplice, a de princípio e a de regra, mas também por não ser só norma material, pois é igualmente processual, ao consagrar um procedimento. E esta norma agasalha ou consagra uma garantia fundamental, derivada do devido processo legal. Além disso, dela deriva - ou a ela se relaciona - um cânone ou critério de interpretação constitucional, dito da concordância prática, da harmonização ou "cedência recíproca".

A proporcionalidade, portanto, remete a princípio jurídico cujas origens radicam no processo de afirmação concreta dos direitos fundamentais, no bojo de um novo constitucionalismo, que data do segundo pós-guerra o seu desenvolvimento. Irradiado, sobretudo, a partir da Alemanha Federal, é ainda o melhor antídoto jurídico-político existente ao que podemos caracterizar como o vírus e a pandemia social, que veio a ser agravada – e exposta - por aquela propriamente viral, de Covid-19, que nos acomete, a saber, a praga do

---

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

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

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; (...).

neoliberalismo, cada vez mais associada a posturas anti-democráticas, outra praga que se dissemina, tal como se fora uma “infecção oportunista”.

Historicamente, pode-se localizar o surgimento do princípio da proporcionalidade, como princípio constitucional, na tradição germânica, no pós II Guerra Mundial, representando a falência tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa, provocando o novo confronto bélico mundial. E em um segundo momento, representa também uma alternativa ao modelo social e, mesmo, daquele socialista de Estado. O Estado Democrático de Direito, então, apresentasse como uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado, seja nas versões autoritárias, seja naquelas democráticas. Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses da esfera pública, ocupada pelo Estado, da esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, da esfera coletiva, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos.

É certo que a ideia subjacente à "proporcionalidade", de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber, com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre os indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.[20]

Surge, por outro lado, com o avanço da modernidade, uma necessidade crescente de procedimentalização do direito e neste contexto o princípio da proporcionalidade é lastreado procedimentalmente e alçado à ideia de Justiça, o que implica também em sua natureza multidimensional, carregando em si as características de ser um procedimento, com carga, portanto processual, sendo também regra e princípio, e estando no topo da hierarquia jurídica, no topo da pirâmide normativa, é ao mesmo tempo capaz de descer à sua base, quando de sua aplicação para solução dos conflitos principiológicos envolvendo direitos fundamentais. Há ainda uma correspondência lógica entre a cláusula do devido processo legal, na qual

[20] Daí se referir ao princípio Paulo Bonavides como “antiquíssimo”. Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 362.

entendemos estar incrustrado o princípio da proporcionalidade, enquanto garantia fundamental, e a observância de um procedimento adequado, logo, contrário ao subjetivismo, causador de insegurança jurídica.

Não há, entretanto, que se confundir o princípio, consagrador de garantia fundamental, com a proporcionalidade como um parâmetro interpretativo ou *topos* argumentativo, enquanto meras ideias, já que, quando tais ideias se apresentam positivadas na forma de princípios, que são verdadeiras normas jurídicas e de hierarquia superior, não há que se optar por aplicá-las ou não, pois a incidência do princípio em tela, como a de qualquer outro, é até mais imperiosa do que a de normas outras de escalão inferior.

Além disso, para o Direito se manter como sistema autopoiético, vale lembrar, é essencial a formação de determinadas unidades "procedimentais". E neste sentido, a fim de realizar o seu acoplamento estrutural com outros sistemas sociais, são de vital importância os procedimentos de reprodução jurídica, quais sejam, legislativos, administrativos, judiciais, contratuais. Isto porque não se vislumbra mais como possível que o Direito se limite a consagrar as normas formalmente, e não plenamente.

Aponta ainda Willis Santiago Guerra Filho para a essencialidade e multidimensionalidade dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito.[21] Assim sendo, os procedimentos são a ponte que liga o sistema jurídico aos demais sistemas, sendo de fundamental importância para as operações de autor-reprodução judicial dentro dos sistemas (*operational closeness, operative Geschlossenheit*). A autonomia do sistema e seu fechamento operacional, característicos da teoria sistêmica luhmaniana são as condições que possibilitam a conexão do Direito com outros sistemas, o que se denomina de "abertura cognitiva" (*kognitive Offenheit*).

Willis Santiago Guerra Filho, ao tratar da teoria sistêmica de Luhmann e sua adequação também aos estados periféricos, enquanto integrantes da "sociedade mundial" (*Weltgesellschaft*), afirma a íntima relação de tal princípio da proporcionalidade com a ideia de legitimidade do Direito, pelo procedimento, no movimento da procedimentalização do Direito (Wiethölter), da obtenção de "legitimidade pelo procedimento" (Luhmann).

---

[21] Cf., de um modo geral, para quanto aqui se expõe, Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria Processual da Constituição*, 3a. ed., São Paulo: RCS, 2007; *Id.*, *Teoria da Ciência Jurídica*, 2a. ed., São Paulo: Saraiva, 2009; *Id.*, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 7a. ed., São Paulo: SRS, 2017; *Id.*, *Ensaios de Teoria Constitucional*, 2a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Sobre a necessidade do princípio da proporcionalidade, no sentido de "legitimidade pelo procedimento", é de se ressaltar a importância crescente do papel da magistratura, e a influência decisiva, em nossa sociedade hipercomplexa, de leis processuais, de procedimentos, possuindo até mesmo as normas das Constituições a natureza de normas processuais. Destaca-se que a legislação apenas é insuficiente para o tratamento judicial satisfatório de questões na modernidade que demandam um elevado grau de novidade, e que, portanto, não contam com previsões que as regulem satisfatoriamente pelo ordenamento jurídico. Daí a necessária ênfase na importância crescente das leis processuais e de procedimentos, na linha do que o teórico do direito frankfurtiano Rudolf Wiethölter qualificou como "procedimentalização", exercendo assim grande influência em outro frankfurtiano, Jürgen Habermas, em suas incursões na filosofia jurídica. Tal conceito entendemos como congenial à célebre tese de Luhmann da "legitimidade pelo procedimento" e para Teubner ambos, Luhmann e Wiethölter, podem ter suas concepções aproximadas da de Derrida, que de fato referiu-se diversas vezes à desconstrução como equivalente à justiça, a qual pode muito bem ser entendida como um "chamado à responsabilidade judicial" (Drucilla Cornell). Relaciona-se, outrossim, a Rawls em sua postulação acerca da exigência de um procedimento isento, ou seja, da ponderação como *fairness*, na busca da realização da Justiça.

Deve-se, então, passar a uma consideração contextualizada, caso a caso, pois como diria Rawls, o melhor que podemos fazer pelo direito é assegurar um procedimento isento, de modo a alcançar decisões aptas a equalizar todos os interesses e/ou valores em conflito. Isto ocorre principalmente pela "ponderação" (*Abwägung*) destes interesses e/ou valores de acordo com o "princípio da proporcionalidade" (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), tal como apontado por Karl-Heinz Ladeur, em sua concepção teórica do direito por ele mesmo qualificada de pós-moderna, a qual, nesse ponto, endossamos e procuramos desenvolver.

Destaca-se a característica única do princípio dos princípios, já que todos os demais princípios são relativos, de ser absoluto, essencial em nossa sociedade que vive uma condição pós-moderna (J.-F. Lyotard), em um mundo altamente complexo, onde o risco e a complexidade aumentam, como um exemplo do loop hierárquico de Hofstadter, bem como possui uma carga procedimental, na medida em que se desdobra em três subprincípios e fornece um método racional, um procedimento para sua aplicação.

Trata-se de uma perspectiva epistemológica “democrática”, popular, pois se pauta na promoção de um amplo debate para incluir o maior número de posições, ou seja, a legitimidade do direito passa a depender, sobretudo dos procedimentos que institui (e, correlativamente, o instituem), tanto quanto seus resultados precisam coincidir com um dos possíveis conteúdos dos seus princípios e demais normas, para estar de acordo com valores básicos tais como racionalidade, participação democrática, pluralismo ou eficiência econômica, que são já perseguidos no momento mesmo em que são instituídos os procedimentos.

Nesse passo, há de se mencionar enfaticamente o filósofo do direito frankfurtiano R. Wiethölter, a quem Habermas segue, de acordo com quem nas sociedades pós-industriais encontramos como característica mais distintiva do direito, justamente, sua “procedimentalização” (*Prozeduralisierung*).

Defendemos que o princípio da proporcionalidade é capaz de dar um “salto hierárquico” (*hierarchical loop* – D. Hofstadter), ao ser extraído do ponto mais alto da “pirâmide” normativa para ir até a sua “base”, onde se verificam os conflitos concretos, validando as normas individuais ali produzidas, na forma de decisões administrativas, judiciais etc. Essa forma de validação é tópica, permitindo atribuir um significado diferente a um mesmo conjunto de normas, a depender da situação a que são aplicadas. É esse o tipo de validação requerida nas sociedades hipercomplexas da pós-modernidade, que se conectam na (e à) sociedade mundial. Nela(s) se misturam criação (legislação) e aplicação (jurisdição e administração) do Direito, tornando a linearidade do esquema de validação kelseneano pela referência à estrutura hierarquicamente escalonada do ordenamento jurídico em circularidade, com o embricamento de diversas hierarquias normativas, as “tangled hierarchies”, ou seja, hierarquias embricadas (heterarquicamente, pode-se dizer) da teoria sistêmica (teorizadas, notoriamente, por Hofstadter, na figura do “strange loop”). Concretamente, isso significa que assim como uma norma, ao ser aplicada mostra-se vá- lida pela remissão a princípios superiores, insculpidos na Constituição, esses princípios validam-se por serem referidos na aplicação daquelas normas. Fecha-se, assim, autopoiética e circularmente, o Direito.

Portanto, o princípio da proporcionalidade como “princípio absoluto”, único princípio com tal natureza, distancia-se dos demais princípios, já que é da natureza do princípio justamente sua relatividade, ao contrário dos valores, que são absolutos. Sua natureza de

princípio absoluto decorre do fato de sua inafastabilidade em todos os casos de conflito de direitos fundamentais e também humanos, bem como, pelo fato de que este sai do alto da pirâmide do ordenamento jurídico, como norma fundamental que é, para baixo, para base deste ordenamento jurídico, aplicando-se aos casos concretos, estejam *sub judice* ou (ainda) não.

Somente com o princípio da proporcionalidade (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) e sua "ponderação" ou sopesamento (*Abwägung*) é possível se realizar tal exigência de uma consideração contextualizada, caso a caso, assegurando-se um procedimento isento, de modo a alcançar decisões aptas a equalizar todos os interesses e/ou valores em conflito, trazendo harmonia e uma solução segura e justa, ante as múltiplas possibilidade de solução.

Relaciona-se a tais questões o reconhecimento de um sentido processual à CF, para se prestar a ser um fundamento adequado, por dinâmico ao invés de estático, a uma ordem jurídica que se altera constantemente, mostrando-se apto a enfrentar os desafios do direito digital e da inteligência artificial.

Referências Bibliográficas

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*, trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

CANTARINI, Paola. O Princípio da Proporcionalidade como resposta à crise autoimunitária do Direito, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria inclusiva dos Direitos Fundamentais e Direito Digital, Clube de Autores, edição kindle, 2020.

DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição, 3a. ed., São Paulo: RCS, 2007.

_____. Teoria da Ciência Jurídica, 2a. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, 7a. ed., São Paulo: SRS, 2017.

_____. Ensaios de Teoria Constitucional, 2a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: What Cyberlaw might teach, in: Harvard Law Review, vol. 113, 1999.

MENDES, Laura Schertel. “Privacidade e dados pessoais. Proteção de dados pessoais. Fundamento, conceitos e modelo de aplicação”, in: Panorama setorial, ano XI, https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/6/15122520190717-panorama_setorial_ano-xi_n_2_privacidade_e_dados_pessoais.pdf.

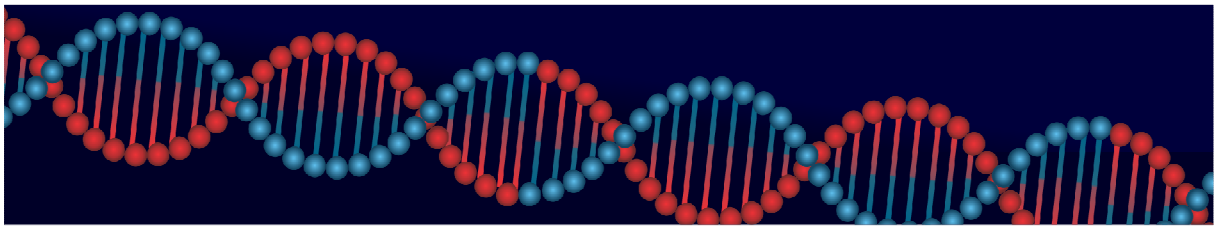
NEGROPONTE, Nicholas. A Vida Digital, 2ª. ed., trad. Sergio Tellaroli, São Paulo: Cia. Das Letras, 1995.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. The new Digital Age, New York: Alfred A. Knopf, 2013.

SCIULLI, DAVID. THEOY OF SOCIETAL CONSTITUTIONALISM. FOUNDATIONS OF A NON-MARXIST CRITICAL THEORY, CAMBRIDGE: CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 1991.

TEUBNER, GUNTHER. FRAGMENTOS CONSTITUCIONAIS - CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NA GLOBALIZAÇÃO, 2ª ED., COORD. DA TRAD. RICARDO CAMPOS, SÃO PAULO: SARAIVA, 2020.

ZACLIS, Lionel. “Visão alternativa da nomogênese de um sistema jurídico voltado à proteção do consumidor no comércio eletrônico internacional: a assim chamada lex electronica”, in: Revista de Direito do Consumidor, n. 43, 2002.



DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA E DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

*Francisco Régis Frota Araújo**

Resumo: O texto, a seguir, descreve os dispositivos contidos na parte da Constituição Federal vigente, intitulada Ordem Econômica e Financeira, a qual compreende quatro capítulos; Na interpretação desses capítulos identificamos a estreita ligação do conceito de "capacidade normativa de conjuntura" com a atividade produtiva – seja na designação teórica, seja na sua aplicabilidade pelo Estado. O petróleo, enquanto último e único setor da atividade produtiva federal, objeto de monopólio, merece algum destaque, histórico e constitucional, na vigência da normatividade pública, inserida no largo do texto.

Palavras-chave: Princípios da atividade produtiva. Capacidade normativa de conjuntura. Petróleo. Políticas urbana e agrícola, reforma agrária. Sistema econômico nacional.

Abstract: The text, below, describes the provisions contained in the part of the current Federal Constitution, entitled Economic and Financial Order, which comprises four chapters; In the interpretation of these chapters, we identify the close connection of the concept of "normative capacity of the conjuncture" with the productive activity – either in the theoretical designation, or in its applicability by the State. Oil, as the last and only sector of federal productive activity, object of a monopoly, deserves some historical and constitutional prominence, in the validity of public regulations, inserted in the text.

* Professor titular de Direito Constitucional da UFC, aposentado e membro titular de diversas academias de letras de Fortaleza (CE).

Keywords: Principles of productive activity. Normative capacity of the conjuncture. Petroleum. Urban and agricultural policies, agrarian reform. National economic system.

1. Introdução

A fenômeno do coronavírus ou SARs-Cov-2 abalou profundamente a ordem econômica e financeira, tanto no Brasil como no restante do globo, vez que se constituiu, segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, numa pandemia generalizada no planeta, desde o ano de 2020. O grupo de medidas provisórias apresentadas ao congresso nacional brasileiro, naquele ano e em seus posteriores, para deliberação do aprove ou a desaprovação, porquanto ausência de "urgência e relevância, demonstrou o aparecimento de uma política federal autoritária, no sistema de governança do país, de certo modo inspirada no governo dos Estados Unidos, pela era trumpista.

Um dos objetivos desse texto é inquirir quais as razões teriam sido testemunhadas pela doutrina e jurisprudência nacionais, durante a pandemia, no tocante e apesar da Ordem econômica e financeira da vigente norma constitucional vigente, consoante se verá, a seguir.

2. Princípios gerais da atividade econômica

Após a inserção e comentários aos princípios gerais da atividade produtiva, através dos quais procuramos interpretar a riqueza teórica de conteúdo principiológico, contidos no artigo 170 da Constituição Republicana de 1988, se faz mister pontuar que o constitucionalismo econômico brasileiro daí decorrente é, inteiramente, liberal, na essência de seus propósitos, como será demonstrado a seguir. Por óbvio que o Constituinte econômico procurou fazer uma explicitação – quando não, uma vero reiteração-, daqueles princípios- buscando transformá-los em princípios-regras, transplantando-se em regras as previsões anunciadas no primeiro e único parágrafo do primeiro artigo da ordem constitucional econômica e financeira, o artigo 170, da CRFB.

i) O liberalismo e os dispositivos constitucionais explicitadores da principiologia geral produtiva.

Os dispositivos constitucionais mencionados – dos artigos 171 a 181, da Constituição de 1988, explicitadores da parte ou do campo principiológico sistêmico-doutrinal da ordem econômica e financeira (Título VII) revelam, de pronto, uma opção pela liberalidade, pelo capitalismo de Estado liberal, por um sistema de privatização mais acirrado que na Constituição anterior de 1967, logicamente, por um certo protecionismo de natureza nacionalista e empresarial, expresso inicialmente no revogado artigo 171, o qual constituindo dois tipos de empresas no Brasil, a empresa brasileira, e a empresa brasileira de capital nacional, o que levou os investidores japoneses a sugerir sua revogação via emenda constitucional, pena de não inversão nipônica em bilhões de dólares no país, como veremos, adiante.

Sobre o liberalismo nos abeberamos em José Guilherme Merquior,[1] para quem, buscar as fontes ou raízes do liberalismo ou dos "conceitos de direitos e constitucionalismo" resulta em irônico quadro.

Segundo Merquior- ao pesquisar este cientista social, especializado em liberalismo, sobre as raízes deste evento histórico-, ele teria partido seguro de que a liberdade moderna enquanto fundamento e resultado do movimento histórico liberal estava "ligado ao crescimento do individualismo", embora tenha concluído que o papel da Reforma revelou-se "no máximo um prólogo à cultura do individualismo" porquanto o teocratismo luterano e calvinista era implacável na condenação de exercitações de liberdades de consciência que resultassem em confronto com os dogmas e imposições reformistas, exemplifique-se com o caso do médico Miguel Cervet, cuja morte na fogueira, em 1553, em plena Genebra de Calvino, causou espécie pelo furor protestante contra a heresia.

Merquior, destarte, chega à conclusão de que o liberalismo não teria iniciado no século XV e sim, três centúrias adiante, no século XVIII, com os contratualistas e iluministas, posto que a Reforma e a contra-Reforma protestantes eram autoritárias, fosse no "conformismo

[1] MERQUIOR, José Guilherme: " O liberalismo antigo e moderno", Tradução de Henrique de Araújo Mesquita, É Realizações Editora, S. Paulo, 2014, pags. 62-66.

luterano," fosse no "dinamismo social das seitas puritanas".[2] Seguindo Troeltsch e Hegel, Merquior situa a "liberdade moderna" na nova religiosidade do misticismo do século XVII e na sociedade civil da Europa pós-revolucionária, tendo, para tanto se aprofundado nas raízes dos direitos e do constitucionalismo, este último tomado como o governo da lei.

Na hipótese, Merquior afirma que "o primeiro pensamento político moderno, de Hobbes e Locke a Rousseau, devotou-se" a arguir o problema jusnaturalista da *legitimidade* enquanto doutrina do consenso, "num espírito individualista, enquanto seus predecessores medievais estavam sob o encanto da hierarquia e do todo."[3]

Adiante, voltaremos a tratar do tema do liberalismo, na proporção mesma em que as disposições constitucionais arroladas no título VII, da vigente Constituição Federal – doravante objeto de comentários e interpretações por este curso-, forem sendo, por nós, consideradas ou comentadas. Ora, como referido, anteriormente, o artigo 171 foi revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.1995. As motivações políticas dessa reforma constitucional revogadora já foram anteriormente mencionadas, é dizer, a determinação da existência de dois tipos distintos e diferenciados de empresas inversoras de capital, no país, não se sustentou, na medida em que o capital externo ou estrangeiro insiste, sempre, em desconhecer pátria, somente se fixa ou permanece, onde e quando, suas operações lucrativas e investimentos de capital, resultam em remessa de lucros.

Parece ser uma lei do capitalismo especulativo, no mundo ocidental. Outra não seria a razão pela qual o Constituinte originário estabeleceu, por precaução, uma norma constitucional de eficácia (limitada, embora), como a constante do artigo 172, segundo a qual "a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros". Como se vê, a característica primordial da narrativa constitucional destes dispositivos (arts. 172\181), ora sob comento, tem uma direta relação com a classificação das normas constitucionais, é dizer, buscar-se-á perquirir se há ou não a tal efetividade da norma constitucional, se esta é, de fato, efetiva.

---

[2] Conferir a contribuição, nesta direção, dada por autores como Hegel e Troeltsch; Este último, Ernst Troeltsch, autor de *Die Bedeutung dês Protestantismus fur die Ents*tehung der Modernen Welt, cit. por José G. Merquior, edição de Munchen, 1906, tem excelente exame de suas ideias em Harry Liebersohn:"Fate and Utopia in German Sociology 1870-1923", MIT press, 1988, em especial o cap.3

[3] MERQUIOR, José G.: O liberalismo antigo e moderno, op. cit. pag. 75

ii) Classificação das Normas Constitucionais

Pioneiros na doutrina constitucional brasileira tocante a esta matéria, os trabalhos de José Afonso da Silva sobre a classificação das normas constitucionais[4] tentam traçar uma certa identidade ou correlação entre a normatividade constitucional e a efetividade de suas regras. Inicialmente, lembra a teoria americana segundo a qual haveria somente dois tipos de normas constitucionais: as normas constitucionais auto-aplicáveis ou auto-executáveis e aquelas não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis, ou seja, as *self-executing provisions* ou *not self-executing provisions.*

Posteriormente, não conformado com esta classificação, o professor paulista lembra as lições dos mestres italianos, mui especialmente as de Vezio Crisafulli[5] e outros constitucionalistas italianos, emitidas a propósito, numa perspectiva tridimensional. Neste sentido, as normas constitucionais passariam a ser classificadas segundo um outro critério, ou seja, o de sua eficácia ou de sua efetividade. A próxima classificação, seguindo a corrente italiana, considera de três tipos diferentes e distintos as normas constitucionais, a saber: 1) as normas constitucionais de eficácia plena; 2) as normas constitucionais de eficácia limitada (divididas, por sua vez, entre as normas constitucionais de principio, de principio instituidor ou institutivo e de principio programático); e, 3) as normas constitucionais de eficácia contida.

Ora, as primeiras, as normas constitucionais de eficácia plena se caracterizariam pelo fato de disporem de regras que dispensam qualquer operação integrativa posterior por parte do legislador infra-constitucional, é dizer, por firmarem posição a partir da qual a normatividade de suas regras é induvidosa, plenamente realizável, concretizável. Tomemos como exemplo deste tipo de norma constitucional (cuja eficácia mostra-se plena) o texto contido no artigo primeiro da Constituição Federal de 1988: *"A República Federativa do Brasil se constitui pela União indissolúvel ...."*. Ora, como se vê, a eficácia deste tipo de norma é incontestável na medida em que define, em termos taxativos e induvidosos, a regra da indissolubilidade federativa e a opção pela República democrática do Estado brasileiro. Não haverá, portanto, quaisquer necessidades de complementação ou regulamentação ulterior da parte do legislador infra-constitucional com vistas a tornar efetivas as determinações extraídas deste tipo de

[4] DA SILVA, José Afonso:" Aplicabilidade das normas constitucionais", S. Paulo, 1967.

[5] CRISAFULLI, Vezio: " La Costituzione e lê sue disposizioni di principio", Milão, Dott. Guiffré Editore, 1952.

norma constitucional. Segundo Afonso da Silva, estas normas constitucionais seriam auto-aplicáveis, seu conteúdo é de normatividade imediata, enquanto as demais normas constitucionais – as de eficácia limitada ou aquelas de eficácia instituidora-, por dependerem, necessáriamente de uma operação integrativa posterior por parte do legislador ordinário, o destinatário das mesmas é, geralmente, o próprio parlamento comum, o Congresso Nacional que deverá, ao longo da vida e da história de um texto constitucional qualquer, regular, normatizar, dispor ou regulamentar aquelas disposições constitucionais cuja eficácia seriam limitadas, até que surgissem a mencionada regulamentação, complementar e, por vezes, instituidora.

Esta é, portanto, a característica fundamental da norma constitucional disposta nos artigos 172 a 181, da Constituição Federal de 1988, norma constitucional - como vínhamos argumentando -, de natureza explicitadora dos princípios gerais da atividade produtiva, contidos no artigo 170 e seu parágrafo único, da Constituição em vigor, cuja redação vem sempre, ou quase sempre, acompanhada da expressão *"a lei regulará ou disporá ou favorecerá ou incentivará..."* , é dizer, *utilizando-se de um* tempo verbal futuro, a revelar a natureza ou o critério limitados de suas disposições(ainda que, igualmente, as disposições ou intenções constituintes de tornar o Estado agente incentivador, fiscalizador ou planejador da atividade produtiva econômica) e, a mostrar que o destinatário último de suas normas é, precisamente, o legislador comum ordinário, o Congresso Nacional que deverá, *portanto,* para imprimir um caráter de eficácia plena àquelas normas, regulamentá-las, elaborar leis infra-constitucionais de regulação de suas matérias substanciais. Neste sentido, sua plenificação somente se processaria após sua regulação, após um choque de ordinarização, digamos assim, capaz de explicitar a normatividade de suas regras constitucionais.

No final da década de 1950, Afonso da Silva, ainda sob a égide da Constituição brasileira de 1946, expôs sua classificação das normas constitucionais, cuja teorização sofrerá, a partir da década de 1990, acréscimos essenciais, com as contribuições teóricas de diversos constitucionalistas brasileiros tais como Luis Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Aires Brito, Paulo Bonavides, Ingo Sarlet, Eros Grau e outros.[6]

[6] MENDES, Gilmar e outros: Curso de Direito Constitucional, op.cit; BARROSO, Luis Roberto: O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, 3ª Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1996; BONAVIDES, Paulo: " Curso de Direito Constitucional", Malheiros, S. Paulo, 24ª Ed., 2009; SARLET, IngoWolfgang e outros: Op. cit.; GRAU, Eros Roberto: " A ordem economica na Constituição de 1988(Interpretação e crítica), 3ª Ed., Malheiros, S. Paulo, 1997; e AIRES BRITTO, Carlos: " Teoria da Constituição", Rio de Janeiro, Forense, 2003.

A principal inovação teórica relativa ao tema diz respeito à discussão em torno dos conceitos de *eficácia, aplicabilidade e efetividade*, os quais, necessariamente "englobam múltiplos aspectos", consoante afirmado por Ingo Sarlet,[7] segundo o qual, outrossim, a doutrina brasileira tem distinguido as noções de *vigência e eficácia,* situando-as em "planos diferenciados", em que pese existir a respeito "certo consenso", embora o mesmo já se não possa afirmar quanto aos conceitos de *eficácia e aplicabilidade.*

O ministro do STF, Luis Roberto Barroso, em sua obra "*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo- os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo"*, trata, demoradamente, acerca do conceito de efetividade, reconhecendo ter sido longa a trajetória do direito constitucional em busca de efetividade, na " Europa, em geral, e na América Latina em particular."[8] Em palavras deste autor: " A efetividade da Constituição há de assentar-se sobre alguns pressupostos indispensáveis. È preciso que haja, da parte do constituinte, *senso de realidade* para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível, em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa *técnica legislativa*, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público *vontade política*, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E, por fim, é indispensável o consciente *exercício de cidadania*, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais".[9]

Por outro lado, Paulo Bonavides aprofundou a discussão da temática quando acresceu um capitulo excelente em sua obra"*Curso de Direito Constitucional" (Malheiros Edit., 30ª edição)* onde descreve a evolução dos princípios gerais de direito aos princípios fundamentais e garantias constitucionais enquanto resultantes da solidificação da Teoria Material da Constituição, a qual, segundo Bonavides aclara os conceitos de efetividade e aplicabilidade da norma constitucional, de modo definitivo, a partir da interpretação constitucional.

---

[7] SARLET, Ingo Wolfgang e outros: Op. cit. pags. 168 a 194

[8] BARROSO, Luis Roberto : op. cit. Editora Saraiva, S. Paulo, 2009.

[9] BARROSO, Luis Roberto: " *Curso de Direito Constitucional contemporâneo"*, Edit. Saraiva, 2009, pag. 171 e segs.

Ora, sabe-se que conforme José Afonso da Silva, não obstante a conexão entre referidos conceitos, há que se distinguir a *eficácia social da norma* (sua aplicação no plano dos fatos) e a sua eficácia *jurídica*. Segundo suas próprias palavras: " a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade."[10]

Mais proximamente, Tercio Sampaio Ferraz Júnior (*Direito, Retórica e Comunicação"* Editora Atlas, e *´Introdução ao Estudo do Direito"*, 5ª edição, Atlas) e Michel Temer (*Elementos de Direito Constitucional),* igualmente adotaram o ponto de vista de que a eficácia jurídica corresponde à possibilidade de aplicação da norma(às condições técnicas da sua atuação), ressaltando que a eficácia social diz com a efetiva aplicação da norma aos casos concretos.

---

[10] DA SILVA, José Afonso: "Aplicabilidade das normas constitucionais ", op. cit. pag. 55-56, que exemplifica, ademais, segundo Sarlet, a distinção efetuada " chamando a atenção para o fato de que uma norma pode perfeitamente possuir eficácia jurídca (como, por exemplo, o de revogar normas anteriores), mas não alcançar efetividade, isto é, não ser socialmente eficaz, caso não seja cumprido no plano social. Vejam que, antes mesmo do pioneiro J.Afonso da Silva, tal entendimento já era sustentado - apesar de rápidas discrepâncias conceituais entre eles- por TEIXEIRA, José Horácio Meirelles, em *Curso de Direito Constitucional,* pags.289 e seguintes, para quem, segundo Ingo Sarlet, a eficácia jurídica ou aplicabilidade (de fato, este ultimo autor equipara as duas noções), consiste " na qualidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, em maior ou menor escala, as situações, relações e comportamentos de que cogita" (*sic*), *ao passo que a eficácia social consistiria na real observância da norma pela comunidade*, na sua efetiva aplicação no plano dos fatos. Mencionada discussão teórica em torno de tais conceitos e de suas compreensões e interpretações, são objeto de largo comentário de Ingo Sarlet que se apoia, ora em Roberto Barroso, ora em Tercio Sampaio Ferraz ou Flavia Piovesan, cujas obras de Direito Constitucional se constituem, de fato, em estuário de esclarecimentos técnico-jurídico a propósito do tema, para as quais remetemos o leitor mais curioso. Conferir, portanto, nesse sentido e direção de PIOVESAN, Flãvia: "*Proteção judicial contra omissões legislativas"*,pags. 47 e seguintes e BARROSO, Luis Roberto: "*Direito Constitucional e a efetividade de suas normas", em* cuja pagina 81 define " a eficácia como a aptidão do ato jurídico para irradiar os efeitos que lhe são inerentes".

i- Conferir site www.cade.gov.br onde constam que no ano 2012 foram julgados 836 processos no âmbito do CADE; em 2013, 272 e em 2014, o número de 158 processos.

ii- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: " Curso de Direito Constituconal", 34ª edição, Editora Saraiva, S. Paulo, 2008

iii- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: Op. cit. pag. 366.

[10] iv- Conferir, igualmente, os livros de autoria de GRAU, Eros Roberto: " Elementos de Direito Economico", ; "A Ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996;

ALGUMAS OBRAS CONSULTADAS PELA BIBLIOGRAFIA

AMADO, Frederico: " Direito Previdenciário", 5ª edição, Editora Jus Podium, Salvador, 2005
AUSTRUY, Jacques. **Le scandale du devéloppement**. Paris: Éditions Marcel Rivière, 1976.
AZAMBUJA, Darcy: **Teoria Geral do Estado.** 5. ed., Porto Alegre: Globo, 1971.
BOTTOMORE, T. B. **As elites e a sociedade.** Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
BAUDRILLARD, Jean. Entrevista a Roberto Lopes, publicada em **Diário do Nordeste,** edição de 25.2.88.
BENN, G. **Gobierno moderno e la ingerenza negli affari privati**. Roma: A.Guiffré, 1948.

iii) A "capacidade normativa de conjuntura" e o estatuto jurídico da empresa pública versus a intervenção estatal no domínio econômico

Ao dar continuidade aos comentários aos artigos explicitadores da principiologia geral da atividade produtiva da ordem econômica e financeira da atual Constituição brasileira, deveremos reconhecer que o artigo 173 regula ou traça os reais balizamentos do estatuto jurídico da empresa pública da nação. Ou seja, os cinco parágrafos do referido artigo explicitam ou tentam concretizar a determinação do seu *caput,* o qual, minimizando a antiga ideia concentradora da Constituição de 1967 (EC nº1\1969) da intervenção estatal, segundo os ditames da segurança nacional, redesenha as hipóteses de circunscrição da permitida exploração direta da atividade produtiva ou econômica, pelo Estado brasileiro, pós 1988.

Com efeito, neste conturbado período presidencialista do primeiro quartel de século da existência da Lei maior do país, talvez somente o governo de Fernando Henrique Cardoso foi capaz de efetuar algumas privatizações, necessárias, tendo resultado em pechas eleitorais posteriores, em que pese rezar o *caput* do artigo ora sob comento (art. 173) que "a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo." Apesar da linguagem um tanto difusa do constituinte, a mais mínima apreciação de modo amplo da ordem econômica e financeira da atual Constituição federal deixa entrever uma vocação econômica anti-patrimonialista, mais privatista da atividade produtiva, de modo a viabilizar-se o interesse coletivo de maneira republicana e não, partidária ou ideológica superada pelo tempo.

E o Supremo Tribunal Federal (STF) tem interpretado tais normas, sob um crivo jurisprudencial, cuja exemplificação avulsa, adiante transcrita, deixa clara a ideia de explicitação ou concretização da norma constitucional, *ex verbis*: "Quer dizer, o art. 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173, aplicam-se com observância do comando constante do caput. Se não houver concorrência – existindo monopólio, CF, art. 177 – não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173." (**RE 407.099**, voto do Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 22-6-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004.)

Eros Grau cunhou uma expressão em suas reflexões sobre o Direito Econômico – *capacidade normativa de conjuntura-*, a qual bem se adéqua ao objetivo de explicitar a natureza integrativa do legislativo ao texto constitucional, seja por introdução de emendas constitucionais (no que estas modificam a redação de alguns artigos e mesmo, parágrafos da Constituição Federal), seja na aprovação exacerbada de medidas provisórias que desrespeitam o verdadeiro sentido de urgência e relevância que deveriam inspirar estas iniciativas parlamentares ou legislativas do Executivo Federal, no seu processo de governabilidade. A capacidade normativa de conjuntura, portanto, não seria algo necessariamente negativo, porquanto tem possibilitado à atividade executiva resolver, em país presidencialista como o Brasil, com sentido pragmático, dificuldades que o tratamento ortodoxo da condução da economia nacional, dificultariam ou até impossibilitariam, se sua regulação dependesse exclusivamente da atividade congressual – paquidermicamente lento, em seu afã de decidir por comissões, reuniões e plenário.

Por outro lado, Eros Grau chamou a atenção da nacionalidade constitucional através de uma critica ao exagerado exercício desta *capacidade normativa de conjuntura* a tornar as medidas provisórias detentoras de um caráter quase permanente, via das re-edições continuadas das mesmas, é dizer, atropelando o sentido original da norma constitucional do artigo 62, que trata das medidas provisórias.

Destarte, a extrapolação de utilizações pelo executivo fosse dos decretos-leis, sob a égide da Constituição anterior de 1967 e sua EC nº 1\1969, cujo resultado era tornar o decurso do prazo (30 dias) o legislador mais eficiente, fosse já das medidas provisórias reguladas pelo art. 62, da Constituição Federal de 1988, sobretudo antes da promulgação da EC nº 32, de 11-09-2001, que deu nova redação restritiva àquelas. Ora, vejamos a atual redação do parágrafo primeiro, do referido art.173, para termos uma ideia concretizadora da jurisprudência do STF:

$1º : A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

> *(i) Sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade:*
> *(ii) ...omissis...*
> *(iii) ...omissis...*
> *(iv) ...omissis...*
> *(v) ...omissis...”*

Ora, embora não se pretenda, aqui, esgotar o sentido da norma nem comentá-la de modo exaustivo, mas apenas de maneira exemplificativa, urge que se faça, por oportuno, uma correlação entre o aspecto doutrinário dela extraído, no contexto da explicitação e concretização da complexidade dos dez artigos mencionados (arts. 171-181), e seus parágrafos e incisos, naturalmente, com a jurisprudência que se vai construindo no âmbito do STF, a exemplo da abaixo transcrita, recentemente prolatada pelos relatores Min. Luis Fux e Eros Grau, aquele em 2012, a seguir o entendimento deste ultimo, cujo acórdão, afirmava:

> "Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. (...). As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...). O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público." (**ADI 1.642**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 19-9-2008.) **No mesmo sentido**: ARE 689.588-AgR, rel. min. **Luiz Fux**, julgamento em 27-11-2012, Primeira Turma, DJE de 13-2-2012.

3. Dos decretos-leis previstos pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, às Medidas Provisórias, estatuídas e estabelecidas pela Constituição cidadã, de 1988

Com efeito, essas manifestações legislativas, ou possibilidades de atuação de governança ativa, por parte do chefe do executivo federal, em especial se com tendência autoritária, consoante demonstrado pelo atual governo de senhor Bolsonaro, pautado na admiração que o mesmo tem revelado pela ditadura militar brasileira de 1964 a 1985 (quando vigiram os decretos-leis do autoritarismo nacional, na exorbitância criticável de uma ausência das liberdades ansiadas pela população), se desdobram em medidas provisórias duvidosas e exacerbadas.

Por um lado histórico, os decretos-leis, os quais eram, na grande maioria, aprovados por decurso do prazo, pelo mero transcorrer do tempo, e não, como seria de se esperar, pelo debate do parlamento; por outro lado, no transcurso de autoritarismos desconexos e bolsonaristas, as atuais medidas provisórias, as quais se mostraram instrumentos eficazes de manifestações autoritárias tupiniquins – em especial, da parte dos governos de Fernando Collor de Mello, desde o dia da posse, a extinguir órgãos públicos eficientes e valorosos (culturalmente) como a Embrafilme, IBC, e de FHC, igualmente-, até a reforma de sua

regulamentação constitucional mediante a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, a qual limitou o raio de ação dessas mencionadas capacidades normativas de conjuntura.

vi) O Estado planejador, incentivador e regulador

Na ordem econômica e financeira o Estado desempenha diversas funções, entre as quais, merece destaque a de agente normativo e regulador do planejamento, do incentivo e da fiscalização da atividade econômica ou produtiva, consoante devidamente previsto pela cabeça do art. 174, da Constituição de 1988. Ora, como afirmado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o qual, intitula item como *"O econômico na Constituição vigente"*, ao contrário da Constituição de 1967, cuja inspiração era neo-liberal, na opinião de Gonçalves, com a qual concordamos, embora na prática não o tenha sido, é dizer, no plano pragmático a Constituição anterior, com sua EC nº1\1969 não foi, de fato, nada neo-liberal; Por outro lado, neste mesmo âmbito, ou seja, no plano econômico a Constituição vigente de 1988 mostra-se nitidamente estatista. Se posiciona Manoel Gonçalves, de modo direto: " Assim, não seria o mercado, como é típico de uma economia descentralizada (ou liberal), mas o Poder Público, segundo é próprio de uma economia de tipo centralizado(ou soviético), que regeria a economia.Isto colide com os princípios de livre iniciativa, livre concorrência, que a Constituição consagra (arts. 1º, IV, 170, *Caput* e inc.IV), que atenuam esse centralismo econômico. Por outro lado, o art. 174 prevê o planejamento, outro dos elementos de uma economia centralizada. Entretanto, só o considera "determinante", isto é, obrigatório para o setor público. Para o setor privado, ele é apenas indicativo: sugere metas desejáveis. É verdade que, se o setor público realmente realizar um planejamento obrigatório, a ele deverá ser dada uma prioridade de recursos, matérias-primas, divisas, etc., que forçosamente sacrificaria o setor privado."

Eros Grau, um dos teóricos pioneiros nas reflexões nacionais do Direito Econômico, elaborou inúmeras reflexões sobre o papel do Estado enquanto agente planejador da atividade produtiva, em especial em seu livro *"Planejamento econômico e regra jurídica"*, o qual, sistematiza a estreita relação entre o planejamento da economia, a partir da intervenção estatal sobre a mesma, com base em regras jurídicas, porquanto sem a base da legalidade não seria possível viabilizá-lo. Ali, Eros Grau cunha a expressão –antes referida no item iv-, da *capacidade normativa de conjuntura* objeto de rotunda crítica por parte do jurista. Sobremodo,

quando de sua utilização exacerbada pelo governante de plantão, nesta última metade de século, sob as égides das Constituições de 1967 e de 1988.

Destarte, compete ao legislador comum estabelecer, nos termos da Constituição em vigor, as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. Para tanto, os instrumentos e fundos compensatórios das desigualdades regionais e sociais podem e devem ser utilizados, no atendimento de seus propósitos, os quais coincidem com a busca e implantação de um desenvolvimentismo equilibrado. Até pelo fato de observar-se, na atualidade, um menor apreço pelo regionalismo e pelas políticas de redução das desigualdades regionais; Prova disso foi a extinção dos órgãos regionais de desenvolvimento regional como SUDENE e SUDAM, cujos sucedâneos não demonstram, ainda, a mesma força política.

Por outro lado, não se deve olvidar de referir o caráter – além das funções mencionadas de fiscalização e planejamento- ou a função incentivadora do Estado, mormente no que se refere ao turismo, como fator de desenvolvimento social e econômico (art. 180), cuja legislação em todos os planos federativos, deverá, outrossim, “apoiar e estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo” (parágrafo segundo, do art. 174), favorecer a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros(par. 3º, do idêntico artigo da Constituição Federal).

vii) O fator monopolizador “petróleo” na Constituição de 1988

O artigo 177, da Constituição Federal de 1988, constitui o monopólio da União. Tendo em vista que esta atividade monopolista do Estado se reduz ao petróleo e seus derivados, o papel da Petrobrás ganha magnanimidade nas considerações posteriores, especialmente nos anos recentes, de que tem sido acusada de ser objeto, irregular, de corrupções. A história do petróleo, no Brasil, na verdade, passa pelo reconhecimento do histórico da procura do petróleo no território nacional. Assim que, ainda no ano de 1858, o Marquês de Olinda assinou o Decreto nº 2.266, daquele ano, concedendo a José Barros Pimentel “o direito de extrair mineral betuminoso para fabricação de querosene de iluminação, em terrenos situados nas margens do Rio Marau, na Província da Bahia”.

No estudo da tutela jurídico-constitucional do petróleo, contudo, há que se afirmar a existência de uma evolução do conteúdo da propriedade e da exploração dessa riqueza mineral, vista historicamente. Durante a vigência da Constituição imperial de 1824, a exploração do petróleo devia fazer-se por concessões do poder público, tendo em vista que ao redor do tema da propriedade, o solo era conhecido como distinto do subsolo; de consequência, as minas, as quais, desde as ordenações afonsinas e filipinas portuguesas, predominantes no Brasil até a promulgação da Constituição outorgada por Pedro I, conheciam um regime regaliano, ou seja, eram regalia do império português, somente tendo passado ou incorporado-se ao domínio do Estado brasileiro, por força do disposto no art. 179,XXII, da Constituição de 1824.

No tocante ao tema do direito de propriedade fixado pela Constituição imperial é fundamental destacar a lição clássica de José Antonio Pimenta Bueno, o "Marquês de Sã Vicente", quando afirma que " o direito da propriedade é a faculdade ampla e exclusiva que cada homem tem de usar, gozar e dispor livremente do que licitamente adquiriu, do que é seu, sem outros limites que não não sejam os da moral ou direitos alheios; é o *jus utendi, et abutendi re sua;* é também o direito de defende-la e reivindica-la". (SÃO VICENTE, José Antonio Pimenta Bueno, marquês de: " Org. Eduardo Kugelmas, S.Paulo, Editora 34, 2002.)

Com efeito, ao rezar aquele dispositivo constitucional (art. 179,XXII, da Constituição de 1824) que "é garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude", as antigas propriedades da coroa lusitana, no Brasil, passaram a ser incorporadas ao domínio do Estado, de propriedades regalianas migraram para propriedades dominiais ou nacionais.

Já na vigência da primeira Constituição republicana de 1891, o petróleo, por força do disposto no art. 72, parágrafo 17, da novel Lei constitucional teve e viu direcionado a propriedade das jazidas minerais aos proprietários do solo, substituindo, destarte, o regime dominial da propriedade das minas pelo regime de acessão, é dizer, da propriedade acessória. Passou-se, então, ao sistema fundiário ou de acessão, o qual atribuía a propriedade da mina- encravada no subsolo- ao verdadeiro e único proprietário do solo, indiferente à preponderante separação histórica entre solo e subsolo. E em termos de legislação infraconstitucional merece uma referência mínima a alguns decretos como aos de número 2.933, de 1915, o qual distinguia a propriedade do solo da do subsolo, e ao de número 15.211, de 1921, através do qual o engenheiro Pandiá Calógeras defendia a separação entre referidas propriedades.

Com efeito, a atribuição da propriedade da mina ou da jazida ao proprietário do solo, pelo regime de acessão - segundo o qual devesse obedecer-se ao fato de que a propriedade acessória segue a principal, ou seja, a propriedade do subsolo segue à do solo-, houvera preponderado desde o tradicional sistema econômico defendido pelos fisiocratas, e orientará a prospecção petrolífera, através de inúmeras sondagens por particulares, pelo regime da livre iniciativa, no Brasil, até os anos trinta, com o governo de Getúlio Vargas, o qual imporá mudanças mais significativas, como veremos, adiante.

Como se vê, embora as primeiras perfurações tenham conhecido um regime de livre iniciativa, tanto que conforme Fiorillo, "de 1918 a 1933 já teriam sido executadas 21 sondagens no Estado de S. Paulo, 12 no Estado do Paraná, 10 no Estado do Pará, 6 em Alagoas, 6 na Bahia, 6 no Estado de Santa Catarina e 2 no Estado do Rio Grande do Sul, todas com o objetivo de se encontrar em território brasileiro o importante óleo". Todas sondagens realizadas com o emprego de capitais particulares, o que leva a afirmar-se que a primeira fase ou etapa histórica do petróleo brasileiro teria se desenvolvido até meados de 1938 - quando o setor do óleo passou a ser da alçada do Conselho Nacional do Petróleo(CNP), órgão ligado à Presidência da República-, caracterizou-se com as explorações petrolíferas sucedendo sob o regime da livre iniciativa, e não do monopólio.

A segunda fase ou etapa evolutiva do petróleo brasileiro caminharia para uma estatização, para a monopolização pela União. Com efeito, em que pese a importância dos esforços teóricos de Monteiro Lobato na luta pela difusão e pelo controle do petróleo por brasileiros, e não pelas companhias estrangeiras, especialmente, as norteamericanas.

Os anos trinta do século passado foram anos de conturbada evolução, seja pela presença ditatorial de Getúlio Vargas, seja pela rápida mudança do clima sócio-político institucional vivenciado por duas tão díspares Constituições, implantadas em apenas três anos, como a promulgada pelo Congresso Nacional, em 1934 e a outorgada pelo ditador Vargas, em 1937, inaugurando o Estado Novo, com consequências inevitáveis e marcantes para o setor do petróleo nacional.

De fato, com a promulgação da Constituição de 1934, os elementos nacionalistas relativos à exploração petrolífera, no Brasil, se dimensionaram com a influência do Ministro da Agricultura, Gal. Juarez Távora, cujo discurso intervencionista representava uma reação que se esboçava contra o estado de coisas encontrado pelo governo revolucionário e

provisório de 1930. Com efeito, o texto constitucional de 1934, de vida tão breve, propugnava por uma serie de medidas, tais como: a) medidas de proteção das riquezas minerais; b) formas de racionalizar os processos de exploração mineradora; c) modos de alocar a matéria legislativa em esfera federal; d) competência privativa da União para legislar sobre subsolo, mineração, etc; e, abolição do direito de acessão no tocante à propriedade da exploração petrolífera.

Torna-se imprescindível traçar a evolução do petróleo no país, a partir do Estadonovismo. E é o que faremos a seguir, no próximo item.

viii) A Petrobras e a nova tutela do petróleo brasileiro, no século XX, após a outorga da Constituição de 1937.

A Constituição de 1937, outorgada por Vargas num gesto de autoritarismo, se por um lado substituiu os anseios nacionais catalizados pela anterior Lei Maior de 1934, recém derrogada pela nova ordem jurídica nacional, a qual, ao tempo que restringirá direitos políticos viabilizará conquistas econômicas, por outro lado, criou as condições reais e objetivas, no tocante ao setor de petróleo, para a preservação do Código de Minas(1934),[11] sobretudo na efetivação do processo de nacionalização das jazidas pelo Decreto-Lei nº 366, de 1938, e pelo Decreto-Lei nº 395, do mesmo ano, que criou o Conselho Nacional de Petróleo, doravante responsável pela regulamentação do setor petrolífero, no Brasil.

Ora, segundo Fiorillo e Renata Ferreira,[12] a Constituição Federal de 1937 acabou mantendo a preferência do proprietário do solo no aproveitamento dos recursos minerais e instituiu a exclusividade do regime de autorizações a brasileiros e empresas brasileiras. A

[11] O código de Minas, em seu art. 3º, determinava categoricamente que "as autorizações de pesquisa e concessões de lavra serão conferidas exclusivamente a brasileiros e a empresas organizadas no Brasil", e registramos aqui nota nº 147, pag. 158, do livro de Fiorillo e Renata Marques (Curso de Direito da Energia, edit. Saraiva, 2009, cit), a qual, faz notar que o referido Código de Minasignorava por completo o regime de acessão trazido pelo texto de 1891, fato este que acabou por gerar inúmeras críticas à legislação. E lembra, ainda, que a polêmica prolongou-se até o ano de 1938, quando, então, sob a égide de um novo texto constitucional , a legislação mineira acaba sendo alterada com a inclusão de um TítuloVIII que, em seu art. 96, estabelecia que " a lei não reconhece o domínio privado de particulares como já instituído sobre jazidas de petróleo e gazes naturais, pelo fato de não ter sido descoberta nenhuma jazida desta classe suscetível de utilização industrial,*enquanto vigorou o direito de acessão da propriedade do solo sobre as minas"*.

[12] Op. cit. Pag. 159/162.

outorga getulista estadonovista- eliminadora das conquistas sociais da Constituição de 1934, as quais inspiradas no avanço weimariano-, modificou, com profundidade, a política mineradora nos seguintes pontos: (1) passou a exigir a nacionalidade brasileira para os acionistas das empresas de mineração (V. art. 143, parágrafo 1º, da Carta de 1937); Observe-se que sómente em 1941 o Estado Novo acaba por rever esta sua postura excessivamente nacionalista, no terreno da exploração petrolífera, reabrindo-se à presença estrangeira, em decorrência dos decretos-leis nºs 3.553, de 1941 e 6.230, de 1944, os quais ampliaram definitivamente a "desnacionalização do setor mineral"; e, (2) suprimiu o dispositivo constitucional anterior que determinava a revisão dos contratos existentes (art. 12, da Disposições Transitórias, da Constituição de 1934), ainda que o texto de 1937 tenha criado as condições reais para a preservação do Código de Minas de 1934, consoante alertado acima.

ix) O petróleo na Constituição de 1946

O regime de exploração das riquezas do subsolo brasileiro, conforme afirmado por Fiorillo e Renata Ferreira,[13] decorrente da Constituição de 1946, aponta alguns dispositivos análogos aos da Constituição de 1934, bem como alguns outros dispositivos modificados ou suprimidos, a saber:

> a) " abolição implícita do direito de acessão (art.152), idêntico ao art. 118, da Constituição de 1934", apesar da Carta Magna de 1946 ter sido conhecida como a da era da re-democratização;
>
> b) Regime de autorizações e concessões para pesquisa e lavra (art.153), igualmente idêntico ao art. 119 da Constituição de 1934(salvo a supressão da cláusula final daquele artigo- "ainda que de propriedade privada"); c) Outros dispositivos não essenciais, da Constituição de 1934 foram mantidos pela Constituição de 1946."

O estudo desse período histórico da exploração petrolífera brasileira não pode prescindir das observações do general cearense, Juarez Távora,[14] o qual assevera que "efetivamente, além de acarretar para essa indústria os tropeços decorrentes da inexperiência técnica e da incapacidade financeira da generalidade dos proprietários do solo – agravada, em muitos casos, pelas questões de condomínio(o que tudo importa em demorar e encarecer a produção)- abre uma porta ao monopólio das riquezas do subsolo, pela aquisição de extensas áreas de subsolo presumivelmente rico."

---

13 Op. cit. Pag. 162.

14 TÁVORA, Juarez :" Petróleo para o Brasil", José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1955, pag. 40

O legislador ordinário se aproveitou, na verdade, da abertura constitucional de 1946 relativa à tutela jurídica do petróleo, para aprofundar os direitos e deveres referentes a esta mencionada tutela jurídica, da qual serve de icônico exemplo, a edição da Lei nº 2004, de 1953, ou seja, a Lei Petrobrás, na medida em que os auspícios do Código de Minas somente então seriam substituídos na regulamentação das atividades petrolíferas no nosso país.[15]

A constituição definitiva da Petróleo Brasileiro S/A, nossa célebre PETROBRAS, após o movimento popular encabeçado por Getúlio Vargas através da campanha cujo lema fundamental foi "o petróleo é nosso", acabou sendo autorizada pelo Governo Federal pela promulgação do Decreto nº 35.308, de 1954, com o objetivo focado na execução das atividades do setor do petróleo no Brasil, em nome da União.

Naturalmente que referida regulamentação conheceu críticas ácidamente favoráveis, por um lado, e francamente desfavoráveis, por outro, tendo em vista que entre nacionalistas e privatistas se pautava a polêmica discussão.[16]

Cabe ressaltar que as atividades petrolíferas foram desenvolvidas pela PETROBRÁS – a qual recebera todo o acervo do Conselho Nacional de Petróleo-CNP, desde 1953-, foram desenvolvidas por esta empresa estatal em regime de monopólio de 1954 a 1997, quando o então presidente da República, FHC, sancionou a Lei nº 9.478, que acabou por abrir as portas da indústria petrolífera no Brasil à iniciativa privada, legislação esta que comentaremos adiante, com base nos ensinamentos de Maria d´Assunção Costa. Antes, contudo, façamos um repasse rápido e sucinto da forma como o petróleo teve regulamentação pela ordem constitucional proveniente do movimento militar de 1964, ou seja, comentemos em síntese, a tutela jurídica do petróleo consoante a Constituição de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1, de 1969, ademais da legislação infraconstitucional, sancionada no período autoritário.

ix - O petróleo na Constituição de 1967 e EC nº1/1969

---

[15] Como ressaltado por Fiorillo e Renata Ferreira (op. cit.pag. 165, nota 161, faz-se " necessário ressaltar que as Constituições de 1824, de 1891 e de 1934 estabeleciam logicamente como se efetivaria o tema do aproveitamento dos recursos minerais e hidráulicos no país, o destaque ao Código de Minas se faz uma vez que sendo legislação estabelecida após a vitória da revolução nacional de 1930 é de fato aquela que de forma mais direta procura estabelecer medidas protetivas às riquezas naturais do país e a racionalizar os respectivos processos de exploração e de centralização administrativa da matéria na esfera federal."

[16] Dentre os que formularam sérias críticas à novel legislação da PETROBRÁS se encontrava o general cearense Juarez Távora, o qual, conforme comentários de Fiorillo (op. cit. Pag. 166), destacou com precisão: 1) " que ele, ao invés de facilitar a exploração mineira por particulares, criou-lhe óbices burocráticos; 2) que embora tendo teoricamente tornado impossível o acaparamento das riquezas do subsolo – na prática, os monopolizadores estrangeiros continuariam a monopolizá-las, adquirindo extensas zonas potencialmente ricas."

O texto outorgado pela EC nº1/69 alterou radicalmente a redação da Constituição de 1967, eis porque alguns constitucionalistas polemizam se trata-se, destarte, de uma outra vero constituição, no sentido formal, e não meramente uma emenda constitucional. No tocante à tutela jurídica do petróleo, por esta nova ordem constitucional, convém ressaltar que o monopólio estatal restou absolutamente evidente, a partir da disposição do art. 169, da Constituição Federal de 1967, o qual estabeleceu que à União seria destinado o exercício deste monopólio.

Consoante afirmado por Fiorillo e Renata Ferreira,[17] "sob a égide da ditadura militar, o sistema do monopólio estatal (monopólio da União)foi indicado claramente no que se refere à pesquisa e à lavra de petróleo em todo o território nacional. Todavia, com a ruptura e o derradeiro fim do regime militar em nosso país, uma nova ordem democrática superou os temas regrados pela Carta de 1967, emendada em 1969, passando a estabelecer não só pioneira natureza jurídica no que se refere ao petróleo, como ainda disciplinando novos critérios destinados à sua efetiva inserção econômica em uma ordem jurídica capitalista."

x- O petróleo como bem ambiental na Constituição de 1988 e um resumo da historia internacional do petróleo.

A tutela jurídica do petróleo recebeu da Constituição cidadã de 1988 uma série de novidades e novas visões, dentre as quais aquela que encara o "ouro negro" como um bem ambiental, a exemplo do que vem disposto no art. 225, do texto constitucional.

Na verdade, deve-se considerar que sendo o petróleo um bem ambiental, na perspectiva da égide do texto constitucional em vigor (art. 225 c/c arts.1 a 6, da Constituição Federal de 1988), este "bem comercial, capitalista e enriquecedor do povo e do país" que o explore, no caso o denominado "ouro negro" é um bem de uso comum do povo. Significa dizer que se destinar ao usufruto de todos os brasileiros, o petróleo prospectado no território nacional veio constitucionalizado pela Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88, após a análise profunda, pelos constituintes, da evolução histórica da caminhada internacional do

[17] FIORILLO, Celso e FERREIRA, Renata Marques: "Curso de Direito da Energia", editora Saraiva, S. Paulo, 2009, pag.172.

"ouro negro", bem como da história brasileira do petróleo, as quais deveremos sucintamente, resumir, adiante.

Com efeito, os primeiros tempos do petróleo, sob o ponto de vista do ciclo comercial, se deram nos Estados Unidos, como remédio para curar reumatismo, mediante campanha publicitária, no ano de 1849. Consoante referencia de Robert Anderson,[18] dez anos após, em 1859, a persistência no refino por várias técnicas de empresário americano, o coronel Drake, iniciou-se a era da indústria petrolífera, a qual, como "resultado do sucesso na perfuração, e sem instalações adequadas para estocar o grande aumento da produção de óleo cru, foram utilizados, improvisadamente, os barris vazios de uísque que existiam disponíveis na área. Desse ato que se transformou em prática nasceu a medida-padrão utilizada até hoje pela indústria do petróleo, que é o *barril de petróleo* correspondente a 159 litros."[19]

Merece destacar com Ilmar Penna Marinho que "o fato de que a corrida ao petróleo foi de tal grandiosidade que em 1863, já existiam sessenta estabelecimentos de refino naquela região (Pensilvania -EEUU), com capacidade de 26.000 barris semanais".[20]

Vale destacar o sucesso na exploração petrolífera, ainda em pleno século XIX, das empresas de John D. Rockfeller, sobretudo a Standard Oil Company no que se refere à produção, refino, transporte e comercialização do "ouro negro", ou seja, sua empresa monopolizou de tal sorte a exploração petrolífera norteamericana (pois de forma integrada e vertical gerenciava outras 33 empresas) que, em 1879, Rockfeller ou a Standard Oil contralava de 90% a 95% da capacidade de refino na nação americana. Até que em 15 de maio de 1911 foi ordenada a dissolução da holding Standard Oil Co, de New Jersey, pela Suprema Corte, em acórdão unânime, baseando-se nas primeiras restrições à competição

---

[18] ANDERSON, Robert O. : " Fundamentals of the petroleum industry ", Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1984, apud Maria d´Assunção Costa *in Comentários à Lei do Petróleo.* O petróleo e os motores é subitem constante da pesquisa da autora mencionada na pag. 14, e transcreve passagem de Anderson à qual transcrevemos *ipsis litteris* : " Henry Ford, working in a small shop in Detroit, had a dream that changed the world. Large numbers of cars created a huge demand for inexpensive energy, which stimulated the search for stil more oil".

[19] COSTA, Maria d´Assunção: Comentários à Lei do Petroleo – Lei Federal nº 9.478, de 6.8.1997, 2ª edição revista e atualizada, Editora Atlas, S. Paulo, 2009, pag. 9

[20] Idem, ibidem, pag. 10, apud MARINHO JR., Ilmar Penna, Petroleo, soberania e desenvolvimento, Rio de Janeiro, Bloch, 1970.

desleal – Sherman Act-, o qual serve de paradigma e de orientação jurisprudêncial, até o presente momento, naquele país.

Não tardaria logo a surgir, portanto, concorrentes poderosos como a Cia. Shell, a qual no cenário internacional, logo figuraria após o desmembramento da Standard Oil Co., se tornando a segunda maior companhia do petróleo do mundo.

O surgimento dos motores e carros a substituir as antigas carruagens movidas a cavalo, no principio do século XX, deram um enorme impulso à utilização ocidental do petróleo (óleo diesel, lubrificantes, etc)- e toda a indústria dele dependente- tendo as duas guerras mundiais realçado, relevante e definitivamente, a indústria do "ouro negro" como estratégia decisiva para as vitórias tanto na terra, como mar e no ar.

Razão assiste a Maria d`Assunção quando ressalta que "com os derivados do petróleo os exércitos reinventaram as táticas e estratégias da guerra, visto que a mobilidade das tropas no mar e na terra era completamente diferente do que se estava habituado em virtude do aparecimento do "tanque", que, de modo simples, é um trator blindado com motor que resiste a balas e ultrapassa qualquer obstáculo."

Surgem, destarte, muitos movimentos nacionalistas ensejando proteger as riquezas petrolíferas nacionais, porquanto o setor era profundamente monopolista e centralizado nas economias capitalistas imperialistas. A historia internacional do petróleo nos demonstra e mostra que o poder das companhias internacionais mostrou-se predatório e agressivo nos países hospedeiros de modo a agudizar a consciência independentista dos governantes e povos periféricos sobre as riquezas minerais dos subsolos, tendo, de consequência, motivado o aparecimento, em 1960, da OPEP(Organização dos países exportadores de petróleo) com vistas a diminuir os conflitos entre o cartel internacional e os países hospedeiros.

Mencionada organização OPEP[21], liderou os choques do petróleo ocorridos na década de 1970 (em 1974 e 1979)quando esta organização ainda podia comandar prioritariamente a politica de preços de petróleo a qual levava em consideração a inflação e o aumento da demanda, é dizer, alterou os preços do petróleo, vertiginosamente. Em nota de rodapé, Maria d´Assunção Costa registra que "durante o período de 1954 a 1974, quando

[21] Conferir o site www.opep.org consultada em 14.9.2016

ocorreu a primeira crise da OPEP e o custo do barril subiu de US$ 4,00 para US$ 18,00, a Petrobrás brasileira, teimosamente sozinha, aplicava em pesquisa, exploração e produção de óleo apenas 15 a 25% de seu orçamento total. Mesmo depois da primeira crise , e não tirando dela as devidas lições, constata-se que de 1974 até 1979 só foi aplicada em exploração e produção uma média de 35% ao ano. Somente em 1979 (ocasião do 2º choque do petróleo)quando os preços do barril passaram de US$ 18,00 para US$ 33,00.

Mas agora já estamos entrando nas observações da história nacional brasileira do "ouro negro", o que de certo modo, já iniciamos a fazê-lo quando descrevemos, atrás, as constituições históricas do Brasil, no que se refere ao petróleo. Devemos, no entanto, dar continuidade a estas observações: fatos relevantes sobre a pesquisa e descoberta de possíveis reservas petrolíferas.

Ainda durante o segundo reinado, na segunda metade do século XIX, iniciam-se na Bahia (1864) as primeiras tentativas de prospecção e perfuração do subsolo, com vistas a identificar a existência do precioso óleo.

5 - A política urbana na Constituição de 1988

O Constituinte de 1988 se preocupou em determinar ou estabelecer as bases constitucionais de uma política urbana(art. 182), em contraste com as balizas constitucionais da política agrícola e fundiária, e de reforma agrária(arts. 185/191), igualmente inserida na parte da ordem econômica e financeira, é dizer, das relações entre o Estado e a Economia. Ora, estabelecer uma política urbana, no texto constitucional, consistiria em assumir as balizas constitucionais dos modos de aquisição e perda (via desapropriação) da propriedade territorial urbana, ao tempo em que se preocuparia o Constituinte originário, com isso, em definir o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades.

Sabe-se que a forma mais habitual de aquisição da propriedade territorial urbana se viabiliza pela via negocial(embora a via aquisitiva do usucapião prevista pelo disposto no art. 183, da Constituição represente uma exceção), há muito definida pela legislação civil ordinária; Com efeito, a práxis cotidiana negocial das cidades, já seja adstrita ao mero e inadvertido contrato particular de compra e venda, já seja, por outro lado, incorporada às Escrituras Públicas de Compra e Venda (EPCV) enquanto documento juridicamente mais

apropriado a expressar as transferências de titularidade das propriedades territoriais urbanas, a teor do art. 167, da Lei nº 6.015/1973(Lei dos Registros Pùblicos), possibilitou ao Constituinte originário ordenar as formas de obtenção e perdas destas titularidades. E consoante assinala Gilmar Mendes,[22] a "Constituição consagra que a lei deverá estabelecer o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art.5º,XXIV), com a ressalva da desapropriação, para fins de reforma agrária, do imóvel que não esteja cumprindo sua função social (art. 184, caput) e do imóvel urbano não edificado, cujas indenizações serão pagas mediante títulos da dívida pública(art. 182, parágrafo 4º)".

Ora, já aí se configura uma diferença marcante entre as propriedades territoriais urbana e rural: o capital necessário para vialibilizar a desapropriação, no plano urbano porquanto a indenização somente se concretizará mediante dinheiro (daí a dificuldade de reformas urbanas, cujos chefes do executivo municipal tanto gostariam de alargar as pistas urbanas, porém indispõem do dinheiro para a indenização justa e prévia, determinada constitucionalmente, enquanto no plano rural, mencionada indenização poderá ocorrer mediante meros títulos da dívida agrária, é dizer, papéis resgatáveis no prazo de até vinte anos.

O plano diretor – espécie de constituição municipal, a teor da relevância que a Lei Maior de 1988 deu à esfera federativa do Municipio(art. 1º, da CF)-, vai conter a política do desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público Municipal e, buscando atender ou objetivando ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, terá que ser aprovado, compulsoriamente, pela Câmara Municipal das cidades com mais de vinte mil habitantes(parágrafo 1º, do art. 182, da Constituição Federal). A jurisprudência do Supremo tende a se consolidar nessa direção:

> "Aprovada, por deliberação majoritária do Plenário, tese com repercussão geral no sentido de que 'Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor." (RE 607.940, rel. min. **Teori Zavascki**, julgamento em 29-10-2015, Plenário, DJE de 26-2-2016, com repercussão geral.).

Outra inovação que a política urbana prevista pela ordem econômica e financeira da atual Constituição Federal trouxe a lume, desde 1988, foram os mecanismos inibitórios de especulação imobiliária típica das cidades grandes e regiões metropolitanas do país, cujos

[22] MENDES, Gilmar e GONET BLANCO, Paulo Gustavo: " Curso de Direito Constitucional", IDP/Saraiva, 7ª edição, São Paulo, 2012, pag. 390.

terrenos murados por elevados tapumes e coloridos “outdoors”, disfarçam a sanha especulativa imobiliária nas propriedades territoriais urbanas, na medida em que relativizam ou enfraquecem os valores relativos aos pagamentos de IPTU uma vez que varam anos contínuos sem edificação, sub-construídos ou sub-edificados . Destarte, o Constituinte Originário de 1988 atribuiu ao chefe do executivo municipal a faculdade de adoção de três instrumentais de inibição dessa especulação, a saber: a) “parcelamento ou edificação compulsórios; b) IPTU(Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana) progressivo no tempo; e, c) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”, a teor do disposto no parágrafo 4º do art. 182, da Constituição Federal. Significa afirmar que o prefeito municipal, nos termos assegurados pela Legislação Constitucional Maior e Legislação específica para área incluída no plano diretor poderá adotar os mencionados mecanismos, os quais deverão poder inibir a referida especulação impeditiva do desenvolvimento social e da construção urbana no país. Em síntese, o não-aproveitamento do solo urbano pode gerar a perda – parcial ou total, lenta ou progressivamente-, de sua titularidade.

A jurisprudência do STF, igualmente, já apreciou esta inovação, como se pode ver do seguinte acórdão sumulado:(*apud* BULOS LAMMÊGO, Uadi: Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, S. Paulo, 2007, pag. 1254)

> "É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da EC 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana." (Súmula 668.)

Outro acórdão, a propósito da matéria, diz:

> “IPTU calculado com base em alíquota progressiva, em razão da área do terreno e do valor venal do imóvel e das edificações. Ilegitimidade da exigência, nos moldes explicitados, por ofensa ao art. 182, § 4º, II, da CF, que limita a faculdade contida no art. 156, § 1º, à observância do disposto em lei federal e à utilização do fator tempo para a graduação do tributo.” (RE 194.036, rel. min. **Ilmar Galvão**, julgamento em 24-4-1997, Plenário, *DJ* de 20-6-1997.)

Destarte, as formas de aquisição e perda da propriedade predial e territorial urbana, constitucionalmente reguladas e estabelecidas pelo texto de 1988, resultam numa concepção moderna do bem estar dos habitantes das cidades e metrópoles brasileiras, no século corrente, porquanto a atuação dessa função social constitucionalizada nos artigos 182 e 183, no acertado dizer de Bulos Lammêgo, traduz a idéia de realização concreta das quatro bases do

urbanismo moderno: habitação, trabalho, recreação(ou lazer) e circulação. Logo, convém ser compreendida em consonância com as demais normas constitucionais relacionadas à matéria (arts. 5º, XXIII; 170, III;182, $2º; e 186).

x- A política fundiária, agrícola e de reforma agrária inserida na Constituição de 1988

Por outro lado, as formas de aquisição e perda da propriedade territorial rural definem os balizamentos da politica agrícola e fundiária, e de reforma agrária, as quais a Constituição Federal de 1988 estabeleceram com um objetivo claro de relevar as *"funções sociais"* que estas propriedades fundiárias deverão, doravante, cumprir.

Com efeito, a leitura do capítulo III, do título VII, da vigente Constituição Federal denota a perfeita consciência do Constituinte originário (leia-se Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88) quanto às diferentes maneiras de encarar as referidas funções sociais das propriedades rurais daquelas funções sociais atribuídas às propriedades prediais e territoriais urbanas, é dizer, enquanto a estas compete o cumprimento de sua função social tão somente a adequação ou o "atendimento das exigências fundamentais de ordenação das cidades expressas no plano diretor" (a teor do disposto no parágrafo 2º, do art. 182, da CF), àquelas propriedades rurais ou fundiárias serão exigidas todo um agrupamento simultâneo de condições(requisitos) e pressupostos, a saber:

1º) "aproveitamento adequado e racional da terra;

2º) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

3º) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e,

4º) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores." (*vide* art. 186, da Constituição Federal.)

Ainda que eivada de difusas expressões, o dispositivo constitucional supra referido não deixa dúvidas quanto à necessidade de cumprimento da função social da propriedade fundiária e rural, uma vez que, segundo critérios e graus estabelecidos em lei, implementados tais quatro requisitos anteriormente arrolados, a propriedade rural terá cumprida sua função social, insuscetível restando à desapropriação para fins de reforma agrária.

Consoante bem argumentado por Uadi Lammêgo Bulos,[23] "as normas que servem de base à política agrícola e fundiária, bem como à reforma agrária, estão centralizadas no regime da propriedade rural. Este, por sua vez, pauta-se na propriedade da terra, possuindo a natureza de *bem de produção.* Assim, os artigos 184 a 191 da Carta Magna trazem um conjunto de preceitos constitucionais que possibilitam a intervenção do Poder Público visando, em última análise, dar cumprimento à função social da propriedade. Significa que toda riqueza do trabalho digno tem uma finalidade social e econômica predeterminada: trazer benefícios para o produtor e para a comunidade em que ele vive. O fator preponderante, portanto, é a *produtividade,* pois o direito de propriedade rural, muito mais que um bem patrimonial, é um bem de produção. Essa foi a doutrina seguida pelo constituinte de 1988 ao constitucionalizar a matéria".

a.1) Politica agrícola

A politica agrícola será planejada e executada na forma da lei, incluindo neste planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais(art.187, parágrafo 1º), levando-se em consideração os seguintes aspectos:

> a) Os instrumentos creditícios e fiscais; b) os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; c) o incentivo à pesquisa e à tecnologia; d) a assistência técnica e a extensão rural; e) o seguro agrícola; f) o cooperativismo; g) a eletrificação rural e irrigação; e, h) a habitação para o trabalhador rural. (Vide art. 187, I a VIII, da Constituição Federal).

Ora, logo se pode perceber que a Constituição vigente protegeu e amparou bem mais a política agrícola do que a reforma agrária (próximo tópico de nossa exposição), vez que impôs requisitos formais à realização desta, enquanto à política agrícola não colocou quaisquer obstáculos, na medida em que aí é a classe rural a beneficiária maior e direta.

c.1) Reforma agrária

Consoante observado por Henrique de Barros[24] a reforma agrária enseja " uma repartição do rendimento social-agrícola, deslocando em proveito de qualquer das classes interessadas (trabalhadores, capitalistas ou empresários), o modo até então vigente de dividir

[23] LAMMÊGO BULOS, Uadi: Curso de Direito Constitucional, Saraiva, S. Paulo, 2007, pag. 1256.
[24] BARROS, Henrique de: Economia agrária, pag. 243 apud Uadi Bulos Lammêgo, Curso de Direito Constitucional, Saraiva Editora, S. Paulo, 2007, pag. 1260.

o grande *bolo* comum.” Como ressaltamos anteriormente, compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não cumprir sua *função social* (CF, art. 184, *caput), s*endo, contudo, insuscetível de desapropriação, para estes fins de reforma agrária, a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, bem como a grande propriedade, desde que produtiva (CF, art. 185, caput).

7. Sistema Financeiro Nacional

Esse sistema se resume ao disposto no artigo 192, da Constituição Federal em vigor. Artigo que teve revogado todos os seus incisos e parágrafos, no ano de 2003, através da Emenda Constitucional nº *40, de 29.05.03*, tendo sido, destarte, inteiramente desfigurada a sistemática inicialmente prevista para sua estruturação. Desse modo, as partes que compõem, ainda, tal sistema financeiro nacional, abrangendo inclusive as cooperativas de crédito, o qual será regulado por leis complementares que disporão, até sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. Ora, observamos cheiro de cobiça internacional, a cobiça da banca estrangeira visando dominar a economia nacional.

Conclusões

A primeira observação conclusiva se volta para o fato de que a pandemia do coronavírus, especialmente no Brasil, onde se desenvolveu uma CPI da COVID no Senado Federal, para investigação de agentes públicos e privados responsáveis pela demora de aquisição das vacinas, exterminou mais de meio milhão de brasileiros.

Por outro lado, vale ressaltar que semelhante conjuntura pandêmica– ainda que tenha explicado algum exercício de capacidade normativa da parte do governo federal-, não justificou o comportamento omissivo da esfera nacional de governança, atentatório às instituições democráticas. A dificuldade econômica sinalizada pelo elevado nível de inflação, despesa pública e desemprego, no Brasil de 2020 e 2021, não justificam o desgoverno de não retirada do palanque eleitoreiro preparatório para o embate radicalizado de 2022; Há que se observar a responsabilidade pública do sentimento nacional de uma nação que precisa caminhar para o marco civilizatório, que supere e despreze a barbárie. Sobretudo, a barbárie da morte, quase genocídio, provocada pela mencionada pandemia.

NOTAS DE RODAPÉ:

MERQUIOR, José Guilherme: " O liberalismo antigo e moderno", Tradução de Henrique de Araújo Mesquita, É Realizações Editora, S. Paulo, 2014, pags. 62-66.

Conferir a contribuição, nesta direção, dada por autores como Hegel e Troeltsch; Este último, Ernst Troeltsch, autor de *Die Bedeutung dês Protestantismus fur die Ents*tehung der Modernen Welt, cit. por José G. Merquior, edição de Munchen, 1906, tem excelente exame de suas ideias em Harry Liebersohn:"Fate and Utopia in German Sociology 1870-1923", MIT press, 1988, em especial o cap.3

MERQUIOR, José G.: O liberalismo antigo e moderno, op. cit. pag. 75

DA SILVA, José Afonso:" Aplicabilidade das normas constitucionais", S. Paulo, 1967.

CRISAFULLI, Vezio: " La Costituzione e lê sue disposizioni di principio", Milão, Dott. Guiffré Editore, 1952.

MENDES, Gilmar e outros: Curso de Direito Constitucional, op.cit; BARROSO, Luis Roberto: O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, 3ª Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1996; BONAVIDES, Paulo: " Curso de Direito Constitucional", Malheiros, S. Paulo, 24ª Ed., 2009; SARLET, IngoWolfgang e outros: Op. cit.; GRAU, Eros Roberto: " A ordem economica na Constituição de 1988(Interpretação e crítica), 3ª Ed., Malheiros, S. Paulo, 1997; e AIRES BRITTO, Carlos: " Teoria da Constituição", Rio de Janeiro, Forense, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang e outros: Op. cit. pags. 168 a 194

BARROSO, Luis Roberto : op. cit. Editora Saraiva, S. Paulo, 2009.

BARROSO, Luis Roberto: " *Curso de Direito Constitucional contemporâneo"*, Edit. Saraiva, 2009, pag. 171 e segs.

DA SILVA, José Afonso: "Aplicabilidade das normas constitucionais ", op. cit. pag. 55-56, que exemplifica, ademais, segundo Sarlet, a distinção efetuada " chamando a atenção para o fato de que uma norma pode perfeitamente possuir eficácia jurídca (como, por exemplo, o de revogar normas anteriores), mas não alcançar efetividade, isto é, não ser socialmente eficaz, caso não seja cumprido no plano social. Vejam que, antes mesmo do pioneiro J.Afonso da Silva, tal entendimento já era sustentado - apesar de rápidas discrepâncias conceituais entre eles- por TEIXEIRA, José Horácio Meirelles, em *Curso de Direito Constitucional*, pags.289 e seguintes, para quem, segundo Ingo Sarlet, a eficácia jurídica ou aplicabilidade (de fato, este ultimo autor equipara as duas noções), consiste " na qualidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, em maior ou menor escala, as situações, relações e comportamentos de que cogita" (*sic*), *ao passo que a eficácia social consistiria na real observância da norma pela comunidade*, na sua efetiva aplicação no plano dos fatos. Mencionada discussão teórica em torno de tais conceitos e de suas compreensões e interpretações, são objeto de largo comentário de Ingo Sarlet que se apoia, ora em Roberto Barroso, ora em Tercio Sampaio Ferraz ou Flavia Piovesan, cujas obras de Direito Constitucional se constituem, de fato, em estuário de esclarecimentos técnico-jurídico a propósito do tema, para as quais remetemos o leitor mais curioso. Conferir, portanto, nesse sentido e direção de PIOVESAN, Flãvia: "*Proteção judicial contra omissões legislativas"*,pags. 47 e seguintes e BARROSO, Luis Roberto: "*Direito Constitucional e a efetividade de suas normas", em* cuja pagina 81 define " a eficácia como a aptidão do ato jurídico para irradiar os efeitos que lhe são inerentes".

I- Conferir site WWW.cade.gov.br onde constam que no ano 2012 foram julgados 836 processos no âmbito do CADE; em 2013, 272 e em 2014, o número de 158 processos.

Ii- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: " Curso de Direito Constituconal", 34ª edição, Editora Saraiva, S. Paulo, 2008

Iii- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: Op. cit. pag. 366.

Iv- Conferir, igualmente, os livros de autoria de GRAU, Eros Roberto: " Elementos de Direito Economico", ; "A Ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996;

ALGUMAS OBRAS CONSULTADAS PELA BIBLIOGRAFIA

AMADO, Frederico: " Direito Previdenciário", 5ª edição, Editora Jus Podium, Salvador, 2005

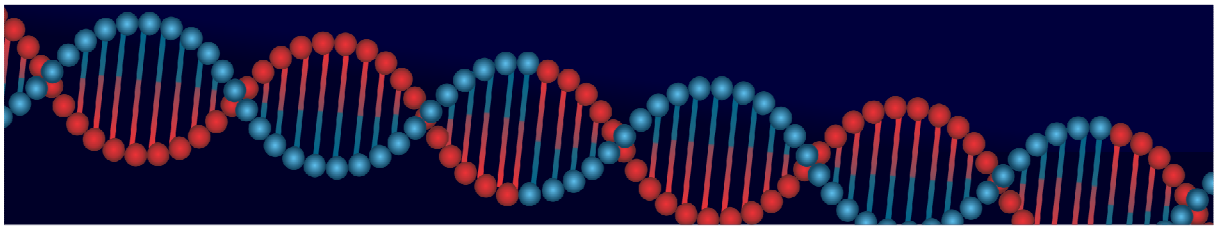
AUSTRUY, Jacques. **Le scandale du devéloppement**. Paris: Éditions Marcel Rivière, 1976.

AZAMBUJA, Darcy: **Teoria Geral do Estado.** 5. ed., Porto Alegre: Globo, 1971.

BOTTOMORE, T. B. **As elites e a sociedade.** Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

BAUDRILLARD, Jean. Entrevista a Roberto Lopes, publicada em **Diário do Nordeste,** edição de 25.2.88.

BENN, G. **Gobierno moderno e la ingerenza negli affari privati**. Roma: A.Guiffré, 1948.



O ESTADO DE EXCEÇÃO PROVOCADO PELA PANDEMIA OU O VÍRUS DA VERDADE, A DIGITALIZAÇÃO CRESCENTE DA VIDA E A GUERRA CONTRA O MUNDO.*

*Willis Santiago Guerra Filho***

> Os espíritos xapiri, que descem das montanhas para brincar na floresta em seus espelhos, fugirão para muito longe.
> Seus pais, os xamãs, não poderão mais chamá-los e fazê-los dançar para nos proteger.
> Não serão capazes de espantar as fumaças de epidemia que nos devoram.
> (...)
> Então morreremos, um atrás do outro, tanto os brancos quanto nós.
> Todos os xamãs vão acabar morrendo.
> Quando não houver mais nenhum deles vivo para sustentar o céu, ele vai desabar.
>
> Davi Kopenawa Yanomami,
>
> "Epígrafe" ao seu livro "A Queda do Céu".

Resumo: O vírus da Covid-19 revelou a verdade do equívoco estrondoso em que e com que se constitui a sociedade mundial, sociedade da comunicação (Niklas Luhmann), sociedade de comunicação que nunca se realiza, que sempre é levada adiante como expectativa de em momento futuro superar as frustrações efetivadas no presente, presente que só se suporta com esperança e crença neste melhor futuro, futuro este que agora desaparece, revelando-se a miragem que sempre foi. Desnudou-se pornograficamente o desmonte que se promovia e ainda insiste em promover de um mínimo Estado social, aqui ainda apenas em implantação. A

---

* Palestra de abertura do IV Congresso nacional de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA), em 02.08.2021.

** Advogado, Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO); Professor Permanente no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha; Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutor em Comunicação e Semiótica (PUCSP); Doutor em Psicologia Política (PUCSP). willisguerra@hotmail.com.

pandemia revelou mais rapidamente, antes do tempo previsto, antecipadamente, a verdade da digitalização galopante da sociedade, sociedade que se realiza na comunicação, pois é uma digitalização de nossos meios de comunicação, formas de trabalhar e nos relacionarmos, trazendo o controle de dados e dos seus portadores para assim melhor explorá-los em suposto benefício próprio, isolando-(n)os ainda mais.

Palavras-chave: Digitalização da vida, estado de exceção, biopoder, necropolítica.

Abstract: The Covid-19 virus has revealed the truth of the resounding misunderstanding in which and with which the world society is constituted, a communication society (Niklas Luhmann), a communication society that never takes place, that is always carried forward as an expectation of in future moment to overcome the frustrations effected in the present, a present that can only be supported with hope and belief in this better future, a future that now disappears, revealing the mirage that it always was. Pornographically, the dismantling that was being promoted and still insists on promoting a minimal social state, here still only being implemented, was exposed. The pandemic revealed more quickly, ahead of schedule, in advance, the truth of the rampant digitization of society, a society that takes place in communication, as it is a digitization of our means of communication, ways of working and relating, bringing data control and their carriers, in order to better exploit them for their own supposed benefit, isolating them even more.

Keywords: Digitization of life, state of exception, biopower, necropolitics.

O vírus da Covid-19 é apocalíptico, ou seja, algo que é, literalmente, em grego, revelador, e sendo revelador, o que revela é a verdade, *alétheia*, para aludir uma forma de referi-la, também em grego clássico. Sim, a verdade, isto do que em geral já se tinha desistido, menos em ambientes religiosos, pois se tornou mais um objeto de crença do que da ciência. A verdade, afinal, é mesmo ao que damos crédito, no que cremos, sendo portanto um objeto de fé, e "obiecta fidei" constituem, sabidamente, o objeto de estudo da teologia, valendo ressaltar aí, igualmente, nesse “dar crédito”, o componente originariamente jurídico envolvido, a função alética certificadora, cartorial mesmo, do apofântico, do que se refere à verdade, fundamento imprescindível de toda convivência humana, impensável sem garantias de co(n)fiança.

É nossa confiança que se encontra agora fundamentalmente abalada, confiança em nosso corpo, nos corpos quaisquer, no contato, que sempre pode ser contágio, mal encontro, mesmo quando nos alegra. E no entanto não podemos abrir mão dele, pois como diz em manifestação recente Manuel Castells, se é para morrermos, melhor que seja abraçados.

O vírus revelou a verdade do equívoco estrondoso em que e com que se constitui a sociedade mundial, sociedade da comunicação (Niklas Luhmann), sociedade de comunicação que nunca se realiza, que sempre é levada adiante como expectativa de em momento futuro superar as frustrações efetivadas no presente, presente que só se suporta com esperança e crença neste melhor futuro, futuro este que agora desaparece, revelando-se a miragem que sempre foi - algo presente já em tradições sapienciais antiquíssimas, como aquelas budistas. Sim, uma ficção coletiva entre tantas, como o Direito, cada vez mais evidentemente falaciosas, mas nas quais insistimos, simplesmente por não sermos capazes de substituí-las, por nos faltar um tal poder, um poder que só a crença na magia confere, o poder dos xamãs, pais e mães de santo, profetas e todos os assim chamados videntes, a quem Rimbaud em sua célebre carta (do Vidente) convocava os poetas a serem e também caberia convocar os filósofos, juristas e pesquisadores em geral a se tornarem, em novo devir e assim "desser" o que se tem sido, obsessivamente, id-entitariamente, pluralizando-se.

Desnudou-se pornograficamente o desmonte que se promovia e ainda insiste em promover de um mínimo Estado social, aqui ainda apenas em implantação. Acelera-se assim o filme grotesco que vivíamos e isso deve ser saudado, pois que chegue logo ao fim este horror! A velocidade de disseminação do vírus acelerou ainda mais, muito mais, o já aceleradíssimo ritmo de progressão dessa guerra que a economia da sociedade mundial movia, sem declarar, ocultada por todos os meios e mídias, guerra contra o próprio planeta em que se assenta, seu ecossistema como um todo. O Welfare State de há muito, não só com o aparecimento e predomínio do neoliberalismo, já mostrava para quem ousasse ver sua verdade, de ser um WARfare State. Não se trata aqui de referir à guerra como metáfora da doença, nos termos de Susan Sontag, pois é guerra mesmo do que se trata, embora difusa, e desmilitarizada, mesmo quando se tem à frente do Ministério da Saúde, como chegamos a ter entre nós, um General do Exército, por ser guerra amplamente civil – ou incivil. E agora a guerra está revelada, a verdade do estado de guerra generalizado em que vivíamos e ainda vivemos, uma vida sem sentido, para morrer igualmente, sem sentido: é o permanente estado de exceção, que Walter

Benjamin vislumbrou e tão claramente nos anunciou, em seu texto-testamento, “Teses sobre o conceito da história”, cuja VII tese enuncia:

> A tradição dos oprimidos nos ensina que o 'estado de exceção', no qual vivemos, é a regra. Devemos chegar a um conceito de história que esteja à altura dele. Aí nossa tarefa será expor diante de nossos próprios olhos o efetivo estado de exceção; e por este meio melhoramos nossa posição na luta contra o fascismo.[1]

Este “estado de exceção efetivo” é aquele que entendemos foi provocado pela pandemia, o qual se trata aqui de “expor diante dos próprios olhos”.

Isto já porque, e este é o nosso tema aqui, a pandemia revelou mais rapidamente, antes do tempo previsto, antecipadamente, a verdade da digitalização galopante da sociedade, sociedade que se realiza na comunicação, pois é uma digitalização de nossos meios de comunicação, formas de trabalhar e nos relacionarmos, trazendo o controle de dados e dos seus portadores para assim melhor explorá-los em suposto benefício próprio, isolando-(n)os ainda mais. Eis como se exerce agora mais imediatamente o chamado biopoder, tornado biodigital, sendo o soberano, como diz Byung-Chul Han, quem dispõe sobre os dados.

O tema do biopoder e sua centralidade foi suscitado de modo contundente, antes de todos, como sabemos, por Michel Foucault, no contexto da chamada “biopolítica”, aludindo ao que se pode considerar a característica destacada da politica na modernidade, exercida por Estados nacionais soberanos, com poder sobre a vida (*bios*) dos que se encontram sujeitos à sua soberania. Na atualidade, entendemos ser o filósofo camaronês Achille Mbembe quem melhor tem mostrado sua pior faceta: a conexão com o racismo. E o faz em termos como os seguintes:

> [...] racismo é acima de tudo uma tecnologia destinada a permitir o exercício do biopoder, "este velho direito soberano de matar". Na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição da morte e tornar possíveis as funções assassinas do Estado. Segundo Foucault, essa é "a condição para aceitabilidade do fazer morrer”.[2]

---

[1] No original: "Die Tradition der Unterdrückten belehrt uns darüber, daß der ´Ausnahmezustand´, in dem wir leben, die Regel ist. Wir müssen zu einem Begriff der Geschichte kommen, der dem entspricht. Dann wird uns als unsere Aufgabe die Herbeiführung des wirklichen Ausnahmezustands vor Augen stehen; und dadurch wird unsere Position im Kampf gegen den Faschismus sich verbessern. Dessen Chance besteht nicht zuletzt darin, daß die Gegner ihm im Namen des Fortschritts als einer historischen Norm begegnen. - Das Staunen darüber, daß die Dinge, die wir erleben, im zwanzigsten Jahrhundert ´noch´ möglich sind, ist kein philosophisches. Es steht nicht am Anfang einer Erkenntnis, es sei denn der, daß die Vorstellung von Geschichte, aus der es stammt, nicht zu halten ist".

[2] **Necropolítica**. São Paulo: n-1 edições, 2018, p. 18.

Vivemos na sociedade da informação, com excesso de informações e redução ou impossibilidade da comunicação, com intensa disseminação, até mesmo na esfera pública, de *fake news,* ausência de transparência em Orçamentos Públicos e insuficiência de tal transparência, sem um efetivo direito à explicação ou direito à informação efetivo, em específico quando se trata de dados pessoais; acreditamos em "imagens técnicas" (Vilém Flusser) que se afastam dos conceitos e da realidade, sem enxergar tal distanciamento, nesta era da "imagem do mundo" (Martin Heidegger), a substituir o mundo propriamente dito. Distanciamo-nos de nós mesmos, em um labirinto e em rota de colisão, deslocando-nos do chão em que nos assentaríamos no mundo e na vida, em busca do etéreo, em busca da liberdade sem limites, daí já não termos mais como pousar, presos que estamos na pós-história, em prisões virtuais e digitais hipermodernas.

O corpo e a subjetividade, na sociedade digital pautada principalmente no controle microprotético e midiático-cibernético, são regulados por um conjunto de tecnologias biomoleculares, microprotéticas, digitais, de transmissão de informação. Surgem assim novas subjetividades, digitalizadas, cada vez mais performáticas e superficiais, pois a empatia vai se perdendo a cada geração, à medida que a linguagem escrita vai se transformando em oralidade cibernética, e se distanciam o signo e o significante.

O mais recente e intensivo uso da inteligência artificial (IA) refere-se justamente ao controle da pandemia do Coronavírus, quanto ao cumprimento pela população de medidas de quarentena, bem como ao monitoramento do surto e à aceleração de testes de medicamentos, envolvendo a área da vigilância global de doenças. Com a utilização da IA no controle da pandemia do coronavírus, a um algoritmo se transfere a responsabilidade, por exemplo, pela escolha de quais casos seriam prioritários ou não para o uso de aparelhos de ventilação pulmonar, em caso de sua escassez, sendo questionáveis os métodos de escolha de qual ser humano, diante da impossibilidade de se atender a todos, deverá sobreviver, e quem deverá ser sacrificado, já que todos possuem a mesma dignidade humana e o direito humano à respiração para viver.

A crise sanitária, portanto, é indissociável da discussão de questões eminentemente éticas, também de direitos humanos e fundamentais, em especial no tocante à triagem e ao momento apropriado para a suspensão do confinamento social. Tal crise se relaciona com a crise ecológica e somente poderá ser resolvida com a realização de reformas estruturais

imprescindíveis, como o aumento da proteção ambiental, a redução do aquecimento global, a proteção da Amazônia, a reorganização da economia global de forma independente dos mecanismos de mercado, a melhora da condição de vida da população em estado de vulnerabilidade, a redução do consumismo desenfreado, e a criação de impostos realmente progressivos, além de um imposto sobre grandes fortunas, onerando mais os que dispõem de maior riqueza tributária, em razão do princípio da progressividade e em respeito à Constituição Federal de 1988.

Habermas, no artigo *Fios do tempo. Precisamos agir como o saber explícito do nosso não saber* (publicado no site Ateliê de humanidades e no Le monde, de 11.04.2020), ressalta a questão ética acerca da escolha trágica, a ser realizada pelo médico ou por meio da inteligência artificial, entre uma vida e outra, nascendo a tentação de se violar o princípio da igualdade estrita de tratamento, favorecendo os mais jovens em detrimento dos mais idosos, afirmando que não podemos nos socorrer para isso de fundamentos utilitaristas e lógicas utilitaristas de cálculo. Ressalta, ainda, que a restrição de um grande número de importantes direitos de liberdade jamais poderá perdurar no tempo, devendo haver uma duração muito determinada. Certamente preocupa ao autor da teoria do discurso, com livro importante e muito conhecido também sobre Direito (intitulado "Direito e Democracia", na edição brasileira), a falta de legislação para respaldar as medidas restritivas de direitos fundamentais, como a liberdade, apesar de necessárias, logo, desde que proporcionais, mas mesmo quando não são, ainda assim são em geral bem aceitas pela população, dando ensejo ao que um jurista alemão, Carsten Bäcker, já qualificou como "estado de exceção discursivo" (cf. https://verfassungsblog.de/corona-in-karlsruhe/).

Nem sempre a opção pelo princípio da maior eficácia seria a melhor abordagem em se tratando de direitos humanos e fundamentais, como também em termos humanitários, sendo que em um Estado Democrático de Direito jamais um interesse econômico poderá se sobrepor a vidas humanas, que este mesmo interesse econômico visa manter e preservar.

Neste sentido, Byung-Chul Han (*O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã*, El Pais) entende que os países asiáticos estão lidando melhor do que o Ocidente com a atual crise, já que trabalham com coleta de dados e sem nenhum problema quanto ao uso de máscaras. Estados asiáticos como Japão, Coreia, China, incluindo Hong Kong, Taiwan e Singapura possuem uma mentalidade coletivista e respeitosa à autoridade, de inspiração confucionista, o

que facilita a obediência pela população, apostando, sobretudo, na vigilância digital (*big data*), sem quase qualquer consciência crítica diante de tal vigilância. Na China não existe nenhum momento da vida social que não esteja submetido à observação, ocorrendo uma irrestrita troca de dados entre os fornecedores da internet e de telefonia celular com as autoridades, e quase não se fala em proteção de dados. Há 200 milhões de câmeras com reconhecimento facial, dotadas de inteligência artificial, espalhadas por todas as ruas, capturando a imagem e medindo a temperatura corporal. Ora, apesar da diversidade dos regimes políticos, Taiwan e Coreia do Sul seguem a mesma dinâmica da biopolítica digital, exercendo uma nova forma de soberania.

Diversos filósofos e pensadores apontam para a desproporção nos métodos utilizados até o momento, mesmo em situação já confirmada de pandemia como é a do coronavírus, o que se verifica, em especial, no caso da China e Índia, havendo notícias e imagens da utilização de violência física por parte dos policiais contra pessoas que circulavam pelas ruas deste último país. Byung-Chul Han destaca também a reação desproporcional e desmedida do pânico desatado pela nova pandemia, sendo esta uma reação imunitária social e global face ao novo inimigo, desdobramento daquela crise autoimunitária que já temos anunciado desde pelo menos 2010, em congressos e publicações, em diversas ocasiões, no Brasil e também, com anterioridade, no exterior.[3] Outro motivo para o pânico à digitalização é por eliminar a própria realidade, ao suprimir a negatividade da resistência, surgindo uma apatia frente à ela.

Na era da biopolítica digital, o conhecimento é definido como conhecimento para o mercado, sendo este o mecanismo principal de validação da verdade, donde o florescimento de perspectivas negacionistas, a se apresentarem com igual direito a serem verdadeiras, uma opção a mais a ser consumida. Os mercados se transformam cada vez mais em estruturas e tecnologias algorítmicas, considerando como o único conhecimento útil este algorítmico, donde a conclusão de Byung-Chul Han, de que agora o soberano é aquele que dispõe de (e

[3] Cf., v.g., Willis Santiago Guerra Filho, "Potência crítica da ideia de direito como um sistema social autopoiético na sociedade mundial contemporânea**"**, *in*: **Jurisdicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea,** Germano Schwartz (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; "Luhmann and Derrida: Immunology and Autopoiesis*"*, *in*: **Luhmann Observed**: Radical Theoretical Encounters, A. La Cour e A. Philippopoulos-Mihalopoulos (eds.), Londres/Nova York: Palgrave, 2012; **Immunological Theory of Law**, Saarbrücken: Lambert, 2014; "A Crise Autoimunitária da Nova Ordem Internacional" *in* **Poliética**. Revista de Ética e Filosofia Política, São Paulo, v. 2, n. 1, 2014, p. 7 - 25 (disponível em http://revistas.pucsp.br/PoliEtica). O melhor desenvolvimento se encontra na tese de filosofia do direito defendida por Paola Cantarini em 2017 na Università del Salento (Itália), intitulada "Princípio da Proporcionalidade como resposta à Crise Autoimunitária do Direito", publicada entre nós no mesmo ano (Rio de Janeiro: Lumen Juris).

sobre os) dados, em alusão velada à célebre definião de Carl Schmitt, de que "soberano é quem dispõe sobre o estado de exceção".

O estado de exceção, como é bem notório, foi trabalhado em diversos livros pelo filósofo italiano G. Agamben, o qual em dois artigos lançados logo no início da pandemia, *A invenção de uma epidemia* e *Contagio* (publicados respectivamente em 11.03.2020 e em 26.02.2020, recolhidos no livro coletivo "Sopa de Wuhan", editorial ASPO, 2020) associa tal situação, da exceção, à atual pandemia do coronavírus, por terem sido adotadas extremadas medidas excepcionais de emergência pelo governo italiano, fazendo um alerta acerca da possível desproporcionalidade das medidas tomadas, assim afirmando a presença mais clara do que nunca de que vivemos em um estado de exceção generalizado. Em outro artigo, o mesmo pensador afirma novamente: "É perigoso aceitar qualquer limitação da liberdade em nome da segurança, típico dos estados de exceção que não seriam estados de direito, mas um estado de controles cada vez mais generalizados" (Jornal La Repubblica, 24.11.2015). Em tal situação de exceção, o pacto social se altera, cria-se um pânico generalizado e em face do estado de *stress* permanente as pessoas acabam cedendo facilmente sua liberdade sem qualquer limite, sendo o medo, como ele adverte, um péssimo conselheiro. Suas manifestações provocaram muitas reações e incompreensões, mas não cabe entrar aqui neste debate, sendo recomendável o apanhado feito por um excelente filósofo brasileiro, também formado em Direito, como Agamben, que é Oswaldo Giacóia Jr.[4] Retomemos o fio da exposição.

A utilização da inteligência artificial no combate a pandemias, bem como a determinação de quarentena e isolamento social de forma obrigatória envolvem necessariamente uma análise de conflitos ou colisões de direitos fundamentais, pois remete à raiz mesma de todos eles, a dignidade humana, que se expressa ora como aspiração de liberdade, como ora como respeito à igualdade. E a compatibilização há de passar pelo crivo de um princípio de justiça, que é como entendemos o princípio da proporcionalidade.

---

[5] Cf., de O. Giacóia Jr., discutindo as reações de G. Agamben às medidas tomadas no estado de exceção sanitário provocado pela pandemia de Covid-19, "Pandemia e estado de exceção: contingência e sentido", *in*: **Tempos excepcionais**: a pandemia e a era Covid-19, Roberto Bueno (org.),São Paulo: Max Limonad, 2021, p. 59 ss. De grande interesse também é o texto do "Prefácio", intitulado "O vírus do capitalismo", escrito pelo excelente professor da UnB Miroslav Milovici, que muito lamentavelmente veio a falecer por Covid-19, bem como o "Estudo introdutório" e o capítulo de autoria do organizador da obra, sobre ascenção neofacista que coincide com a catástrofe da pandemia, impulsionando-a e aprofundando a crise civilizacional que acomete o "sistema-mundo", com maior severidade em certas regiões e países, como o nosso.

A Resolução 1-2020 da CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos - denominada “Pandemia y derechos humanos em las Américas” de 10.04.2020 destaca o princípio da proporcionalidade como forma de evitar a generalização de um estado de exceção em tempos de pandemia, ressalvando sua limitação temporal e a obrigatoriedade de observância do princípio da proporcionalidade em seus três sub-princípios, proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade (item 21). Também enfatiza que o estado de exceção cumpra e respeite os direitos humanos (item 20).

Ocorre aqui uma contradição ou paradoxo, pois o estado de exceção se caracteriza justamente por ser contrário ao Estado de direito, onde se respeitam os direitos humanos e direitos fundamentais, em especial por parte do Estado, ocorrendo o inverso no estado de exceção, como já bem demonstrou a história. O importante é nos assegurarmos da limitação no tempo de eventual concretização do estado de exceção e das limitações necessárias quando da suspensão ou restrição de direitos fundamentais, com base nos três subprincípios da proporcionalidade, em especial tendo-se em vista o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que em nosso entender, diverso de autores que se consagraram tratando do assunto, como Robert Alexy, determinaria que tal limitação ou restrição jamais possa ocorrer, não importa o quanto resulte em benefício para outro princípio ou direito fundamental, a ponto de ferir o núcleo essencial de todo direito fundamental e, porque não dizer, de todo verdadeiro Estado Democrático de Direito, a saber, a dignidade humana.

É que parece haver mesmo muita diferença em como nos portamos uns diante dos outros e em face do mundo em geral, havendo um número incomensurável de pessoas, que infelizmente têm predominado, para quem o que mais importa é a si mesmo e o que possa fazer para se destacar mais, elevar-se mais, frente aos outros e contra eles. É a lógica do sobrevivente, a que se refere Elias Canetti, de maneira mais detalhada em sua obra monumental “Massa e Poder”, obra de uma vida dedicada a entender o papel da morte em nossas vidas, inclusive ou, mesmo, fundamentalmente, em seu aspecto político, na sua relação com o poder. Sobrevivente é aquele que, sendo um poderoso, um “detentor de poder” (*Machthaber*), por ter o poder para tanto, impõe a outros a morte e o sofrimento para assim sentir-se acima da vida, “*Über-lebend*”, sobrevivente, quando ela é indissociável de tais circunstâncias. Escrever, então, sobre a experiência de ser um sobrevivente, sobrevivente da sanha assassina de sobreviventes inconformados com a morte, se mostra como um libelo em favor da vida a ser vivida significativamente, quer dizer, respeitando seus limites, ou melhor,

nossos limites e sua limitação. E é também escrever sobre o padecimento e o júbilo de viver humanamente, mortal e precariamente.

Vida humana, propriamente, é vida revestida de sentido, capaz de tornar suportável a consciência que temos os humanos de podermos não ter sido e a qualquer momento podermos não mais ser ou sermos acometido por uma ameaça ao nosso ser, finito, contingente. E esse sentido da vida nós adquirimos ao termos nossa história pessoal inserida em uma história comum a outros, que nos antecede e irá, também, nos suceder. Relatos, narrativas, rememorações – assim como também as comemorações – se prestam para manter esses vetores de sentido comum, de comum-unidade. A desumanização, portanto, é o que ocorre quando não se dispõe mais desses vínculos, e eles foram dissolvidos com a substituição da vida em comunidade por aquela em sociedade, atomizada, composta de sujeitos individualizados, tidos como autônomos e independentes, que não têm mais nada a dizer um ao outro que não seja pautado pela realização de interesses, pessoais. É quando, também, a história toma o lugar da memória, assim como a informação, objetiva, substitui a narrativa, pessoal, outro tema notoriamente (Walter) benjaminiano.

Daí que hoje chegamos a essa situação em que a preocupação maior é com a manutenção da vida biológica de cada um, sendo com o que mais se escandaliza Agamben, donde a importância de que haja riscos a serem combatidos, como o de contrair doenças, ser vítimas de catástrofes naturais ou que se apresentam como tais, assim como as guerras ou a criminalidade cotidiana, a fim de assim se justificar o poder político governamental, nos quadros do que Foucault tão bem qualificou de “biopolítica”, conforme já aludido. A vida em sociedade é tida como permanentemente ameaçada e do que se trata é de defendê-la, sendo o sentido que nos é oferecido para vivê-la aquele de mantê-la e só, sabendo que em algum momento, e a qualquer momento, se vai perdê-la. É um regime de crenças que precisa ser alterado, sendo que esse regime é o que somos enquanto seres marcados pelo desejo. São nossos desejos que precisam mudar, ou seja, precisamos antes de uma “metorexia” do que de metanoia. Quem sabe isso possa ocorrer sob o impacto dessa fase agora biológica do nosso estado de beligerância, já tão prolongado e desastroso, propiciando uma espécie de nova anábase, agora mundial. E tendo referido algo da antiga Grécia, vale lembrar, em conclusão, passagem a respeito de um dos maiores dentre os estudiosos dela que lecionaram aqui, o lusitano Eudoro de Sousa, em texto de 1962, elaborado para justificar a inclusão de um Centro de Estudos Clássicos na Universidade de Brasília que então se fundava (publicado

postumamente como “Anexo” da obra “Filosofia Grega”, pela Editora da UnB, no ano de seu cinquentenário, ou seja, 2012), neste ano em que a cidade se tornou sexagenária, pois lá se apresentaram “filosofia, ciências e técnicas (como) atividades todas ordenadas a que, diante do complexo cósmico, o homem deixe de apenas intuir e poetar, ou de ingenuamente integrar-se no ambiente, e passe a organizá-lo, aproveitá-lo e dominá-lo”. Eis a origem mais remota da guerra aqui referida, a guerra contra o mundo, que é a verdade deste vírus que a todos (i)mobiliza. Mas continua o helenista:

> “[...] é exatamente daqui que arranca o mundo ocidental, mas como, também, no fundo de todo este esforço, o outro mundo de paz plena com a natureza e o próprio homem espera que seja possível o regresso a ele, não com uma amargura de derrota, mas com um enriquecimento de vitória” (Filosofia Grega. Brasília: EdUnB, 2012, p. 204 – 205).

Que vençamos então a guerra, desistindo dela, denunciando-a, vencendo-nos.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, G. (2020). “Il Manifesto – “Contágio”, 11.03.2020; livro “Sopa de Wuhan”, editorial ASPO, 2020.

_____. (2020). “La invención de uma epidemia”, 26.02.2020, livro “Sopa de Wuhan”, editorial ASPO.

_____. (2015). “O estado de emergência não pode ser permanente". Jornal La repubblica, 24.11.2015; http://www.ihu.unisinos.br/169-noticias/noticias-2015/549436-giorgio-agamben-qo-estado-de-emergencia-nao-pode-ser-permanenteq)

CANTARINI, Paola (2017). O Princípio da Proporcionalidade como Resposta à Crise Autoimunitária do Direito, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CHUL HAN, Byung (2020a). “La emergência viral y el mundo de manãna”. El País.; https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html; acesso em 01.04.2020.

_____. (2020b). “O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã”, El pais; https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html; acesso em 01.04.2020.

FOUCAULT, Michel (2012). “Em defesa da sociedade”, Editora WMF MARTINS FONTES, 2ª Edição - 2012.

GIACÓIA JR., Oswaldo (2021). “Pandemia e estado de exceção: contingência e sentido”, *in*: **Tempos excepcionais**: a pandemia e a era Covid-19, Roberto Bueno (org.), São Paulo: Max Limonad.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (2012). “Potência crítica da ideia de direito como um sistema social autopoiético na sociedade mundial contemporânea**”**, *in*: **Jurisdicização das**

Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea, Germano Schwartz (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. (2012) "Luhmann and Derrida: Immunology and Autopoiesis", *in*: **Luhmann Observed**: Radical Theoretical Encounters, A. La Cour e A. Philippopoulos-Mihalopoulos (eds.), Londres/Nova York: Palgrave, 2012.

_____. (2014) Immunological Theory of Law, Saarbrücken: Lambert.

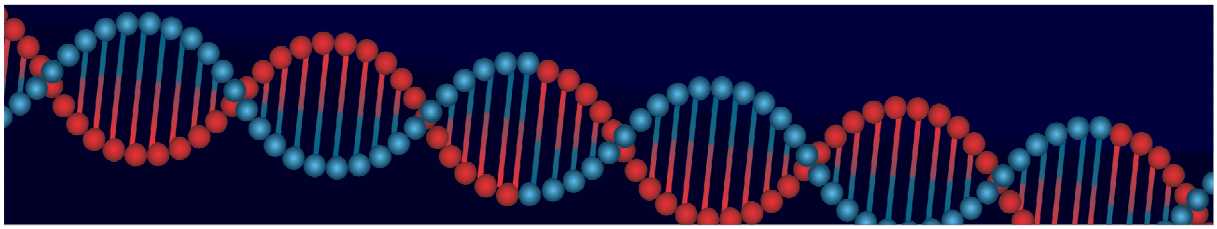
_____. (2014). "A Crise Autoimunitária da Nova Ordem Internacional" *in*: **Poliética**. Revista de Ética e Filosofia Política, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 7 - 25 (disponível em http://revistas.pucsp.br/PoliEtica)

HABERMAS, Jürgen. (2020) "Fios do tempo. Precisamos agir como o saber explícito do nosso não saber", Ateliê de humanidades; https://ateliedehumanidades.com/2020/04/12/fios-do-tempo-precisamos-agir-com-o-saber-explicito-de-nosso-nao-saber-entrevista-com-jurgen-habermas/; acesso em 01.04.2020.

MBEMBE, Achille (2019). Necropolítica, 3ª. ed., trad. Renata Santini, São Paulo: N-1.

MILOVICI, Miroslav (2021). "Prefácio - "O vírus do capitalismo", *in*: **Tempos excepcionais**: a pandemia e a era Covid-19, Roberto Bueno (org.), São Paulo: Max Limonad.

SOUSA, Eudoro de (2012). Filosofia Grega, rev. Marcus Mota; Gabriele Cornelli, notas e comentários Marcus Mota, Brasília: Editora da UnB.



OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS SÃO O MELHOR CAMINHO PARA CONFLITOS GERADOS PELA COVID-19

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme
Alexandre de Castro Barros Pavoletti

Resumo: O presente texto procurará apresentar os impactos que a pandemia de Covid-19 trouxe na vida das pessoas sob um ponto de vista jurídico. Intentará ser mostrado em um primeiro momento como a infeliz mas necessária forma de contenção da enfermidade resulta na semi-paralisia do sistema produtivo e, como consequência disso, no segundo reflexo para as relações humanas que se dá sob a forma da interrupção do adimplemento das obrigações jurídicas. Mais adiante, a quebra dos contratos gera a discussão acerca de questões como a exclusão da responsabilidade do suposto descumpridor de obrigações contratuais a partir do argumento do caso fortuito ou da força maior para fundamentar o eventual inadimplemento; ou o debate acerca da utilização da intitulada teoria da imprevisão para embasar a onerosidade excessiva e a consequente resolução dos contratos; ou, por fim, o diálogo (aqui defendido) a respeito da necessária revisão dos contratos, sob a chancela de algum dos meios extrajudiciais de solução de controvérsias, como mediação, a conciliação, a negociação, ou a arbitragem (se houver previsão para tanto). Assim, ter-se-á a manutenção do vínculo jurídico entre as partes, fomentando a circulação de riqueza e a manutenção do contrato, mas já sob perspectiva mais condizente com a nova realidade de cada um dos contratantes.

Palavras-chave: Covid-19; Meios Extrajudiciais de Solução de Controvérsias; Teoria da Imprevisão.

Abstract: this text will seek to present the impacts that the Covid-19 pandemic has brought on people's lives from a legal point of view. It will try to show at a first moment how the

unfortunate but necessary form of containment of the disease results in the semi-paralysis of the productive system and, as a consequence of this, in the second reflection for human relations that occurs in the form of interruption of the performance of obligations. legal. Further on, the breach of contracts generates discussion about issues such as the exclusion of the liability of the alleged breach of contractual obligations based on the argument of fortuitous event or force majeure to justify the eventual default; or the debate about the use of the so-called theory of unpredictability to support the excessive burden and the consequent resolution of contracts; or, finally, the dialogue (defended here) regarding the necessary review of contracts, under the seal of some of the extrajudicial ways of resolving disputes, such as mediation, conciliation, negotiation, or arbitration (if there is provision for this). Thus, the legal bond between the parties will be maintained, encouraging the circulation of wealth and the maintenance of the contract, but already under a perspective more consistent with the new reality of each of the contracting parties.

Keywords: Covid-19; Extrajudicial Dispute Settlement; Theory of Prediction.

1. Introdução

Parece que finalmente, após ao menos um ano e meio com a sociedade global sem poder respirar em paz, o mundo começa a voltar a ter esperanças e a se reconstruir. Infelizmente, por óbvio, não será gratuito. Jamais se poderá entender assim. Isso porque a pandemia de Covid-19 ocasionada pelo novo coronavírus ceifou a vida de milhões de pessoas pelo mundo e deixou a de outros tantos milhões muito mais difícil e penosa.

O fato é que muitos meses após a decretação pela Organização Mundial de Saúde (“OMS”) da endemia global a vida começa a ganhar novos contornos, mas as repercussões, sobretudo jurídicas, estão apenas começando a ganhar espaço no dia-a-dia de tantos.

Bom, no *ambiente tupiniquim*, além da tragédia da perda de mais de meio milhão de pessoas, a pandemia também deixou profundos estragos no sistema produtivo e nas relações jurídicas. Vale reforçar que como forma de contenção de perdas, a saída mais segura foi a implantação de um programa de isolamento social que fez com que o comércio e parte importante do parque fabril do país fossem fechados. Como resultado, naturalmente,

presenciou-se a dificuldade na circulação de riqueza e em seguida demissões e a complexidade para que houvesse o adimplemento de obrigações jurídicas por parte de todos.

Entrando mais a fundo no ambiente jurídico, o que se teve e ainda se tem é um quadro de descumprimentos globais e as perguntas que ficaram e que ficam são: tais inadimplementos dão azo à resolução dos contratos em virtude da teoria da imprevisão? Seria razão para se alegar a ausência de responsabilidade por conta de caso fortuito ou força maior? Seria caso de se vislumbrar não o desfazimento, mas a revisão dos contratos. E se se chegasse à conclusão de que essa última alternativa seria a melhor para o melhor convívio social, quem seria o catalisador dessas revisões em larga escala? O Poder Judiciário; os próprios envolvidos ou expedientes paralelos, dotados de eficiência e de presteza para tanto, como a conciliação e a mediação?

2. Quadro atual: o novo coronavírus (COVID-19) e a vida das pessoas

Desde o final do ano de 2019 o mundo foi inundado com as primeiras informações de um novo vírus que surgia, à época, no Oriente, mais precisamente na China. Inicialmente batizado de novo coronavírus, ganhou sua real nomenclatura algumas semanas depois para oficialmente se tornar a Covid-19. Bem, “coronavírus”, “novo coronavírus”, “Covid-19”, o fato é que as primeiras informações que circulavam pelo globo logo davam conta de que o vírus apresentava elevado grau de propagação; que seria capaz de ceifar vidas; e que em poucos dias já deixaria o espaço físico onde se concentrava (Wuhan, na China) para se dispersar mundo afora.

Nas primeiras semanas de 2020 os impactos econômicos ainda eram mais tímidos, mas conforme o vírus foi se espalhando e ganhando contornos trágicos no Oriente os problemas de mercado foram ganhando corpo e se disseminando tal qual a doença o fazia. Em um mundo tão globalizado e cujas distâncias já basicamente não existem, seria uma questão de tempo (pouco) para que o vírus chegasse a todos os continentes e aumentasse a preocupação de todos.

Embora o grau de letalidade do vírus não fosse a rigor dos maiores, a sua transmissibilidade era inversamente proporcional, de modo que mesmo que poucas pessoas de fato morressem em dado universo, se muitas pessoas fossem acometidas pela doença causada

pelo vírus, ao fim e ao cabo, um grande contingente de pessoas seria impactada pela enfermidade.

Em um ambiente ainda sem vacina para procurar controlar os malefícios causados pela doença, como alternativa para barrar a proliferação do vírus se teve em um primeiro momento tanto o uso de equipamentos como máscaras como, principalmente, a manutenção de distanciamento físico entre as pessoas no formato de quarentena, gerando, obviamente, a maior dificuldade na circulação do vírus.

Só que é aí que residia a segunda grande consequência para as relações humanas e para o sistema econômico mundial. Basicamente, o confinamento faz com que as pessoas deixem de se dirigir aos seus postos naturais de trabalho. Logo, a pessoa que é dona de um pequeno comércio se viu obrigada a dispensar o seu colaborador na medida em que o trabalho por ele efetuado não poderia ser realizado na forma *home office*.

Sucede que o empresário se viu na condição de ter que honrar com os seus compromissos tanto em relação ao seu funcionário afastado, assim como com as suas demais obrigações para com fornecedores, Estado e para com credores em geral. Mas, voltando, é importante ter em mente que esse empresário dispensou a sua mão de obra e que, portanto, ele não produz ou não revende os bens. Ele não teria renda para conseguir adimplir as suas obrigações e não produziria riqueza para o país. Esse cenário, em forma de cadeia, poderia significar nada mais nada menos do que o colapso da frente econômica de uma nação do ponto de vista eminentemente econômico, bem como a quebra da função social do contrato no âmbito social e jurídico.

Isso realmente aconteceu no Brasil e no mundo, e tendo em mente o aspecto que dialoga mais com o diapasão econômico, insuficientes medidas estatais foram tomadas no sentido de postergar a quitação de dívidas e a necessidade de recolhimento de impostos, assim como a possibilidade de o empregador suspender o contrato de trabalho de seu funcionário.

Mas, do ponto de vista jurídico mais estrito ao âmbito privado, o que desde o começo da pandemia e ainda se questiona é o impacto que a Covid-19 teria e vem tendo nas relações civis.

3. As alternativas jurídicas para lidar com as consequências causadas pela COVID-19

Uma vez que as pessoas (principalmente o empresariado) está encontrando muita dificuldade em cumprir os seus contratos, a crise ocasionada pela pandemia pode significar o desfazimento em cadeia dos contratos porque eles teriam se tornado excessivos? A dificuldade em cumprir os acordos poderia simplesmente fazer desaparecer o nexo causal entre o suposto inadimplemento de alguém e o dano vivido por outro alguém, consumando simplesmente uma causa de excludente de responsabilidade? Melhor: ela – pandemia -, poderia gerar não o desfazimento do negócio, mas a sua revisão? Quem ou qual instrumento poderia contribuir para a melhor resolução dessa gama de hipóteses?

3.1. Da resolução do contrato pela onerosidade excessiva

Todo o cenário narrado poderia se enquadrar em, ao menos, duas hipóteses já antecipadas e abrigadas pelo Código Civil Brasileiro. A primeira é a que diz respeito ao artigo 478 do diploma civil:

> 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.

Em resumo, o regramento permite que um contrato seja sumariamente desprestigiado, com os efeitos da decisão que assim o declarou, retroagindo à data da citação das partes. Para tanto, há que se ter quatro condicionantes cumuladas:

(i) *que se tratem de contratos de execução continuada ou diferidos;*
(ii) *que as obrigações de uma das partes se torne excessivamente onera a ela;*
(iii) *que isso ocasione extrema vantagem a outra parte (parte beneficiada) e;*
(iv) *que tudo isso se dê em razão de um fato imprevisível e extraordinário.*

Isso é, o que o diploma civilista traz é a hipótese de um contrato ser desfeito porque em razão de um acontecimento não previsto e extraordinário e que traga elevada desvantagem a uma das partes e forte benefício à outra, ao mesmo tempo, configurando a chamada *resolução por onerosidade excessiva.*

Segundo Nelson Rosenvald, a rigor, pode-se dizer que

> "a teoria contemporânea é alicerçada em quatro princípios: autonomia privada; boa-fé objetiva; função social do contrato; e justiça (ou equilíbrio contratual. A inserção no CC da resolução por onerosidade excessiva atende ao princípio justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios de cada contratante sejam proporcionais aos seus sacrifícios (...) Acontecimentos novos, de variada natureza, revolucionam o programa contratual, impedindo as partes de tirar da operação as vantagens esperadas ou até transformando-a em fonte de prejuízos. Assim, ao disciplinar a onerosidade excessiva superveniente, o legislador procurou dar resposta ao problema da alteração das circunstâncias. Quer se explique a resolução do contrato por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, quer pela teoria da imprevisão, ou da base do negócio, a verdade é que, no direito contemporâneo, a alteração radical das condições econômicas dentro das quais o contrato foi celebrado, têm sido considerada uma das causas que, com o concurso de outras circunstâncias, podem determinar a resolução".[1]

Acontece que essa teoria da imprevisão, ao legitimar o desfazimento dos negócios jurídicos para preservar o princípio da justiça contratual, também dá de ombros para outro princípio, o da função social do contrato, que também é um expoente que perfaz a teoria contratual contemporânea.

Assim, a mera resolução por onerosidade excessiva caminha na contramão dos preceitos mais modernos consagrados pela jurisprudência e pela própria doutrina, na medida em que a resolução não dialoga com a lógica da manutenção dos negócios jurídicos e com a própria função social do contrato. Essa última tem em vista olhar os negócios realizados em cadeia, de tal sorte que a manutenção saudável dos acordos é justamente o que faz "a roda girar" e o que faz com que as relações econômicas e sociais ganhem vida. O contrato tem como função social permear o conjunto de trocas e, assim, a circulação de riqueza. Na medida em que se tem a quebra dos contratos se tem, também, a interrupção dos elos dessa cadeia, corrompendo os enlaces sociais e econômicos como um todo.

Não à toa, o Enunciado nº 176 da III Jornada de Direito Civil foi claro ao dispor:

> "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual".

Ou seja, claro foi o entendimento que deu conta da importância da conservação dos contratos como um princípio a ser estimulado. Isso deu bem o tom da necessidade de materializar a função social que o negócio jurídico inerentemente a ele abraça. O simples desfazimento do negócio, por si só, por vezes sequer resolve o problema das próprias partes

[1] PELUSO, Cezar (coord). Código Civil Comentado. 9ª edição. Barueri: Manole, 2015, p. 512.

ali envolvidas, e quando se pondera de forma global se percebe que a resolução de negócios alinhavados pode gerar uma sucessão de tropeços em todas as relações econômicas em um dado ambiente, trazendo como consequência a pane no sistema econômico. Por óbvio, não é o que se deseja quando se olha para o problema de forma ampla.

3.2. Do caso fortuito ou de força maior como excludentes de responsabilidade civil

Existe uma máxima no direito das obrigações que faz crer que uma obrigação nasce para ser extinta. Uma obrigação extinta significa *credor satisfeito e devedor livre*. O cumprimento da obrigação, de forma lato sensu, se dá com o pagamento, seja em pecúnia, seja, por exemplo, a partir de uma forma indireta de cumprimento da obrigação como uma dação em pagamento. O fato é: a obrigação deve ser extinta pelo devedor na forma da lei ou do contrato definido pelos contratantes.

Entretanto, há situação em que se exclui a responsabilidade civil daquele que não cumpre com a sua parte em razão de evento sobre o qual ele não tem controle, como as hipóteses de caso fortuito e de força maior.

Linhas acima alguns questionamentos foram efetuados para tratar dos impactos da Covid-19 nas relações privadas. O primeiro panorama traçado debateu a possibilidade de desfazimento dos contratos por conta de um fato imprevisível que gerasse óbvio desfavor a uma das partes e evidente favorecimento a outra ou, por outro lado, a possibilidade de revisão desses contratos pelos mesmos motivos.

A segunda hipótese já bastante anunciada diz respeito ao caso fortuito ou de força maior, conforme o parágrafo único do artigo 393 do Código Civil pátrio:

> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
>
> Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

O caso fortuito ou de força maior simplesmente rompem com o nexo causal entre o inadimplemento realizado por umas das partes e o dano suportado pela outra em um enlace jurídico. Consiste, portanto, em uma hipótese em que se exclui a responsabilidade civil.

Embora não haja grande relevância na distinção entre ambos e, tanto doutrina quanto jurisprudência usem os termos como sinônimos, importa dizer que o caso fortuito significa um ato ou um fato estranho, imprevisível e incontrolável, como uma guerra ou uma guerra, por exemplo; e a força maior expressa fenômenos naturais como furacões, tufões e afins. Seja como for, ambos retratam situações que de longe fogem à normalidade, que são inevitáveis ou imprevisíveis, e cujos efeitos eram impossíveis de se evitar ou de se impedir.

Trazendo para o caso concreto, tendo em vista as repercussões da Covid-19 no Brasil - com, basicamente, as pessoas pouco circulando e o sistema produtivo parado - já há muitos que entendem que o cenário legitimaria a hipótese de caso fortuito ou de força maior para dizer que aquele que não cumprir com as suas obrigações contratuais não estaria inadimplindo o acordo, uma vez que haveria a excludente de responsabilidade por conta da quebra do nexo de causalidade entre o suposto inadimplemento e o dano causado. A jurisprudência que tratar do caso eventualmente até pode ir por esse caminho, mas será que de fato seria o mais razoável?

É importante pontuar, novamente, que a lógica que fundamenta esse raciocínio antes de mais nada está permitindo passar uma borracha nos vínculos contratuais em cadeia, entendendo como se eles não existissem. Se se tiver uma cadeia entre diversos produtores, comerciantes e consumidores finais ilustrada por A, B, C, D e que caminhe ao final do alfabeto, se se chegar à conclusão de que A não descumpriu o contrato com B por conta dos impactos do novo coronavírus, isso legitima que B assim o faça com C e assim em diante, o que poderia gerar uma pane no sistema como um todo.

Ora, a questão não é o tecnicismo jurídico intrínseco ao tema: pode-se chegar à conclusão de que de fato se rompe o nexo casual entre o inadimplemento e o dano suportado. O fato é que isso não resolve a questão (nem sequer “resolve” o contrato do ponto de vista jurídico), de tal sorte que aquele que teria cometido o inadimplemento afirmaria que não o fez (o que faria com que ele não tivesse que assumir com as consequências do inadimplemento) e aquele que suportou o inadimplemento defenderia que o quebra do contrato “sim, se deu” (o que faria com que ele cobrasse a cláusula penal do contrato).

O ponto mais relevante disso tudo, no entanto, é que se A não cumpriu o acordo com B (e se defendeu alegando caso fortuito); e que se B não pagou a sua obrigação com C (e se

defendeu alegando caso fortuito) e assim sucessivamente, nada evolui e os argumentos de cada um podem sustentar o seu próprio caso, mas não o sistema integrado como um todo.

Por isso, a ideia da revisão do contrato, mais uma vez, soa muito mais razoável, na medida em que se tem a possibilidade de se debruçar sobre cada uma dessas relações entre A e B; B e C; C e D; e assim em diante para se apurar a particularidade de cada uma delas e de se rediscutir o contrato, de modo a se tornar mais justo para todos os envolvidos, ligeiramente poupando, ao fim e ao cabo, o próprio sistema produtivo.

3.3. O papel dos MESC's na revisão de contratos impactados pela Covid-19

Inegável que o novo coronavírus já mudou a a vida de pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. Especialistas apontam que certamente um movimento de recessão e de crise mundo afora também virá. Obviamente, essa crise se dá justamente por conta da própria quebra, motivada ou não, dos contratos que são feitos pelas pessoas.

Se se entende que o melhor caminho para a saída é o diálogo, a compreensão, a aproximação e, assim, os meios extrajudiciais de solução de controvérsias certamente se mostram os mais eficientes para tanto.

3.3.1. O que são MESC's?

Os meios extrajudiciais de solução de conflitos (MESC's) são em mecanismos que se propõem a dirimir e a resolver contendas sem a apreciação do Poder Judiciário. São sistemas autônomos que procuram, a partir de instrumentos, oferecer uma resposta aos agentes envolvidos em conflitos, sem lançar mão do expediente judicial.

3.3.2. Motivos do uso dos MESC's

Não é novidade que o ser humano necessite da interação e do convívio com outros indivíduos para a sua vivência saudável. A vida em sociedade pressupõe a solidariedade entre pessoas, mas, também, a concorrência pelos mesmos bens e eventualmente interesses. Natural que, a partir desse viés, existam por vezes os conflitos entre as pessoas.

O produto desses embates gerou a figura do Estado, quando o ser humano transferiu a essa figura o monopólio da solução de conflitos, abrindo mão de certas liberdades, mas supostamente ganhando a segurança de um ente capaz de prover a segurança jurídica e a paz social.

Acontece que o homem e o mundo são elementos em constante transformação. Se o Estado, antes, era o agente detentor exclusivo da distribuição de justiça, com as mudanças ao longo dos tempos foi sendo palatável se perceber que seria possível ser presenciada uma forma privada de distribuição de justiça.

Sobretudo no último século foram nascendo paulatinamente outras dinâmicas que tinham como sentido a resolução de conflitos e a possibilidade de se alcançar aquilo que fosse considerado mais justo. Além-mar surgiu a renomada arbitragem. Mais adiante foram se solidificando outras vias como a mediação, a conciliação e a negociação.

Ao fim e ao cabo, os meios extrajudiciais de soluções de conflitos têm como sentido oferecer respostas para as lides vivenciadas por pessoas - físicas e jurídicas -, sem a utilização do Estado. E não porque não se quer "incomodar" o Estado, mas porque esses institutos são plenamente capazes de oferecer o tipo de suporte e resposta suficientes para determinar a melhor solução para o conflito.

3.4. Arbitragem

Dos meios de resolução de conflitos mais comuns, a arbitragem é, provavelmente, o mais consagrado pelo mundo. Trata-se de em um meio heterocompositivo de solução de litígios em que as partes sob litígio (ou que imaginem que no futuro possa haver um litígio em virtude de sua relação) escolhem um terceiro, imparcial e distante do conflito, para que este o resolva. A decisão deste terceiro tem força absolutamente comparável à decisão proferida por um juiz togado.

O objeto do conflito submetido à arbitragem, necessariamente, deve tratar de bens patrimoniais disponíveis e uma vez as partes renunciando ao Poder Judiciário e levando o entrave à solução elas têm como vantagens a maior celeridade do expediente, bem como decisões mais técnicas, fundadas nos conhecimentos que o árbitro tem na matéria em debate.

3.5. Mediação

A mediação vem a ser muito mais uma forma de auxílio da resolução de controvérsias. Pelo instituto, as partes se deparam com um terceiro, também imparcial e neutro ao conflito, que tem como finalidade sobretudo ajudar na melhor comunicação entre as partes. A rigor, a participação do terceiro não tem carga decisória. Isso é, diferentemente do que ocorre na arbitragem, em que o árbitro atua como um efetivo juiz de âmbito privado, determinado o desfecho da lide, impondo uma decisão com direitos e deveres para as partes, na mediação o mediador não define a questão. Como dito, ele auxilia as partes apresentando seus anseios, prioridades e interesses, ou seja, ajudando na comunicação delas.

Levando em conta a opinião de Rosemiro Pereira Leal[2],

> "a mediação constitui-se, historicamente, na manifestação da transigência entre particulares, para encontrarem solução de seus conflitos, sem a intervenção do Estado, pela indicação consensual de um ou vários intermediários que lhes pacifiquem os interesses".

E mais adiante, para concordar com as impressões apresentadas, Monique Helen Menezes e Renata Villas Boas, em artigo disposto na obra Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos afirmam que

> "podemos conceituar a mediação como um método de solução de controvérsias extrajudicial em que surge a figura de um terceiro – um mediador (que pode ser mais de um) cuja função é a de aproximar as partes, e mediante a clarificação de ideias, elas conseguem negociar de forma direta a solução para o conflito existente".

3.6. Conciliação

Já a conciliação, a priori, muito se assemelha à mediação, também sendo observado a participação do terceiro imparcial contribuindo para o melhor desfecho da lide.

O primeiro olhar para o conceito não oferece grande distância em relação aos demais institutos narrados. A grande diferença da conciliação para a arbitragem é que, assim como ocorre na mediação, o conciliador também não determina o final do imbróglio. É importante dizer que na conciliação o conciliador tenta transacionar o conflito entre as partes.

---

[2] LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. Porto Alegre, Editora Síntese, 2001, p. 38.

Seja como for, a principal diferença entre institutos da conciliação e o da mediação são bens mais relatados por Luis Alberto Warat:

> "A conciliação e a transação podem, em um primeiro momento, parecer com a mediação, mas as diferenças são gritantes. A conciliação e a transação não trabalham o conflito, ignorando-o, e, portanto, não o transformam como faz a mediação. O conciliador exerce a função de 'negociador do litígio', reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo conciliação é um termo de cedência de um litigante ao outro, encerrando-o"

De todo modo, a participação do conciliador em muito contribui para que as partes, principalmente quando no início da controvérsia, tenham uma melhor relação e consigam chegar a um melhor desfecho, sem a necessidade de amparo judicial.

3.7. Negociação

A negociação, entre todos os sistemas alternativos, é o único instituto que não contém em sua essencialidade o uso de um terceiro, distante das partes litigantes como ente colaborador da justiça e com a finalização da lide.

Na negociação os conflitantes "se encontram diretamente e, de acordo com as suas próprias estratégias e estilos, procuram resolver uma disputa ou planejar uma transação, mediante discussões que incluem argumentação e arrazoamento"[3].

O deslinde é muito dinâmico porque, como afirma José Maria Rossani Garcez, "sendo personalíssimo, preserva a autoria e a autenticidade dos negociadores na solução de seus próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução autonegociada"[4].

Em suma, o que se tem é que se trata de

> "um procedimento ágil em que as partes buscam chegar a um acordo que possa ser interessante a ambas, senso primordial a contribuição de cada dos litigantes, possivelmente com concessões até que se seja encaminhada uma composição"[5].

---

[3] TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 42.

[4] GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, Mediação, conciliação e arbitragem.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 5.

[5] GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme. Manual de Arbitragem e Mediação, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 49.

O que se percebe é que, como não existe a mediação de um terceiro no enlace, é necessário que haja o comprometimento das partes com o objetivo de finalizar a disputa.

4. Da utilização dos mesc's na revisão dos negócios jurídicos impactados pela Covid-19

O que foi possível de se verificar até o momento foi o impacto latente do novo coronavírus não apenas (como se não fosse suficiente) na vida das pessoas infectadas pela doença, mas sim as repercussões diretas e indiretas que a enfermidade causa na vida de absolutamente toda a sociedade ao redor do mundo. Naturalmente, como explicitado, os negócios jurídicos também são profundamente abalados e o conjunto de inadimplementos não apenas se avizinha como certamente já se verifica, trazendo grandes problemas também de ordem econômica a todos.

Conforme procurou se defender, o que a percepção que aqui se tem é a de que o melhor caminho não é o da exclusão da responsabilidade do suposto descumpridor de obrigações contratuais a partir do argumento do caso fortuito ou da força maior para fundamentar o eventual inadimplemento; tampouco se defende a teoria da imprevisão para embasar a onerosidade excessiva e a consequente resolução dos contratos. O que se defende, de fato, é a revisão dos contratos atingidos pela mesma onerosidade excessiva e pelo benefício de uma parte em detrimento dos malefícios presenciados a outra naquela relação. Dito tudo isso, tudo bem, mas como se dariam essas revisões?

Note que o que a interpretação atual se dá em razão do Enunciado nº 176 da III Jornada de Direito Civil que, ao invés de, judicialmente, lançar mão do desfazimento do contrato atingido pela teoria da imprevisão, procura, por outro lado, revisitar e rever aquele contrato a fim de legitimar o princípio da conservação dos contratos. Mas perceba que tudo isso – ou seja, tanto a resolução do contrato quanto mesmo a revisão dos contratos, pelo regramento, se daria em sede judicial, o que talvez não signifique grande saída para os casos debate, na medida em que se poderia ter o atolamento do sistema judiciário que hoje mesmo já se encontra em estágio de penúria dado o elevado número de processos para serem analisados todos os dias. Esse motivo, por si só, já garantiria o uso dos meios extrajudiciais de soluções de controvérsias – tais quais, principalmente, a mediação e a conciliação – para dirimir os conflitos resultantes da Covid-19.

Mas não é só. O fato relevante é que os meios extrajudiciais se mostram instrumentos capazes de oferecer respostas mais céleres e eficazes para a problemática independentemente do quadro atual e do próximo em relação aos tribunais nacionais. Tanto a mediação quanto a conciliação são mecanismos autônomos e eficientes em suas atividades usuais e podem agir para resolver os litígios.

4.1. A arbitragem na resolução dos conflitos advindos dos impactos provocados pela Covid-19

A rigor, a arbitragem também se mostra um expediente deveras eficiente na resolução dos referidos conflitos. Deve ser lembrado que a arbitragem se trata de um expediente muito semelhante à jurisdição, com um terceiro, imparcial e autônomo, de fato intercedendo e decidindo o litígio.

A grande diferença em relação à distribuição de justiça orientada pelo Estado, é que a arbitragem consiste em um mecanismo privado e não estatal, de tal sorte que as partes que a ele se submetem selecionam esse terceiro, o árbitro, para definir o conflito. E se elas assim o fazem, naturalmente, elas levam em consideração elementos substanciais no que pertine aos entendimentos que aquele árbitro detém sobre a matéria a ser analisada. Elas levam em consideração os atributos técnicos do árbitro ao transferirem a ele a decisão do problema que as une. Por isso, elas confiam no árbitro selecionado, materializando uma das principais vantagens da arbitragem que é o caráter técnico que ela emprega em sua atuação.

Além disso, a apreciação arbitral se dá em tempo claramente inferior a aquela feita pelo Poder Judiciário, seja pela sua maior informalidade, seja pela inexistência do duplo grau de jurisdição, que permite que as decisões sejam revistas.

Portanto, a arbitragem obviamente também pode ser um meio bastante válido no deslinde de diversos casos que sejam provenientes, direta ou indiretamente, das repercussões trazidas pelo novo coronavírus.

4.2. A negociação na resolução dos conflitos advindos dos impactos provocados pela Covid-19

É importante lembrar que a negociação também pode ser usada como forma de revisão dos contratos descumpridos em razão da Covid-19.

A grande vantagem (e ao mesmo tempo desvantagem para o caso) da negociação é o fato de que não há a intervenção de qualquer terceiro quando de sua utilização. Ou seja, as próprias partes envolvidas no litígio que efetivamente realizam a negociação para buscar dirimir o conflito. Assim, a vantagem parecer óbvia, uma vez que os litigantes podem rapidamente debater as novas bases para os seus casos. O problema, no entanto, é que já se tem em vista um período de muita pressão e de desconfiança, em que todos deverão estar ansiosos para poderem voltar "a respirar após muito tempo submersos". Com isso, deixar que as próprias partes litigantes reanalisem os contratos talvez não pareça a melhor opção, sobretudo porque, possivelmente, várias delas não estarão rediscutindo um único contrato, mas diversos contratos com diversos outros contratantes. Portanto, embora seja um mecanismo mais informal e também eficaz, para o caso em apreço, talvez não seja o mais indicado.

4.3. A conciliação e a mediação na resolução dos conflitos advindos dos impactos provocados pela Covid-19

Mas, para finalizar com um alento, a conciliação e a mediação podem ser ainda mais ativas na resolução dos impasses em razão do novo coronavírus. Isso porque ambos se tratam de instrumentos ainda mais informais e menos solenes do que a própria arbitragem. Ambas, conciliação e mediação, também apresentam a figura do terceiro, imparcial e alheio ao conflito, mas com a diferença em relação à arbitragem que dá conta da ausência de tomada de decisão pelo referido terceiro. Ou seja, na mediação e na conciliação o terceiro tem o papel de aproximar as partes; de otimizar a dinâmica da comunicação entre elas e de, eventualmente, realizar sugestões após ouvir cada das partes tanto em conjunto quanto em separado. É um trabalho mais relacionado ao entendimento das angústias de cada das quais do que de impor qualquer forma de decisão.

E talvez seja justamente o que o momento mais requer para todos, aliás. Certamente o mundo vivenciará um período de profunda crise e de dificuldade nas relações humanas. A imposição de decisões talvez não se mostre a mais adequada em nenhum grau, sendo mais interessante, provavelmente, abraçar a lógica da empatia que é justamente aquela apregoada tanto pelo conciliador que atua na conciliação quanto pelo mediador (e principalmente por ele) que atua na mediação.

Então, se a Covid-19 eventualmente trouxer a necessidade de revisão (e não de desfazimento dos contratos nem a exclusão de responsabilidade por parte daquele que o inadimpliu) o ideal é que tal revisão seja feita sob bases justas, equânimes e com parcimônia, notadamente a partir da utilização do terceiro, alheio e sem as emoções daquele conflito, mas sem as imposições que o Poder Judiciário e a própria arbitragem trazem. Isso é, o conciliador e o mediador deverão ter a preocupação de entender a conjuntura do momento em que se dará a revisão; deverão ter em mente o estágio de medo, de pressão e de desconforto dos envolvidos, havidos por um respiro após, provavelmente, alguns meses sob uma forte crise. Mal comparando, talvez seja um momento de agruras comparado a aquele visto apenas durante a Quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, quase um século atrás. Por isso, é essencial que haja um espírito empático do terceiro (conciliador ou mediador) para melhor conduzir as formas de revisão dos contratos inadimplidos pelas partes.

Certamente, a mediação e a conciliação – dadas as características inerentes aos instrumentos – mostram-se os melhores expedientes para um momento de profunda desconfiança e de crise que infelizmente a humanidade tende a presenciar nos próximos meses.

5. Conclusão

Certamente, esse é o período histórico recente de maior angústia e das maiores transformações que a sociedade presenciou. A Covid-19 está provocando grandes mudanças no dia a dia das pessoas. Ainda que a doença não apresente um grau de letalidade dos mais elevados, o fato de ele ser facilmente transmissível e de levar tantos a serem hospitalizados, fez com que um dos meios mais eficazes de combate pré vacina fosse o confinamento das pessoas em seus lares. Por óbvio, a consequência direta da prática foi a paralisação das fontes

de trabalho ao redor do mundo, provocando a queda na circulação de riqueza e a dificuldade de todos cumprirem com os seus contratos.

Saída para isso poderia ser o entendimento de que (i) não haveria responsabilização por parte daquele que descumpriu o acordo em razão da quebra do nexo de causalidade entre o inadimplemento e o dano; (ii) a resolução dos contratos se daria por conta da teoria da imprevisão; ou (iii) a revisão dos contratos ganharia vida a partir da da mesma teoria da imprevisão, sustentada na onerosidade excessiva.

A percepção é de que o melhor caminho se dê pela revisão dos contratos, a fim de se preservar os negócios jurídicos existentes.

E aí, os meios extrajudiciais de soluções de controvérsias poderiam como podem funcionar como ótimos expoentes na condução dessas revisões, justamente pela maleabilidade e pela melhor forma como eles se adequam e se mostram empáticos aos casos em exame, funcionando como o melhor caminho para uma boa saída da crise que se vislumbra.

Referências Bibliográficas

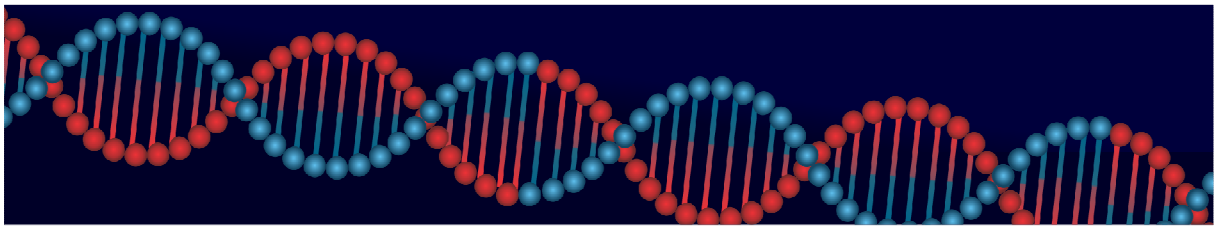
GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, Mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme. Manual de Arbitragem e Mediação, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. Porto Alegre, Editora Síntese, 2001.

PELUSO, Cezar (coord). Código Civil Comentado. 9ª edição. Barueri: Manole, 2015.

TAVARES, Fernando Horta. Mediação e conciliação. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.



TUTELA PROVISÓRIA EM DEMANDAS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE

*Andrea Bezerra**
*Hugo de Brito Machado Segundo**

Resumo: O trabalho em questão visa a abordar os fundamentos constitucionais da tutela provisória, contrastando-os com as particularidades inerentes à saúde pública. Trata dos princípios que embasam a concessão das tutelas provisórias, permitindo a antecipação de provimentos jurisdicionais sem ferir o devido processo legal. Levantar-se-á discussão de como deve atuar o Poder Judiciário, nas demandas ligadas à saúde, diante do aumento da judicialização e da necessidade de se efetivar tal direito. A hipótese da qual se parte é a de que o Poder Judiciário deve seguir critérios na concessão das tutelas provisórias, baseados no princípio da proporcionalidade, notadamente no que tange ao perigo da irreversibilidade. Por último, almeja-se aferir como ponderar o fato de que tais demandas, embora sejam meios eficazes de atuação do Poder Judiciário no programa de política pública, precisam de cautela diante da interferência no planejamento orçamentário do Estado.

Palavras-chave: Tutela provisória. Poder judiciário. Demandas ligadas à saúde.

Abstract: The work in question aims to address the constitutional foundations of provisional injunction, contrasting them with the particularities inherent to public health. It deals with the principles that underlie the granting of provisional injunctions, allowing the anticipation of jurisdictional provisions without harming the due process of law. Discussion will be raised on

* Mestranda em Direito no Centro Universitário Christus – Unichristus, Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJ/CE.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da UFC. Professor do Centro Universitário Christus – Unichristus. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT e do Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET.

how the Judiciary should act, in demands related to health, given the increase in judicialization and the need to implement such a right. The hypothesis from which it starts is that the Judiciary must follow criteria in the granting of provisional injunctions, based on the principle of proportionality, notably with regard to the danger of irreversibility. Finally, we aim to assess how to consider the fact that such demands, although they are effective means of action by the Judiciary in the public policy program, need caution in the face of interference in the State's budget planning.

Keywords: Provisional guardianship. Judicial power. Health-related demands.

Introdução

O presente artigo busca examinar a utilização da tutela provisória no Direito brasileiro, a partir de pesquisa bibliográfica e com o uso do método hipotético dedutivo, demonstrando suas bases teóricas e fundamentos legais. Aponta como o Poder Judiciário faz uso desse instituto processual especificamente nas demandas ligadas à saúde, tendo em vista que a tutela urgente muitas vezes é imprescindível para a proteção do bem da vida, não subtraindo a importância de que se utilizem critérios para evitar que a concessão de tutelas provisórias interfira no planejamento orçamentário de outras políticas públicas, ou na equilibrada distribuição de recursos escassos, aspecto para o qual o arcabouço institucional ligado à figura não parece ainda adequadamente preparado.

1. Fundamento constitucional das tutelas provisórias

A palavra *tutela* remete à ideia de proteção, de amparo. O pensamento depende de conceitos, e estes são formados por processos analógicos, pelo que se diz que a analogia é o combustível e o fogo do pensamento.[1] No presente caso, não é diferente: historicamente, a figura tutela jurisdicional, como se conhece hoje, deita raízes na necessidade que os grupos de animais têm de se manterem coesos e, assim, de eliminarem os conflitos que eventualmente

[1] HOFSTADTER, Douglas; EMMANUEL, Sander. **Surfaces and essences**. Analogy as the fuel and fire of thinking. New York: Basic Books, 2013, *passim*.

surjam entre seus integrantes e que sejam capazes de cindi-los. Daí o surgimento de líderes, que têm entre seus vários papéis a solução de conflitos entre seus membros.[2] No Estado contemporâneo, esse papel, sensivelmente mais complexo e desenvolvido, ainda mostra sinais de sua origem, sendo a função do Judiciário imprimir alguma eficácia às normas que disciplinam as relações sociais e conferem proteção aos direitos constitucionais.

A atividade jurisdicional do Estado surgiu para equacionar conflitos surgidos no seio das relações entre os indivíduos que compõem a organização social. Sem ela, tais conflitos seriam resolvidos pelos próprios envolvidos, o que poderia ensejar a prevalência da força, e não do critério normativamente previsto, minando a própria coesão necessária à manutenção do grupo.[3] Diante da inconveniência da autotutela privada, e do inevitável surgimento de impasses jurídicos e violações de direitos, criou-se a inafastabilidade e o monopólio da jurisdição enquanto função do Estado, superando-se o uso da "justiça com as próprias mãos" ou da Lei do Talião (olho por olho, dente por dente).[4]

Nessa linha, o Estado desponta como terceiro supostamente desinteressado no conflito social, exercendo esse poder-dever, via de regra, através do Poder Judiciário, dizendo o direito no caso concreto e em última instância, sob o signo da imparcialidade, regulando os direitos entre indivíduos e fazendo uso da força, se necessário. Assume, assim, o compromisso de apreciar e dispensar a proteção devida a toda e qualquer "lesão ou ameaça a direito", nos moldes atualmente previstos no art. 5.º, XXXV, do texto constitucional. Mas o exercício da jurisdição, para dar-se com efetividade, exige que as partes sejam conduzidas, como resultado da prestação da tutela jurisdicional, a uma situação mais semelhante possível àquela na qual estariam os indivíduos se não tivesse havido o descumprimento do direito posto.[5]

---

[2] WAAL, Frans de. **Good Natured**: The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 132.

[3] ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 220.

[4] "Desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva.** ***Temas de Direito Processual.*** 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21)

[5] GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o Processo Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 11.

O fator tempo é um risco à efetividade dos direitos, porquanto a tutela jurisdicional não se faz de forma instantânea. Aliás, é mesmo ínsita à noção de processo – série encadeada de atos – a necessidade de passagem do tempo (entre um ato e outro, para que se possa cogitar de "série"), por ser, por exemplo, necessário ofertar às partes que serão afetadas pela decisão final a oportunidade de participar do processo no qual ela será tomada, interferindo em sua formação. Some-se a essa demora natural, e necessária, eventuais lapsos temporais desnecessários, mas eventualmente presentes, por decorrem de limitações materiais, ou pelas mais diversas causas, incluindo (mas não se limitando a) insuficiências humanas. Nesse ínterim, em alguns casos, a demora pode ocasionar a ineficácia da tutela jurisdicional. Dessa forma, com o propósito de impedir o perecimento do direito, surge a ideia das tutelas provisórias.[6]

Como já referido, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito". Embora não o enuncie diretamente, também nesse dispositivo reside o fundamento jurídico para a concessão de uma tutela provisória, quando se tem, nela, a garantia da efetividade da apreciação que não pode ser excluída do Judiciário. Estando o Estado como detentor do monopólio do exercício da tutela de direitos, reconhece-se-lhe a capacidade de antecipar a concessão de provimento quando o transcurso de razoável lapso temporal, por mais eficientes que sejam os serviços judiciários, possa gerar algum perigo à utilidade do provimento a ser concedido ao final.

Consoante afirma Teori Zavascki, em tais

> "...ocasiões, ou se promove desde logo medida para garantir a execução e para antecipar a tutela requerida, ou se terá frustrada a futura execução e o próprio direito que eventualmente vier a ser reconhecido. Ora, se o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a tutela de mão própria, é seu dever fazer com que os indivíduos a ela submetidos compulsoriamente não venham a sofrer danos em decorrência da demora da atividade jurisdicional. Sendo assim, é direito de quem litiga em juízo obter do Estado a entrega da tutela em tempo e em condições adequadas a preservar, de modo efetivo, o bem da vida que lhe for devido, ou, se for o caso, obter dele medida de garantia de que tal tutela será efetivamente prestada no futuro. Sem essa qualificação, a da efetividade, a tutela jurisdicional estará comprometida e poderá ser inteiramente inútil. Em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade da função jurisdicional, será indispensável, por isso, alguma espécie de providência imediata, tomada antes do esgotamento das vias ordinárias. Daí a razão

[6] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Poder Público e Litigiosidade**. 1.ed. São Paulo. Editora Foco.2021.

> pela qual se pode afirmar que a tutela destinada a prestar tais providências é tutela de urgência".[7]

Portanto, art. 5º, inc. XXXV, CF/88, assegura o acesso à justiça efetiva e tempestiva, sendo a tutela antecipada o instrumento capaz de garantir aos cidadãos o acesso à justiça. No entanto, a partir da necessidade da prestação da tutela antecipada eficaz, não só o inciso XXXV do art. 5º, mas também outros dispositivos consagradores de princípios constitucionais, corroboram para fundamentar o instituto da tutela. E, por igual, para balizar as situações deferimento, e de indeferimento. Daí a necessidade de se dar maior atenção à forma como se procede à sua conciliação.

2. Princípios envolvidos na concessão de uma tutela provisória

Há inúmeras definições para os princípios. Diz-se, em linhas gerais, que são alicerces nas quais se fundam determinado tema, contribuindo na formação e fundamento das normas, compondo a estrutura do ordenamento jurídico.[8] Celso Antônio Bandeira de Melo assim os define:

> […] "princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá o sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo".[9]

Nesse contexto, é importante lembrar que, na polêmica em torno da identificação de princípios, há autores que adotam critérios substantivos, ou materiais, ligados à importância ou à fundamentalidade da norma. Mesmo que sua estrutura consista na previsão de hipóteses e na prescrição de condutas a serem seguidas se e quando essas hipóteses ocorrerem. É o caso do assim chamado "princípio da anterioridade". Há outros que preferem rotular com a palavra

---

[7] ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 2009.

[8] "Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa […] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica […] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica […] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas […] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito". De Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 639.

[9] Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de direito administrativo**, 14. ed. ref. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 807/808.

princípio apenas as normas que indicam a promoção de objetivos, fins e metas, ou um "estado ideal de coisas", sem prescrever direta ou explicitamente os meios para tanto. Não se pretende entrar, aqui, nesse debate, mas apenas destacar que os princípios que subjazem à concessão de uma tutela provisória, quando entram em choque e demandam conciliação, são deste segundo tipo,[10] conformando-se no intuito de evitar o perecimento de direitos, mas, ao mesmo tempo, garantindo o mínimo de segurança. Cabe salientar que tais princípios não se dirigem apenas ao Legislativo, a impedir a supressão da apreciação pelo Poder Judiciário (no que inclusive têm a estrutura de regras), mas a todos que, direta ou indiretamente, atuem no sentido de esvaziar ou inviabilizar essa tutela.

O direito do acesso à justiça, também conhecido como "princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional", com efeito, está igualmente inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que pode ter entre seus desdobramentos a exigência de provimentos destinados à antecipação dos efeitos da decisão final, para proteger a prestação jurisdicional sem que o direito subjetivo a ser tutelado pereça.

Desta forma, o Poder Judiciário é obrigado a efetivar a prestação jurisdicional, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito. A inafastabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a condução do processo destinado a viabilizar a prestação da jurisdição. Outro princípio que subjaz à concessão de uma tutela antecipada é o devido processo legal, positivado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, a dispor: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Ao contrário do que se pode pensar, a tutela antecipada não fere o princípio em comento, apenas inverte os fatos do tempo, onde uma decisão é antecipada em face de uma iminente lesão, postergando-se para momento posterior a prática de atos destinados a atender, em maior extensão, o aludido princípio, quando há motivos que o justificam.

No mesmo cenário, o artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88 consagra o princípio da celeridade ou efetividade processual, definindo que "todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a

[10] Para um estudo comparado das várias doutrinas a respeito dos princípios jurídicos, e para uma crítica ao "sincretismo metodológico" eventualmente nelas verificado, confira-se SILVA, Virgílio Afonso da. "Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção", **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n.º 1, janeiro/junho 2003, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607; ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 4.ed, São Paulo: Malheiros, 2004, *passim*, e **Sistema Constitucional Tributário**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38 e ss.

celeridade de sua tramitação". Assim, a tutela antecipada contribui para combater a morosidade no intuito de que a falta de efetividade contribua para a deterioração do direito.

Por fim, e para que se possa aferir inclusive a pertinência da concessão da tutela, como forma de realizar os princípios anteriormente apontados, exsurge o princípio da motivação das decisões judiciais, insculpido no artigo 93, inciso IX da Carta Magna de 1988, nos seguintes termos:

> "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
> (…)
> IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;"

Em outros termos, como qualquer outra decisão judicial, o ato de concessão de uma tutela provisória deve ser devidamente fundamentado, de maneira que o julgador que o profere justifique claramente os motivos que o levaram a antecipar a decisão.

Guarda relevo, nessa ordem de ideias, perquirir como tais princípios são realizados, por decisões concessivas – ou denegatórias – de tutelas provisórias, relativamente a questões relacionadas à saúde. Escolhem-se as demandas de saúde porque, mais do que em outras áreas, nestas, notadamente nas ligadas à saúde pública e às políticas públicas destinadas a promovê-la, o choque entre os princípios envolvidos pode ser mais dramático. Além disso, há aspectos que transcendem os interesses e as questões discutidas em cada demanda, que o próprio modelo de processo individual, no qual elas são muitas vezes concedidas, talvez não seja inteiramente preparado para tratar.

3. A efetividade da tutela antecipada na judicialização da saúde

O artigo 196 da Constituição Federal dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser 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 a promoção, proteção e recuperação.[11] Em seu art. 6.º, por sua vez, a Carta Magna reconhece a saúde como um direito social,[12] reforçando sua natureza de direito fundamental. No Brasil, uma parte da população não tem condições de arcar com os custos da saúde, sejam eles ligados a internações, medicamentos e tratamentos, buscando, por isso, o Poder Judiciário, com a finalidade de obter essa prestação assistencial. É o que aponta Letícia Elias:[13]

> O direito à saúde faz parte do mínimo existencial, o Estado de modo positivo, deve garantir as condições mínimas de saúde às pessoas, de modo a torná-lo efetivo. No entanto, essa prestação do atendimento à saúde não ocorre de forma voluntária pelo Estado, razão pela qual, as pessoas mais necessitadas precisam recorrer ao Poder Judiciário, a fim de concretizar o direito à saúde, haja vista que o meio judicial acaba por ser a única alternativa para a satisfação desse direito.

A ausência de recursos públicos, a racionalização ou mesmo alocação dos gastos em outras demandas, são gatilhos para o aumento da judicialização no setor da saúde. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2019, as pesquisas apontam mais de 1 milhão de ações judiciais de saúde no país. O número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%. Segundo o Ministério da Saúde, em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos seus gastos com demandas judiciais, atingindo R$ 1,6 bilhão em 2016.[14]

Nessa linha, o debate sobre o aumento da judicialização é complexo. Por um lado, sabe-se que todo cidadão tem direito à saúde garantido na Constituição Federal, através do Sistema Único de Saúde - SUS. Por outro, o Poder Executivo critica a ação de juízes que, sem informações amplas, transparentes, objetivas, e desconhecedores do programa de orçamento

---

[11] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

[12] Art.6º "A educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

[13] ELIAS, Letícia Preve. Judicialização da Saúde: **A tutela provisória de urgência como instrumento de efetivação do direito a saúde**. Orientador: Prof. Lester Marcantonio Camargo. 2019. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019.Disponível: https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/7705/Monografia%2009-07%20%28vers%C3%A3o%20final%20-%20RIUNI%29.pdf?sequence=7&isAllowed. Acesso em: 14 janeiro 2021.

[14] **Judicialização da Saúde No Brasil: Perfil Das Demandas, Causas e Propostas de Solução.** Disponível em https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf. Acessado em 9 de janeiro de 2021.

de forma global, com as necessidades e os planejamentos do Estado, acabam por emitir provimentos judiciais que alteram destinação de valores ou na distribuição de outros recursos (como leitos hospitalares), que são escassos, para atendimentos em demandas individuais, aprofundando as desigualdades sociais e eventualmente privando terceiros – talvez mais merecedores – desses mesmos bens da vida.[15]

Conforme desabafo constante do sítio eletrônico da Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais,

> Alguns juristas acreditam que os tribunais estão criando um sistema público de saúde com duas portas de entrada: um para os cidadãos que podem recorrer e ter acesso a justiça, e consequentemente a qualquer tipo de tratamento independentemente dos custos, e outro para o resto da população, que não tem acesso ao Judiciário. Dessa forma, as pessoas que acessam o SUS pela via administrativa acabam penalizadas e muitas vezes perdem o seu lugar na fila de espera para uma demanda judicial, podendo apresentar até maior complexidade/gravidade do quadro clínico de saúde.[16]

Como apontam os números, o crescimento da judicialização da saúde colaborou diretamente para o aumento da litigiosidade,[17] tornando, por consequência, o Poder Judiciário ainda mais moroso. Mas, em litígios dessa natureza, quando há o risco de perecimento do direito, é da própria vida do demandante que se pode estar cogitando, pelo que se faz mais visível a incompatibilidade com a espera. Daí ser comum que em tais demandas surjam pedidos de antecipação de tutela.

---

[15] *A despeito de os custos políticos de estabelecer quais vidas devem ser salvas sejam muito grandes, a discussão precisa ser realizada, pois a total ausência de critérios tem o potencial de trazer resultados muito mais desastrosos, que podem ferir a isonomia consagrada constitucionalmente e dar ensejo à discriminação e a privilégios injustificáveis, além de diminuir a eficácia dos recursos disponíveis*. LIMA, George Marmelstein. MOROZOWSKI, Ana Carolina**. Que Vidas Salvar? Escassez de Leitos de UTI, Critérios Objetivos de Triagem e a Pandemia do COVID-19.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/criterios-alocacao-leitos-situacao-escassez. Acessado em 7 de janeiro de 2021.

[16] **Judicialização da Saúde**. Disponível em https://www.saude.mg.gov.br/judicializacao. Acessado em 9 de janeiro de 2021.

[17] Diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para esse fim. (PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde**: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. V.2. N.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.)

Mas não é por isso, por haver grave e incontestável risco de dano irreversível, representado pela própria morte do demandante, que não se deve perquirir a respeito da presença dos requisitos autorizadores para a concessão de uma tutela provisória. Então, para comprovar a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, uma das premissas é que o pedido esteja devidamente instruído e fundamentado, encontrando, pelo menos em uma análise inicial, amparo na ordem jurídica posta. Ou, em outros termos, que o direito subjetivo da parte demandante, a ser assegurado pelo provimento final, exista, ou seja de existência plausível ou verossímil. Mas não só, deve-se demonstrar por igual que o indivíduo carece com urgência da efetividade do pedido.

Partindo de um modelo de ponderação, pela aplicação do princípio, ou postulado, da proporcionalidade, propõe-se um modelo sistemático que permita demonstrar em quais situações pode o direito à saúde prevalecer, mesmo encontrando inúmeros percalços procedimentais, especialmente quando o polo adverso da medida antecipatória é o Poder Público.

4. Efeitos do provimento sobre terceiros, devido processo legal e irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada.

Quando se concede uma tutela provisória, é importante que o magistrado afira se está presente, ou não, o risco de irreversibilidade, ou seja, o risco de o provimento, que deveria ser provisório – e só é válido deferi-lo antecipadamente por conta disso – tornar-se permanente, por sua irreversibilidade no plano dos fatos.

É importante lembrar que, de um lado, apenas quando do desfecho de um processo judicial, depois de às partes envolvidas se dar plena oportunidade de participação, produzir provas, recorrer etc., elas podem sofrer os efeitos de uma decisão que interfira em sua vida, liberdade ou quaisquer outros direitos subjetivos. Trata-se de exigência do devido processo legal, anteriormente referido. Mas, diante de situações excepcionais, de risco de ineficácia desse provimento final, certas medidas podem ser adotadas, provisoriamente. A condição, portanto, para que se postergue para um segundo momento a prática de atos destinados a atender ao devido processo legal, é que, depois de realizados esses atos, caso se apure que a tutela provisória não deveria ter sido deferida, ela possa ser revogada, cassada ou reformada.

Explicitando essa ideia, o art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil proíbe a antecipação de tutela "quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão".

O problema surge, contudo, quando o juiz se depara com situações nas quais há irreversibilidade dos dois lados. Em outros termos, caso defira a tutela provisória, cria situação irreversível, mas, caso indefira, também. Em casos assim, deve comparar os direitos e valores em conflito para decidir pela solução que lhe parece mais justa. Aferir quem tem melhor "fumaça do bom direito", ou seja, quem, no mérito, ainda que em uma análise preliminar, parece ter mais razão. E, quanto ao perigo da demora, qual dano seria mais difícil de ser reparado, o sofrido no caso de concessão, ou no caso de indeferimento do provimento provisório.

Assim explica Daniel Mitidiero:[18]

> A técnica antecipatória, no entanto, pode dar azo à prolação de provimentos cujos efeitos não são reversíveis. Não há qualquer descaracterização da natureza do provimento antecipado em face da possibilidade de eficácia irreversível. Nada obsta, obviamente, à prolação de antecipação de tutela capaz de satisfazer desde logo o direito da parte, inclusive integralmente. A vedação à prolação de provimentos com efeitos irreversíveis nada tem a ver com a satisfatividade do provimento. São conceitos obviamente distintos. A vedação à irreversibilidade dos efeitos do provimento concerne apenas à impossibilidade de concessão da antecipação de tutela quando houver perigo de inviabilização de retorno ao status quo ante.

No entanto, é possível estabelecer critérios para o deferimento da tutela provisória, tendo por base o princípio da proporcionalidade, posto que ao deferir ou indeferir um provimento dessa natureza, o juiz está a trabalhar com princípios constitucionais que eventualmente se antagonizam no processo, notadamente no que tange às relações entre esse e o tempo.[19]

A literatura processual geralmente cogita de dois requisitos que devem estar presentes, a saber, a fumaça do bom direito e o perigo da demora. Mas o que se observa, na prática judicial, é que, a rigor, estando presente a fumaça do bom direito, mesmo que não haja o perigo da demora evidente, o juiz pode vir a deferir a tutela provisória, desde que não haja o risco de irreversibilidade. Assim como a tutela pode ser deferida mesmo diante da fumaça do bom direito não restar tão evidente, desde que tampouco haja clareza da falta de razão do

---

18 MITIDIERO, Daniel. Antecipação de Tutela. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

19 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo tributário. 12 ed.-São Paulo. Atlas.2020, p.510.

autor, desde que presente esteja, com maior intensidade, o perigo da demora. Os requisitos, de algum modo, calibram-se mutuamente, sendo o menor peso de um, em cada caso, eventualmente compensado pelo maior peso do outro, sem que se possa cogitar de uma fórmula rígida e tarifada para a concessão do provimento urgente.

Caso se faça um comparativo entre tais requisitos, e os subprincípios em que se subdivide o princípio ou postulado da proporcionalidade, vê-se que uma decisão que antecipa uma tutela deve se orientar pela adequação (fumaça do bom direito), necessidade (perigo da demora) e proporcionalidade em sentido estrito (exame da possível irreversibilidade).[20] Tem-se, afinal, um meio (a tutela provisória), a ser utilizado na consecução de um fim (a efetividade da tutela jurisdicional), sendo o postulado da proporcionalidade a ferramenta por excelência para realizar esse controle da relação entre meios e fins.

No entanto, nos litígios ligados à saúde, onde os demandantes se socorrem do Poder Público diante da falta de recursos próprios para custear um tratamento, medicamento ou mesmo atendimento médico adequado, em caso de improcedência do pedido, quando do julgamento final, dificilmente será possível reparar o dano causado ao Estado, caso este tenha tido de arcar com o tratamento em atenção a tutela provisória concedida no curso da ação. A irreversibilidade é praticamente certa. Mas, por outro lado, caso a decisão final aponte a procedência do pedido, a não concessão da tutela provisória terá causado à parte demandante no caso da litigância na saúde, a natureza de urgência na concessão dos pedidos faz parte da condição do bem da vida. Raras são estas ações que não tem arraigado no seu bojo o perigo da demora e o risco da irreversibilidade.

No entanto, ao mesmo tempo em que a judicialização, através do acesso à justiça, efetiva direitos sociais, ela também interfere no planejamento orçamentário do Estado, voltado à efetivação desses mesmos direitos ao restante da população. O magistrado deve, portanto, estar atento à escassez de recursos e aos impactos orçamentários de sua decisão, pois a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado quanto poderá prejudicar a implementação de outros direitos

---

[20] *Idem*

igualmente importantes para terceiros.[21] Em outras palavras, além de aferir se quem pede o provimento aparentemente possui o direito que afirma, e sofrerá dano se isso não lhe for reconhecido, é preciso levar em conta que o provimento poderá afetar terceiros, que também precisam dos serviços do Estado, e que não terão acesso a eles porque os recursos a tanto necessários serão utilizados em prol dos que submeteram a questão ao Poder Judiciário. É o caso de quando o juiz determina que se interne alguém em um leito de UTI, sendo que estes são escassos, levando o médico do serviço público a internar aquele que o juiz determinou, em detrimento de outra pessoa, que pode estar em situação mais grave e assim pode terminar morrendo. O médico, se por critérios técnicos pudesse escolher, talvez optasse por internar na UTI o paciente mais grave, mas como tinha de cumprir a ordem judicial, interna o outro, menos grave, e o primeiro vem a falecer. Esse primeiro paciente não participou do processo que culminou com a internação daquele que lhe privou do leito, e a sua morte por certo não entrou na conta da ponderação feita pelo magistrado.

Portanto, ao decidir conceder uma tutela provisória, em questões ligadas à saúde pública, ou a outras áreas em que o Estado atua atendendo as necessidades da população, que são imensas, com o uso de recursos que são escassos, é preciso atenção a esse aspecto, que é adicional aos requisitos normalmente apontados pela literatura do direito processual, e que foram sintetizados na parte inicial deste artigo. Não se trata apenas de contrastar aparência de direito de autor e réu, ou risco de irreversibilidade, mas a interferência sobre o atendimento da mesma necessidade em relação a terceiros que não demandaram o Judiciário. Em outros termos, ao efetivar um direito fundamental que implique interferência na distribuição desses recursos escassos, pode se estar colaborando para a não implementação de direitos de terceiros, que talvez deles necessitassem ainda mais, contribuindo-se assim para um aumento das desigualdades.

Os critérios normalmente usados para dosar a concessão de tutelas provisórias, em situações assim, precisam ser acrescentados destas outras considerações, as quais, por sua vez, não podem ser apenas lançadas de forma vaga pelo gestor público, na defesa apresentada em tais processos, ou pelo julgador, ao denegar uma tutela. É importante demonstrar tais riscos, e

[21] LIMA, George Marmelstein, EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. 2005. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

as limitações inerentes à chamada reserva do possível, de sorte a fundamentar a oposição à concessão da tutela provisória, ou a sua denegação, se for o caso.

Considerações Finais

Este artigo teve como objetivo refletir sobre os elementos que fundamentam a tutela provisória, desde sua previsão, critérios, aplicação e críticas na aplicação de tal instituto processual, diante, principalmente dos litígios ligados à saúde.

A judicialização colocou nas mãos do Poder Judiciário o problema de solucionar falhas da atuação do poder público, gerando uma crescente de litígios. Nesta conjuntura, a tutela provisória é instrumento essencial de atuação. No entanto, o perigo da irreversibilidade da decisão, e de se causar desequilíbrio na distribuição de recursos que são escassos, prejudicando terceiros, não demandantes, que talvez necessitem ainda mais das prestações estatais em referência, são fatores que devem ser levados em consideração quando da deliberação em torno da concessão de medidas dessa ordem. O Poder Judiciário deve fazer uso, através do princípio da proporcionalidade, de forma motivada, de critérios para que se conceda uma tutela provisória realmente necessária e eficaz, com a mínima interferência possível na programação do Estado na concretização de outras políticas públicas ou no atendimento de iguais necessidades por parte das demais parcelas da população.

Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 4.ed, São Paulo: Malheiros, 2004

_____. **Sistema Constitucional Tributário**, São Paulo: Saraiva, 2004.

De Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 639.

DIDIER JR, Fredie. **Direito À Inafastabilidade do Poder Judiciário**. Disponível em https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2004/docente/doc02.doc. Acessado em 12 de janeiro de 2021.

ELIAS, Letícia Preve. **Judicialização da Saúde: A tutela provisória de urgência como instrumento de efetivação do direito a saúde**. Orientador: Prof. Lester Marcantonio Camargo. 2019. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019.Disponível: https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/7705/Monografia%2009-

07%20%28vers%C3%A3o%20final%20-%20RIUNI%29.pdf?sequence=7&isAllowed. Acesso em: 14 janeiro 2021.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o Processo Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HOFSTADTER, Douglas; EMMANUEL, Sander. **Surfaces and essences**. Analogy as the fuel and fire of thinking. New York: Basic Books, 2013.

Judicialização da Saúde No Brasil: Perfil Das Demandas, Causas e Propostas de Solução. Disponível em https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf. Acessado em 9 de janeiro de 2021.

Judicialização da Saúde. Disponível em https://www.saude.mg.gov.br/judicializacao. Acessado em 9 de janeiro de 2021.

LIMA, George Marmelstein, **EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**. 2005. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

LIMA, George Marmelstein. MOROZOWSKI, Ana Carolina. **Que Vidas Salvar? Escassez de Leitos de UTI, Critérios Objetivos de Triagem e a Pandemia do COVID-19.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/criterios-alocacao- leitos-situacao-escassez. Acessado em 7 de janeiro de 2021.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 12 ed.-São Paulo. Atlas.2020, .

_____. **Poder Público e Litigiosidade**. 1.ed. São Paulo. Editora Foco.2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 14. ed. ref. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de Tutela**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva**. Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado**. V.2. N.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2003.
SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 639.

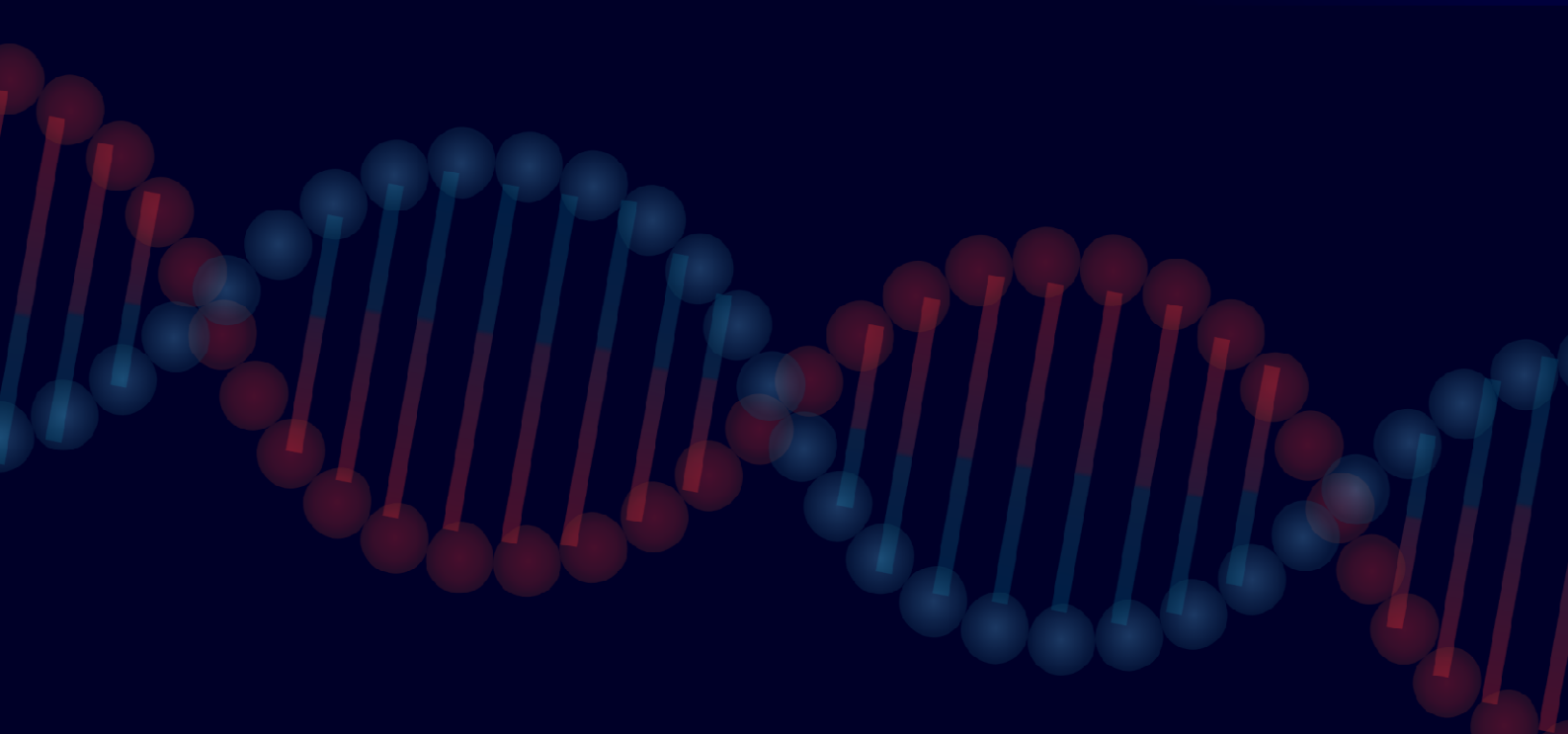
SILVA, Virgílio Afonso da. "Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção", **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n.º 1, janeiro/junho 2003, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WAAL, Frans de. **Good Natured**: The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARTIGOS APROVADOS E APRESENTADOS

- DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS
- DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL
- DIREITO PRIVADO



ARTIGOS APROVADOS E APRESENTADOS

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A INFERÊNCIA DO COVID-19 NO REVÉS ECONÔMICO: A CRISE DA SAÚDE PÚBLICA (Marcelo Soares Mota e Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho)

A PANDEMIA DO SARS-COV-2 COMO DISPOSITIVO BIOPOLÍTICO: DIREITO E EXCEÇÃO (Tales Araújo Duarte)

A TECNOLOGIA DE RECONHECIMENTO FACIAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA: AVANÇOS E DESAFIOS (Lucas Nogueira Holanda e Guilherme Otávio de Castro Luciano)

CARL SCHMITT E A DEMOCRACIA PARLAMENTAR NA REPÚBLICA DE WEIMAR (Antônio Sidney da Silva)

COVID-19 E A TRANSIÇÃO PARA O HOME-OFFICE: A REDUÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR E O IMPACTO SOFRIDO PELOS TRABALHADORES (Isabela de Souza Guimarães)

CRISE E PANDEMIA: BASTARÁ A ÉTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS? (David Nicolau Alves de Melo e Maria Thayná Bezerra de Oliveira)

DIREITO E LITERATURA: POLÍTICA PÚBLICA DE VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 A PARTIR DA OBRA DE RODOLFO TEÓFILO (Roberta Marina Cioatto, Juliana de Sousa Nogueira dos Santos e Camila de Sousa Nogueira)

DIREITO: INEFICÁCIA SOCIAL E ANOMIA NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL (Pedro George Sales Torres)

DIREITOS HUMANOS, SAÚDE, E A PANDEMIA DO COVID-19: OS LIMITES DA LIBERDADE INDIVIDUAL FRENTE AO CONTÁGIO DO CORONAVÍRU (Maria Júlia de Oliveira Fernandes, Luana de Andrade Oliveira e Emilly Bezerra Neves)

ARTIGOS APROVADOS E APRESENTADOS

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

ENTRE LIBERDADE E SAÚDE PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VACINAÇÃO COMPULSÓRIA NA ADI 6.587/DF (Raimundo Sérgio Queiroz da Silva, Ramon dos Santos Ferreira e Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva)

(IN)DEFERIMENTO DE PEDIDO JUDICIAL DE ACESSO DE PACIENTE, ACOMETIDO POR COVID-19, A LEITO DE UTI: ESTUDO DE CASO DO TJ-CE (Juliana Lucena de Miranda Cavalcante e Roberta Marina Cioatto)

MEDIDAS DE PREVENÇÃO AO COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL CEARENSE UMA ANÁLISE DE SEUS RESULTADOS (Ramon dos Santos Ferreira, Raimundo Sérgio Queiroz da Silva e Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva)

NADA NOVO E TAMPOUCO NORMAL: A INSEGURANÇA ALIMENTAR NO NORDESTE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19 (Bruna Prandi e Eric Ian Oliveira Guimarães)

NECROPOLÍTICA NA PANDEMIA DA COVID-19: UM DESCASO SOBRE O DIREITO À SAÚDE (António Gessio Ferreira de Lima, Fernando Tavares da Cunha e Lucas Neves e Sousa)

O CONFLITO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E O DIREITO À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 (Cícera Fabiana Sousa Cruz e Teófilo Jeremias da Silva Costa)

O CRESCIMENTO DO E-COMMERCE NA PANDEMIA DO COVID-19 E O DIREITO DO CONSUMIDOR (Thifany Lima Vicente, Hildemberg Lima Palácio e Ana Ligia de Andrade Sousa)

O HOMO SACER NA PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DAS RELAÇÕES ENTRE CAPITALISMO E ESTADO DE EXCEÇÃO NO CONTEXTO DO COMBATE AO VÍRUS (Eric Ian Oliveira Guimarães e Bruna Prandi)

ARTIGOS APROVADOS E APRESENTADOS

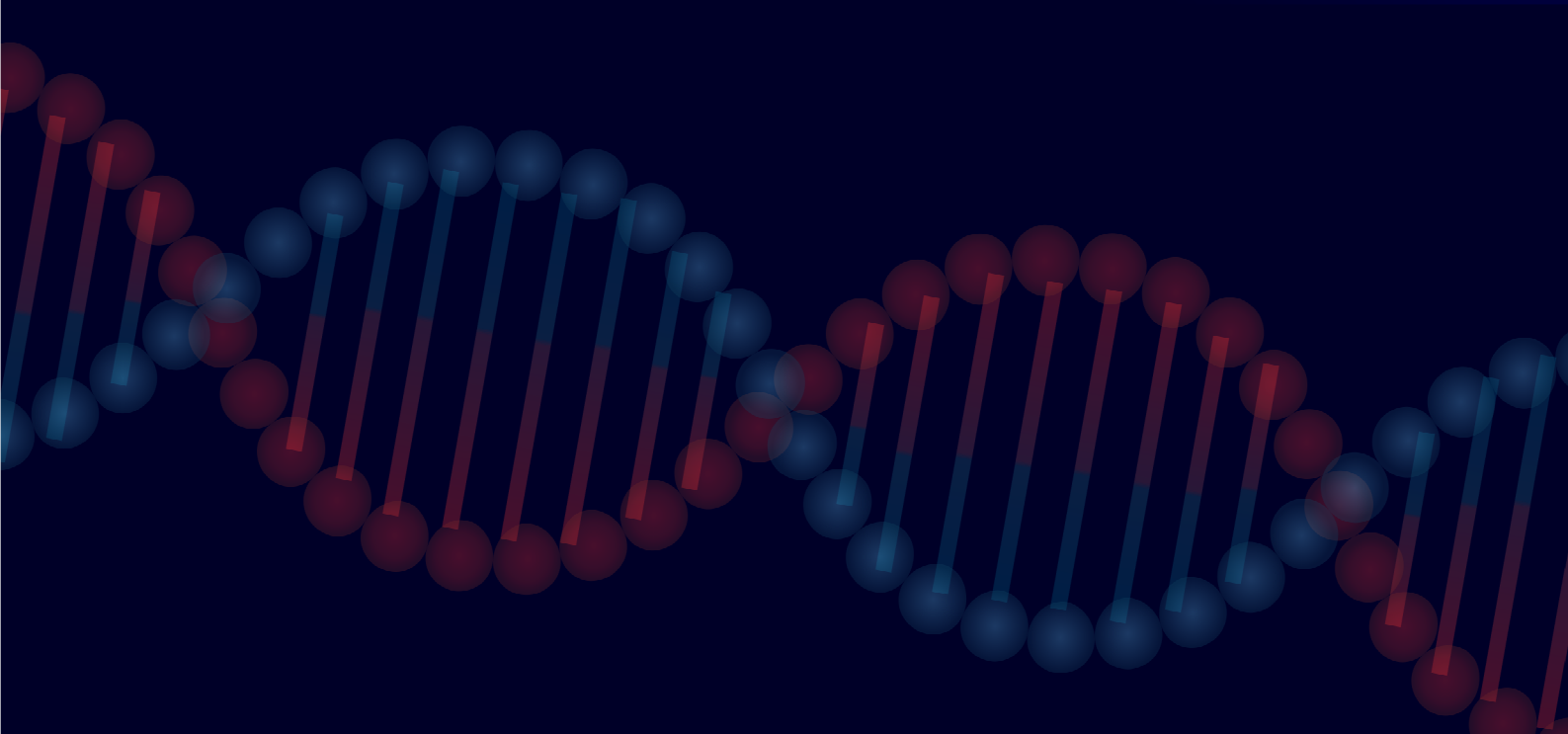
DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

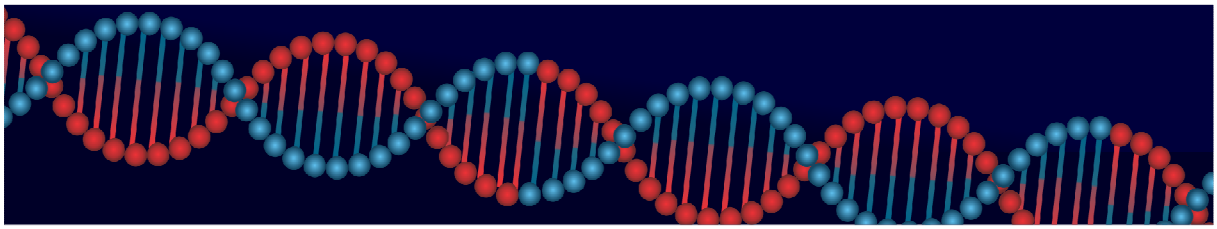
OS IMPACTOS DO DIREITO DIGITAL NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA E O ACESSO À JUSTIÇA (Tainara Santos de Oliveira)

OS LIMITES DO PODER DE POLÍCIA: O DIREITO DE IR E VIR NA PANDEMIA DE COVID-19 (Teófilo Jeremias da Silva Costa e Cinthia Hellen Soares de Barros)

OS REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE MÃO DE OBRA EXCLUSIVA (Robson Gomes, Rayane Mourão Cordeiro e Lívia Maria de Lima Santiago)

“PASSANDO A BOIADA”: O DESMONTE DA POLÍTICA NACIONAL AMBIENTAL EM MEIO À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19) (Ediglê da Silva e Sarah Carneiro Araujo Fermanian)





A INFERÊNCIA DO COVID-19 NO REVÉS ECONÔMICO: A CRISE DA SAÚDE PÚBLICA

*Marcelo Soares Mota**
*Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho**

Resumo: As consequências do Covid-19 na configuração social estão atreladas as políticas sociais e, por conseguinte, as relações econômicas que inferem na saúde pública e no seu desenvolvimento para o atendimento adequado e completo para a população brasileira. Portanto, é primordial perfazer por uma análise do sistema de saúde brasileiro sob uma perspectiva das crises sanitárias e do limite e adequação do Estado para atender as demandas no cumprimento efetivo dos direitos fundamentais. Outrossim, os métodos utilizados serão o bibliográfico, histórico e dedutivo. Assim, os resultados indicam um fator preponderante da relação econômica sob a garantia da saúde como paradigma fundamental de estrutura governamental. Todavia, emerge em crises atuais, como a pandemia do Covid-19, quando as atitudes do governo destacam os setores econômicos como prioritário em contraposição a saúde e proteção coletiva.

Palavras-chave: Covid-19, Crise, Saúde brasileira.

Abstract: The consequences of Covid-19 in the social configuration are linked to social policies and, consequently, to the economic relations that affect public health and its development for adequate and complete care for the Brazilian population. Therefore, it is essential to carry out an analysis of the Brazilian health system from a perspective of health crises and the limits and adequacy of the State to meet the demands for the effective

* Especialista em Direito Constitucional. E-mail: marcelo.soares@urca.br

* Orientador. Professor da Universidade Regional do Cariri – URCA. E-mail: djamiro.acipreste@urca.br

fulfillment of fundamental rights. Also, the methods used will be bibliographic, historical and deductive. Thus, the results indicate a preponderant factor of the economic relationship under the guarantee of health as a fundamental paradigm of governmental structure. However, it emerges in current crises, such as the Covid-19 pandemic, when government attitudes highlight the economic sectors as a priority in contrast to health and collective protection.

Keywords: Covid-19, Crisis, Brazilian health.

1. Introdução

A primazia da garantia à saúde como bem jurídico internacional de direito subjetivo atrelado a prevenção, tratamento e readequação social, estrutura-se em três dimensões de âmbito social, individual, coletivo. Assim, sedimentado em várias Constituições, o direito eminentemente social que, por conseguinte, exigem um dever do Estado, é readequado na conjuntura contemporânea por diversos vetores, principalmente o econômico.

Uma política de Estado em prol de uma saúde de qualidade, efetiva e, sobretudo, pública, alicerça o meandro estatal na garantia das três dimensões supracitadas. Todavia, os obstáculos de uma política de governo não condizente com os postulados para efetivação de uma saúde ampla e adequada aos anseios sociais, poderá provocar uma ruptura mormente no aspecto basilar que é a precaução.

O processo de globalização excludente e predatório, evidenciado nas suas mazelas com maior relevo nos países periféricos, estão relacionados com a implementação das políticas de saúde e, consequentemente, no âmbito do Brasil, com a implementação dos princípios democráticos do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, partindo-se da análise de uma possível crise do bem-estar social, atrelada as transformações do capitalismo e a consequente exigência da flexibilização das garantias sociais imposta aos Estados-nações.

O contexto de uma crise eminente ou já instaurada, seja no recinto interno ou em escala global, reproduzem as falhas dos inúmeros modelos de sistema de saúde. Dessa forma,

surto, epidemia e pandemia, três conceitos utilizados em “tempos de crise” para significar o mesmo resultado prático: a falha do Estado na proteção preventiva de sua população, no tratamento adequado para todos os necessitados e, por fim, na readequação social e restruturação da sociedade.

O estado de negação geral na realocação em segundo plano das políticas sociais de saúde pública evidencia as múltiplas correlações de força inerentes ao conflito entre trabalho e capital, encontrando sua finalística na política de implementação. Desse modo, partindo da premissa de bem-estar social e, por conseguinte, a sua inferência em um Estado dito periférico como o Brasil, o primeiro tópico trata-se dessa relação com o capitalismo.

Destarte, no segundo tópico do hodierno estudo é pormenorizado o Sistema Único de Saúde sob o revés contemporâneo que está diretamente relacionado ao tópico seguinte, em um ensaio dos corolários do Covid-19 no âmbito social e econômico. Por fim, fazendo uma correlação entre a crise atual e a análise da saúde pública.
Entre os métodos utilizados na pesquisa, a princípio será destacado o método bibliográfico como o de pesquisa, no de abordagem será o dedutivo e em uma descrição procedimental, utilizar-se-á o histórico. Dessa maneira, desenvolvendo o estudo da saúde pública brasileira sob os fatores econômicos e circunstancial.

2. Bem-estar social sob a concepção de países periféricos na órbita do capitalismo

As políticas keynesianas atreladas a intervenção do Estado na reprodução das relações sociais capitalistas em prol da cidadania, operacionalizam no capitalismo monopolista do Estado. Ademais, nos seus contornos principais pós Segunda Guerra Mundial até a década de 70, com o esgotamento do estado de bem-estar social. Assim, realçando a nova configuração do capitalismo dito transnacionalizado em cotejo das garantias sócias e partindo para a sua desregulamentação.

As extensas crises do capital têm, por conseguinte, intensos corolários nas políticas sociais. A conformação das relações entre capital e trabalho está atrelada as políticas sociais no capitalismo, instituindo uma instabilidade do social e do capital, principalmente pela necessidade incessante de lucro e da sua reinvenção como paradigma essencial calcado na primazia e protagonismo no Estado.

O Estado é entendido como o mediador nas disputas entre as políticas sociais e o capitalismo contemporâneo. Na correlação de forças entre o bem comum e o mercado, o último ganha predominância nas ações do interesse público como Estado legitimador. No entanto, a hegemonia do coletivo em contraposição ao lucro, principalmente nos países centrais, atingiu seu vértice no *welfare state*, representando para Demo (2002), a face mais humana do capitalismo.

Segundo Andersen (1991), não é possível compreender o *welfare state* apenas em junção as garantias e direitos, devendo analisar como a proteção social está atrelada as atividades estatais em relação ao mercado e a família. O padrão periférico das políticas sociais distingue-se do estado de bem-estar social dos países centrais, efetivamente sobre o meandro das problemáticas sociais que são divergentes.

O Brasil na contemporaneidade experimenta elementos que vão desde o processo escravagista colonial, partindo para a modernidade fordista do capital monopolista e findando na acumulação flexível, típico dos mercados financeiros. Nesse sentido, não é possível afirmar que capitalismo nos países periféricos atingiu a mesma propositura dos países centrais. Uma análise das políticas sociais no Brasil torna-se ainda algo complexo, na profundidade latente entre os setores sociais em uma desigualdade perceptível que enseja profusas consequências nas áreas como a saúde coletiva e individual.

Uma centralidade das formações políticas sociais sob a ótica do capitalismo nos países periféricos não deve ser um comparativo com as dos países centrais. O modelo de bem-estar social implementado pós Segunda Guerra Mundial e, posteriormente, dando-se primazia à acumulação flexível não pode ser um fator central de comparação com países que objetivam, em tese, rarear a pobreza extrema.

A consecução dos direitos sociais no período de transnacionalização do capital adentra no âmbito de uma disputa dos espaços da esfera pública. A política da saúde no Brasil está diretamente relacionada com o processo de redemocratização do país no início da década de 80, mobilizando parte da sociedade civil por conquistas. Destarte, o palco de disputas políticas e ideal de Estado possibilitou, em síntese, o êxito da saúde como direitos de todos e dever do Estado que, por ulterior, estendeu na Constituição de 1988.

3. A saúde como suporte primordial no brasil contemporâneo

A implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), encetou princípios do direito à saúde como a universalidade, a igualdade e a autonomia. Ademais, essa introdução salientada pela Constituição de 1988 e, posteriormente, pela Lei nº 8.080/90, configurou uma diretriz de pleno exercício na pontuação do dever do Estado na égide protetiva e reparatória de alcance amplo. No tocante a Carta Magna, os incisos I, II e III do artigo 198 enfatizam a descentralização na responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios, resumidamente em cada esfera de governo.

Idem, Aith (2007) expõe que nos Estados Democráticos de Direito, o exercício do poder tem que estar de assenso a Constituição e as Leis, devendo o Direito Sanitário determinar os vetores da saúde pública. Assim, essa autonomia concebida ao sistema de saúde parte dos fatores e anseios sociais que findaram no processo constituinte em um período de redemocratização. Ademais, elevando-se a formação de uma seguridade social universal e ampla no reconhecimento dos direitos sociais.

Os desafios do SUS parte do pressuposto de divisão de acordo com os três eixos principais das relações intraorganizacional e, por conseguinte, intergovernamentais. A divisão da gestão entre a União, os Estados e Municípios erguem-se em uma responsabilidade conjunta, aderente também nos Conselhos de Saúde que é constituído em 50% pelos representantes do Governo e a outra metade pelos representantes da sociedade civil.

A reforma sanitária não foi hábil na desvinculação em termos de dependência da saúde em relação ao mercado. Ademais, isso é evidenciado na estrutura dos insumos que é produzido fundamentalmente pelas empresas multinacionais e na contratação do setor privado de leitos hospitalares, correspondendo em aproximadamente 63%. Outrossim, essas necessidades para complementação do SUS implica em alguns agravamentos sob a nuance dos recursos concentrados nos maiores centros urbanos do país.

Os fatores socioeconômicos, segundo a teoria das causas fundamentais, englobam diversas circunstâncias que estão relacionadas aos recursos como o dinheiro, prestígio e poder que, portanto, tem relação direta com os cuidados e acesso à Saúde. Em uma perspectiva

ampla os riscos de determinadas doenças proliferam-se em grupos mais vulneráveis, mesmo diante de sistemas de saúde que visem ser efetivos (PHELAN, LINK, TEHRANIFAR, 2010).

No entanto, mesmo sendo um avanço primordial em termos de equidade à saúde no Brasil, o SUS tem alguns entraves sob uma análise geográfica, não possibilitando o acesso amplo e de forma rápida para todos os indivíduos. Todavia, não deve ser considerado simplesmente como um problema da saúde pública, mas como um óbice da saúde no geral, considerando que a maioria da população brasileira não tem acesso aos serviços privados de saúde.

Em tópicos comparativos do sistema de saúde atrelado as desigualdades sociais, está na existência do setor privado de saúde como fator preponderante e, portanto, como ideal a ser obtido, enfatizando o SUS como aparato estatal de "baixa qualidade". Portanto, é nessa desmaterialização do sistema público, propiciados por fatores econômicos e efetivamente de poder, que os setores privados se tornam anseios para alguns componentes sociais e utópico para outros.

Outro fator preponderante que demonstra uma desigualdade social latente é o número discrepante nos cuidados preventivos que ensejam, sobretudo, no saneamento básico da população. Com base nos dados da Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI), 48% da população não possui coleta de esgoto e 35 (trinta e cinco) milhões de brasileiros não têm acesso a água tratada, conforme apontamentos de 2019. Nesse sentido, essa precariedade dos serviços básicos tem inferência direta na saúde da população.

O Sistema Único de Saúde tem suas falhas, mas emergem-se dúvidas de como estaria a população brasileira sem ele. Para mais, a desigualdade social no caso brasileiro, como no restante da América Latina, ficará latente quando essa pandemia atingir efetivamente as zonas periféricas. Hodiernamente, não há nenhum sistema público de saúde que consiga conter um problema que tem suas bases discrepantes no funcionamento social.

4. O Covid-19 e a crise no capitalismo

No artigo publicado na obra: Sopa de Euhan, Slavoj Žižek perpassa por possíveis consequências do coronavírus no capitalismo global, utilizando-se de um comparativo de uma

arte marcial em referência ao Covid-19 para avultar o “sopapo” e, por conseguinte, a perturbação no funcionamento do mercado mundial.

Nesse diapasão, a crítica ao sistema capitalista deslinda na insuficiência de auferir uma recuperação social quando é necessário, outrora, ter uma formação de um sistema de saúde amplo, acessível e eficaz para solucionar as crises sanitárias. Todavia, até o hodierno momento, sobretudo com colapso da saúde nos Estados Unidos realçado pelos maiores números de casos e mortes na América em relação ao coronavírus, uma guerra por mantimentos e equipamentos hospitalares ganha seus contornos iniciais.

Ademais, essa guerra é provocada pelo terror coletivo e pelas barganhas que essa pandemia provoca nos setores comerciais, elevando os preços de produtos como os de cuidados básicos de higiene e realçando as desigualdades no acesso aos sistemas de saúde. Outrossim, Giorgio Agamben ressalta que com esse comportamento *“hay una tendencia creciente a utilizar el estado de excepción como paradigma normal de gobierno” (2020, p.18).*

Inúmeros países adentraram em uma busca frenética em 2020, principalmente os Estados Unidos, por equipamentos da área da saúde, refletindo bruscamente os limites de um capitalismo que não está preparado nem para resolver problemas de quem detêm o capital e, como um resultado problemático, os hipossuficientes. Assim, um sistema de saúde em termos de nível global não preparado para estagnar uma epidemia e atender os anseios básicos de suas populações, seja o objetivo dos seus representantes ou não.

O colapso do sistema de saúde público para atender os pacientes do Covid-19 já é contemporâneo no Brasil. Todavia, em outros países como os Estados Unidos e a Itália, essa realidade não é demonstrada pelo número de leitos ocupados, mas pelo total de mortes, países supracitados que deram primazia ao sistema privado de saúde que evidentemente não objetiva ser amplo e acessível para todos.

Em uma conjectura contemporânea, o colapso do sistema privado também será uma realidade. No fim, demonstrando em linhas superficiais uma equidade em termos de não tratamento ao coronavírus. Outrossim, diante de uma aplicabilidade de isolamento social e, por conseguinte, de uma diminuição do índice econômico, a falsa “escolha difícil” entre

salvar vidas e em contrapartida à estagnação da econômica, evidencia-se nos Estados de exploração capitalista de cunho selvagem e com intuito exploratório.

Como salientado pela filósofa, os contornos iniciais dos Estados nas medidas de contenção também abarcam fatores que junto com o capitalismo exploratório tenta usurpar e esmagar ainda mais as populações marginalizadas. Destarte, utilizando-se da pandemia para alavancar os preços de produtos essenciais e, consequentemente, em uma busca desenfreada para a fabricação de uma vacina cujos anseios políticos e econômicos tornam-se prioridades em uma clara referência a corrida espacial durante a Guerra Fria.
Entre as finalidades políticas atreladas ao viés econômico, adentram Chefes de Estados e de Governo que minimizam os efeitos da pandemia com o intuito de não prejudicar a economia, realocando a primazia na saúde ou na economia como possível "escolha de sofia". Idem, essa bipartição é examinada no Executivo Federal brasileiro hodiernamente, como já foi presenciada em alguns países europeus que atualmente enfrentam números exorbitantes de mortes pelo Covid-19.

A linha de observação do executivo federal em contraste ao executivo estadual, municipal e os demais poderes, realça essa evidente discordância entre os objetivos políticos e econômicos. Assim, quebra a estrutura base que é constituída de cooperação em relação as atividades do SUS, fragmentando os objetivos com resultância finalística naqueles sujeitos que são estritamente dependentes da saúde pública, portanto, a maioria da população brasileira.

No âmbito brasileiro, segundo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, os tributos advêm em grande escala do consumo, correspondendo a 70% em média, da renda do contribuinte. Nesse sentido, o isolamento social adentra em vetores mais problemáticos, em um raciocínio simples: menos consumo equivale a menor arrecadação. Enfatizando as consequências ao longo prazo de um isolamento social em síntese necessário, mas que não corresponde aos objetivos de arrecadação do Estado e, principalmente, da massa populacional que sobrevive com a renda básica auferida do trabalho mensal.

Hodiernamente, países como a Argentina criaram mecanismos de contenção da crise econômica advinda pelo Covid-19, proibindo demissões e suspensões de trabalhadores. Ademais, no caso da Alemanha e dos Estados Unidos, o impulso fiscal principalmente nos

auxílios emergenciais tenta conter os avanços da crise. Todavia, em termos comparativos, o Brasil dispõe de auxílio emergencial que é 15 (quinze) vezes menor em relação a maioria dos outros países que se utilizaram desse mecanismo.

As grandes crises virais possibilitam avivar a incapacidade dos hospitais de absorver um influxo de pacientes em situações de epidemia e de emergência médica. As sobrecargas sazonais já provocam um intenso fluxo e diminuição das condições de atendimento hospitalares que, outrossim, tornam-se inábil quando é exigido uma atividade de contenção contra epidemias. O descomunal colapso social atingirá as classes sociais que vivem em zonas periféricas e os povos mais desprotegidos como os indígenas em um feitio de extermínio sob a inércia do Estado.

O Brasil, mesmo com o avanço que é o Sistema Único de Saúde, ainda não é capaz de conter uma epidemia que tem como foco principal os sujeitos marginalizados historicamente e usufruídos como indivíduos de mão de obra barata. Outrossim, vivendo em situações precárias que ajudam na transmissão de doenças, notabilizando-se a precaridade nas medidas preventivas de saúde que, por conseguinte, demonstra a disparidade da prevenção entre as classes sociais.

Os sistemas de saúde ao redor do mundo, especialmente nos países cuja Constituição se gerou ou foi reformada sobre o viés dos direitos sociais, isto é, de garantir aos seus povos, um Estado de Bem-Estar Social, o que inclui garantia de saúde desde a profilaxias que evitassem doenças, epidemias e até pandemias e os cuidados pós-contágio.

Considerações Finais

Os fatores que ensejam em crises sanitárias têm correlação direta com a atuação do Estado no aspecto protetivo da saúde pública que, todavia, há uma intercessão do sistema econômico. O Sistema Único de Saúde brasileiro é considerado um avanço em nível global em termos de proteção preventiva e reparatória da saúde populacional, mesmo diante das críticas inerentes, principalmente pelo não alcance de forma proporcional para todos os indivíduos.

Destarte, sem o SUS as consequências do Covid-19 seriam ainda mais fatal na população brasileira. Entretanto, o seu aprimoramento poderia dirimir os efeitos já hodiernamente presenciados, primordialmente no número de leitos ocupados e, por conseguinte, nas taxas de mortes. Outrossim, os vetores que "sucateiam" o sistema público partem de finalidades iminentemente econômicas para aferição do sistema privado.

A pandemia do novo coronavírus desvela não só uma crise sanitária, mas também uma crise do capitalismo, das políticas de governo em conduzir o Estado de Bem-Estar Social. É urgente o reclame de sistema de saúde públicos e universais que garantam a saúde da população e estejam os locais equipados e preparados para evitar que em situações como a vivida atualmente o sistema entre em colapso e gere um caos muito maior. É necessário repensar, especialmente na América Latina, que garantir o mínimo independe de posição ideológica ou partidária.

O Estado de Bem-Estar social está em ruptura e os velhos modos já não atendem o avanço sem precedentes de um mundo em constante alteração de suas relações econômicas e sociais, sobretudo na saúde que está intimamente ligada com a vida, que é um direito que antecede qualquer outro. A experiência do NHS britânico, mostra como garantir saúde pública e universal não é um modelo que está ultrapassado e que privatizar não deve ser o melhor caminho, visto que sempre haverá uma parcela considerável que não pode arcar com os custos e sua vida não vale menos por tal razão e merece está dentro das engrenagens estatais de saúde.

A realocação do sistema de saúde público e das pesquisas produzidas por entes públicos em um patamar de segundo plano tem fins eminentemente lucrativos de cunho privado. Nesse diapasão, uma crise sanitária como a presenciada atualmente poderá influenciar para diversos objetivos sociais, desde uma preocupação maior e, portanto, um investimento maior em saúde pública ou, em contrapartida, um fortalecimento do capitalismo que se modula para lucrar em qualquer circunstância.

Referências Bibliográficas

AITH, Fernando. C**urso de Direito Sanitário. A Proteção do Direito à Saúde no Brasil**. São Paulo: Quarer Lan, 2007.

AURELIANO, L.; DRAIBE, S. M. (1989). **A especificidade do Welfare State brasileiro. In: A política social em tempo de crise; articulação institucional e descentralização.** Brasília: MPAS/CEPAL, 1989.

BAUMAN, Z.**Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BORGES, Fabiano Tonako. Et al. **Anatomia da privatização neoliberal do Sistema Único de Saúde o Papel das Organizações Sociais de Saúde**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2020.

DEMO, P. P**oliticidade: razão humana**. Campinas: Papirus, 2002.

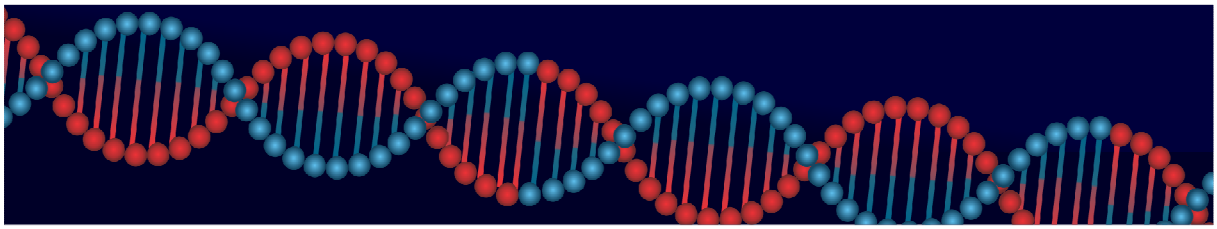
DEMO, P.**Solidariedade como efeito de poder**. Coleção Perspectiva, v.6. São Paulo: Cortez, 2002.

DEMO, P. I**ntrodução à sociologia: complexidade, interdisciplinariedade e desigualdade social**. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Mariana Ribeiro Jansen. **Tendências e contratendências de mercantilização: as reformas dos sistemas de saúde alemão, francês e britânico**. 298f. Tese (doutorado em Saúde Pública), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

PHELAN, Jo C.; LINK, Bruce G.; TEHRANIFAR, Parisa. Social Conditions as Fundamental Causes of Health Inequalities: Theory, Evidence, and Policy Implications. Journal of Health and Social Behavior, 2010; vol. 51, 1 suppl: pp. 28- 40.

TANAKA, Oswaldo Yoshimi; Oliveira, Vanessa Elias. **Reforma(s) e estruturação do sistema de saúde britânico**: Lições para o SUS. Saude soc., São Paulo , v. 16, n. 1, p. 7-17, Apr. 2007 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902007000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 Junho 2020.
ŽIŽEK, Slavoj. et al. **Sopa de Euhan**. Editorial: ASPO. 1ª edición: marzo 2020.



A PANDEMIA DO SARS-COV-2 COMO DISPOSITIVO BIOPOLÍTICO: DIREITO E EXCEÇÃO

Tales Araújo Duarte∗

Resumo: O presente artigo tem como proposta a análise à luz da obra do filósofo contemporâneo Giorgio Agamben, das consequências biopolíticas dos processos de controle social desencadeados pela pandemia do Sars-Cov-2, que fizeram, segundo este, materializar-se um estado de exceção perene. O esteio dos questionamentos são dois textos publicados pelo filósofo no contexto pandêmico, entre fevereiro e março de 2020, intitulados "A invenção de uma epidemia" e "Contágio". Usou-se neste trabalho a metodologia de exegese filosófica de obras referenciais do pensador italiano, além de autores correlatos e comentadores. Como resultado, este estudo não objetivou questionar a validade das medidas de contenção da doença aplicadas pelas autoridades sanitárias e políticas, mas buscou elucidar, a partir da ótica do léxico agambeniano, como a situação pandêmica tornou permissiva a exceção nos estados democráticos na contemporaneidade fazendo a vida social converter-se em uma sociedade de normatização e da produção da vida nua pelos dispositivos biopolíticos.

Palavras-chave: Direitos constitucionais; Exceção; Biopolítica; Pandemia; Giorgio Agamben.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar, a la luz del trabajo del filósofo contemporáneo Giorgio Agamben, las consecuencias biopolíticas de los procesos de control social desencadenados por la pandemia Sars-Cov-2, que, según él, materializó un perenne estado de excepción. El eje de las preguntas son dos textos publicados por el filósofo en el contexto de una pandemia, entre febrero y marzo de 2020, titulados "La invención de una

∗ Mestrando em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual Vale do Acaraú (MAF-UVA). Membro do Grupo de Estudos em Política, Educação e Ética (GEPEDE/CNPQ) coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo George de Araújo Silva. E-mail: talesduarte.hist@gmail.com.

epidemia” y “Contagio”. En este trabajo se utilizó la metodología de exégesis filosófica de obras referenciales del pensador italiano, así como de autores y comentaristas relacionados. En consecuencia, este estudio no tuvo como objetivo cuestionar la validez de las medidas de contención de enfermedades aplicadas por las autoridades sanitarias y políticas, sino que buscó dilucidar, desde la perspectiva del léxico agambeniano, cómo la situación pandémica hizo permisiva la excepción en los estados democráticos contemporáneos. , hacer que la vida social se convierta en una sociedad de normalización y producción de vida desnuda mediante dispositivos biopolíticos.

Palabras clave: Derechos constitucionales; Excepción; Biopolítica; Pandemia; Giorgio Agamben.

Considerações Iniciais

O avanço da pandemia do *Sars-Cov-2*, trouxe indiscutíveis transformações em todos os cenários de nossa civilização no tempo presente, dentre os mais expressivos, sem dúvida, aqueles que tange ao universo dos direitos fundamentais e garantias constitucionais. As ações mais cotidianamente operadas, como o direito de ir e vir, a realização das atividades laborais e o contato físico com as outras pessoas foram sumamente alteradas em face de uma doença, da qual ainda não temos a completa compreensão. As medidas de isolamento social e de restrição de circulação apresentaram-se, conforme orientações da comunidade científica, como o meio mais imediato para a contenção da escalada de aumento de casos. Entretanto, provocados pela publicação de uma série de textos pelo destacado filósofo contemporâneo Giorgio Agamben, somos convidados à análise da pandemia a partir de um outro óculo: o do paradigma biopolítico.

O objetivo deste breve estudo, é trazer luz as teses de Agamben e alargar as percepções que se podem extrair do que chamamos de “textos pandêmicos”,[1] elaborados pelo autor. É mister iluminá-los ao vocabulário próprio e às referências teoréticas do filósofo, para que possamos ter maior dimensão daquilo que nos expõe, e, propõe refletir.

[1] Identificaremos por esta expressão os textos “*L’invenzione di un’epidemia”* e “*Contagio*”, publicados em fevereiro e março de 2020, respectivamente, por Agamben, nos quais tece reflexões a respeito do caráter biopolítico e de exceção permanente trazido à tona na pandemia do *Sars-Cov-2*.

Somos impelidos a pensar a pandemia além da própria emergência sanitária, mas como emergência política: biopolítica. Agamben nos alerta, e convoca, a ponderar a respeito dos dispositivos do biopoder, especialmente por meio de uma medicalização da política ou uma politização da medicina, como também já refletido por Foucault.

Aplicando-se como metodologia a exegese filosófica, realizada pelo exame de obras-chaves para a compreensão do pensamento agambeniano, nos foi possível depreender os léxicos que o autor transporta para as suas análises da pandemia do *Sars-Cov-2*, como os conceitos de exceção, biopolítica, vida nua e dispositivos. Para que pudéssemos ter condições de extrair os elementos fundamentais de conceituação das figuras que são postas à análise nesta breve discussão, bem como, dos paradigmas propostos por Agamben nos "textos pandêmicos", especialmente, aqueles a respeito das relações de direito e liberdade, da exceção soberana e da vida nua em um cenário biopolítico que este nos convida a razoar.

Isto posto, podemos então inquirir: a) onde a exceção e a vida nua se materializam na pandemia, que se torna dispositivo biopolítico para aplicação da suspensão dos direitos? b) como a exceção gerada pelas medidas de isolamento podem significar a fissura dos direitos pelo direito? c) como as formas da exceção tornam-se o estado de normalidade impondo a condição de vida nua aos homens pela justificação do combate ao *Sars-Cov-2*?

A pandemia e o dispositivo biopolítico

Em 26 de fevereiro de 2020, no cenário da crescente infecção pelo *Sars CoV-2*,[2] em março declarada como pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS),[3] o filósofo italiano Giorgio Agamben lança um breve texto intitulado de "*L'invenzione di un'epidemia*". Na publicação, Agamben, teceu reflexões e severas críticas a respeito das medidas de

[2] O novo coronavírus foi oficialmente nomeado pela OMS como *Severe acute respiratory syndrome coronavírus 2*, ou, **síndrome respiratória aguda grave por coronavírus 2**; já o termo usual, ***Covid-19*** corresponde a abreviação da condição provocada pela infecção viral: *coronavirus disease-19* (doença do coronavírus-19), acrescida da referência numérica ao ano que foi registrado. (grifos nossos)

[3] O *Sars-Cov-2*, o novo coronavírus, foi notificado pelo governo chinês à Organização Mundial de Saúde, em 31 de dezembro de 2019, a partir do surto de uma pneumonia desconhecida na cidade de Wuhan, província chinesa de Hubei. Num curto espaço de tempo a situação da misteriosa pneumonia se agravou em outras regiões da Ásia e Europa, levando a OMS, em 11 de março de 2020, a classificar a *Covid-19* como pandemia. A maior parte dos governos, em escala global, orientados pelos organismos científicos e de saúde, passou a tomar medidas de contenção, como isolamento social rígido – *lockdown* - com o objetivo de deter o contágio da doença ou minimizar os efeitos de uma contaminação em massa.

isolamento social adotadas em seu país no instante em que o mundo passava a sentir os primeiros efeitos da, ainda epidemia de pneumonia, em curso. Considerando que as providências tomadas pelo governo italiano para o isolamento social, como forma de deter o aumento exponencial da contaminação, eram “medidas de emergência frenéticas, irracionais e completamente desmotivadas para uma suposta epidemia devido ao vírus corona” (AGAMBEN, 2020a, n.p).

Novo ensaio foi publicado em 11 de março de 2020, justamente no instante em que a OMS reconhecia a *Covid-19* como pandemia e que a Itália tornava-se seu epicentro global, com picos diários de mortes e infecções, destacadamente na região da Lombardia. No texto, intitulado “*Contagio*”, Agamben volta a ser contundente ao afirmar que “uma das consequências mais desumanas do pânico que se busca espalhar por todos os meios na Itália durante a chamada epidemia de coronavírus é a própria ideia de contágio” (AGAMBEN, 2020b, n.p).

Os textos geraram em parte da comunidade acadêmica um considerável estarrecimento, especialmente pelo fato de que em muitos pontos, à primeira vista, as considerações do autor beiravam ao negacionismo. O questionamento comum que perpassa os dois ensaios é: porque as mídias e as autoridades estatais estariam criando um clima de pânico na população, suspendendo os direitos fundamentais ao trabalho e a circulação e “criando um estado real de exceção”? (AGAMBEN, 2020a, n.p).

Segundo suas percepções, as medidas de isolamento representariam meios de impor limitações severas aos direitos da população, justificadas pela necessidade e razões de higiene e segurança pública. Agamben chama atenção para aquilo que já estava há muito posto em suas clássicas obras, que a exceção se tem convertido em “paradigma de governo dominante na política contemporânea” (AGAMBEN, 2004, p. 13). Na pandemia em curso esta exceção atuaria especialmente por meio dos dispositivos biopolíticos.

É da obra de Foucault que Agamben traz os conceitos de dispositivo[4] e de biopoder[5] para sua gramática, especialmente neste caso, o que podemos definir como sendo dispositivos biopolíticos.

Na pandemia, estes dispositivos de biopoder aflorariam pela suspensão de direitos: impõem-se isolamento, limitações de locomoção e uso dos espaços públicos e se determina o recolhimento das pessoas em virtude da justificativa da emergência sanitária. Impõem-se medidas que garantem, a transformação do medo do contágio pelo *Sars-Cov-2* num dispositivo biopolítico, que visa impedir o contato dos homens entre si pelo medo da transmissão do vírus. Nasce um estado de exceção pandêmico.

O conceito da exceção é elemento fundamental da tessitura de Agamben. Suas reflexões sobre este tema se dão especialmente em um diálogo proficuamente construído entre Carl Schmitt e Walter Benjamin.[6] Apoiando-se nas teses de Benjamin, Agamben traz à baila a questão da exceção como paradigma de governo nas democracias contemporâneas. Assim

---

[4] Foucault não chegou a estabelecer propriamente uma definição acabada para o conceito de dispositivo. O tema se torna frequente em suas obras a partir dos anos setenta, conforme observa Agamben, e está relacionado aos princípios de "governabilidade" e "governo dos homens". Em entrevista em julho de 1977, Foucault esclarece que por dispositivo pode se "demarcar, em primeiro lugar, um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais e filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre esses elementos" (FOUCAULT, 2015, p. 364). Apoiando-se neste conceito foucaultiano numa conferência proferida na Universidade Federal de Santa Cataria em setembro 2005, Agamben alarga a ideia de dispositivo definida pelo filósofo francês, ao passo que estes meios seriam destinados ao governo e a *oikonomia* da vida: "Generalizando posteriormente a já amplíssima classe dos dispositivos foucaultianos, chamarei literalmente de dispositivo qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, o panóptico, as escolas, as confissões, as fabricas, as disciplinas, as medidas jurídicas etc., cuja conexão com o poder e em um certo sentido evidente, mas também a caneta, a escritura, a literatura, a filosofia, a agricultura, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares e - porque não - a linguagem mesma, que é talvez o mais antigo dos dispositivos, em que há milhares e milhares de anos um primata - provavelmente sem dar-se conta das consequências que se seguiriam - teve a inconsciência de se deixar capturar" (AGAMBEN. 2005, p. 13).

[5] Podemos definir biopoder, a partir dos conceitos da teoria foucaultiana como a condição de dispor sobre a vida, a condição de impor a ela o império da violência, ou então, inseri-la em um reino da domesticação dos corpos através do império do poder soberano gerindo, extinguindo ou potencializando sua existência.

[6] Em "*Sobre o conceito da História*", Tese VIII, descreve Walter Benjamin: "A tradição dos oprimidos ensina-nos que o 'estado de exceção' em que vivemos é a regra." (BENJAMIN, 2020, p. 13). Agamben se apoia na reflexão de Benjamin e alargando a compreensão arendtiana de campo, como o lugar da exceção, maximizando a sua abrangência e lugar da ação de seu poder de captura da vida. Para o filósofo italiano, os estados democráticos contemporâneos estão mais próximos dos estados totalitários que podemos supor, já que a exceção tornou-se o paradigma de governo na política contemporânea, "de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo" (AGAMBEN, 2004, p. 13).

sendo, podemos pensar o estado de exceção em Agamben como a situação-limite, entre o direito e a suspensão da norma que produz a *vida nua*. O filósofo italiano define a exceção como sendo

> o dispositivo original graças ao qual o direito refere-se a vida e a inclui em si mesmo por meio da sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito (AGAMBEN, 2004. p. 12).

Reflete Natália Taccetta a este respeito: "Agamben comprende que la excepción es la estructura originaria que funda la biopolítica moderna." É essa relação que une o indivíduo ao direito e que permite pensar nos elementos que conectam "político y lo jurídico y entre hecho y derecho" (TACCETTA, 2011, p. 135).

É neste ponto que a reflexão de Agamben, agora sustentada pelas bases da teoria da soberania de Carl Schmitt, nos permitem entender a exceção soberana em suas análises a respeito da infecção do *Sars-Cov-2* nos "textos pandêmicos". Na obra *Politische Theologie*, Carl Schmitt define que "Soberano es quien decide sobre el estado de excepción" (SCHMITT, 2009, p.13). Portanto, o soberano é aquele que põe a condição de normalidade.[7]

Portanto, através destas pistas reflexivas é possível compreender a exceção como condição paradoxal do direito ao passo que nasce no ordenamento pela sua suspensão. São justamente os períodos de crise, mediante a necessidade decretada pelo soberano que fazem emergir a exceção como paradigma de governo.[8] A necessidade de neutralizar o perigo e restaurar a condição de normalidade impõe medidas que limitam a ação do próprio ordenamento como forma de preservá-lo.[9]

---

[7] "E cabe ao soberano definir o que é e quando está a vigorar a situação de normalidade. Ele tem a palavra última quanto a tanto, daí se percebendo que a decisão em relação ao que é uma situação normal e ao que não é cabe, em última análise ao soberano" (TEIXEIRA, 2015, p. 63).

[8] Agamben reconhece a existência de duas correntes que fundamentam o estado de exceção, uma primeira formada pelos "que procuram inserir o estado de exceção no âmbito do ordenamento jurídico", e uma segunda, formada por "aqueles que o consideram exterior a esse ordenamento, isto é, como fenômeno essencialmente político ou, em todo caso, extrajurídico". (AGAMBEN, 2004, p. 38).

[9] "A teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual o caso particular escapa à obrigação da observância da lei. A necessidade não é a fonte da lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma" (AGAMBEN, 2004, p. 43). Agamben realiza uma reflexão a respeito do princípio da *necessitas legem nom habet* [a necessidade não tem lei], formulado no *Decretum* de Graciano, que advoga no sentido de que a necessidade tem "o poder de tornar lícito o ilícito", assim sendo, a exceção atuaria em virtude da necessidade sempre que fosse necessário garantir a ordem, "*a vis obligandi* da lei desaparece porque a finalidade da *salus hominum* vem, no caso, a faltar. Portanto, "o princípio de que a necessidade define a situação particular em que a lei perde a sua *vis*

Agamben aponta a condição do estado de exceção como um elemento que habita uma zona gris, um campo de indistinção entre o que está dentro e ao mesmo tempo fora da ordem jurídica: “Na verdade, o estado de exceção não é nem anterior e nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou uma zona de indiferença, em que dentro e fora onde não se excluem, mas se indeterminam” (AGAMBEN, 2004, p. 39).

A pandemia como meio para a exceção permanente?

Giorgio Agamben pensa o estado de exceção como espaço do indiscernível. A esse respeito comenta Günter Frankenberg que, seguindo o exemplo de Walter Benjamin, Agamben transfere o estado de exceção para a obscura esfera de um poder purificado de todas as finalidades, para o “vazio do direito”, para um “espaço anômico”, um “espaço sem direito” (FRANKENBERG, 2018, p. 160). A exceção é, portanto, o lugar de produção da *vida nua*,[10] da suspensão do ordenamento numa ação de captura pela exclusão-inclusiva.

O paradigma da exceção por meio de exclusão-inclusiva atua através dos dispositivos – legislações, discursos, teorias, instituições, construções -, onde a vida é capturada, ao passo que está privada dos direitos está igualmente sujeita ao império do direito, por meio da sua dupla condição de imerso e proscrito. Este conjunto de medidas adotadas pela via legal tem a função de inscrever a vida neste orbe da suspensão pelo intermédio do direito: a imposição da ausência de direitos pela própria suspensão da lei.
E conclui o filósofo: “o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”. A exceção é o dispositivo original pelo qual passa a atuar o direito sobre a vida, “e a inclui em si por meio da suspensão”, numa relação na qual o vivente, que passa a ser agora o portador da vida nua, se “liga, e ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito” (AGAMBEN, 2004, p. 12).

A pandemia para Agamben seria, portanto, um meio de implementação efetiva do estado de exceção permanente, através dos dispositivos jurídicos de biopoder que capturariam

---

obligandi (esse é o sentido do adágio *necessitas legem non habet*) transforma-se naquele em que a necessidade constitui, por assim dizer, o fundamento último e a própria fonte da lei” (AGAMBEN, 2004, p. 43).

[10] A condição da vida nua, é outro elemento fundamental da compreensão teorética de Giorgio Agamben definida por ele como: “O espaço da vida nua, situado originalmente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, bios e zoé, direito e fato entra em uma zona de irredutível indistinção” (AGAMBEN, 2002, p. 16).

a vida humana, num processo de desativação do ser político pela cisão dos seus direitos mais elementares. Estas conceituações fundamentais da produção agambeniana permitem-nos então compreender de forma mais clara aquilo que o filósofo aponta nos seus "textos pandêmicos" como uma justificativa da exceção pelo viés da necessidade aventada pelo estado de emergência sanitária via dispositivo biopolítico, pensado originalmente por Foucault.

O filósofo francês define dois momentos distintos, opostos e complementares, que se interrelacionam em suas ações sobre a vida por meio destes dispositivos. O primeiro instante, nota-se uma ação sobre o corpo como máquina, uma anátomo-política do corpo humano, como um "fazer morrer ou deixar viver", conforme a ação do poder soberano (FOUCAULT, 2010, p. 202). Posteriormente as ações passam a se dirigir no sentido de atuar sobre o corpo-espécie, e não mais sobre o sujeito individual apenas. O corpo é atravessado por uma "mecânica do ser vivo e como suporte de processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade" (FOUCAULT, 2020, p. 150). Esta regulação passa a ter um objetivo biopolítico, uma ação sobre a população: "Pode-se dizer que o velho direito de causar a morte ou deixar viver foi substituído por um poder de causar a vida ou devolver a morte". (FOUCAULT, 2020, p. 149).

Como "uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico" (FOUCAULT, 2010, p. 201). Em termos foucaultianos, aquilo que podemos definir como sendo a sociedade de normalização, que nasce desse ponto de intersecção contínua na aplicação da política sobre a vida através da transformação da anátomo-política do corpo em uma biopolítica da espécie.[11]

A guisa do paradigma da necessidade se acaba por validar as ações de limitação dos governos, que buscam estabelecer um estado de normalidade: uma sociedade de normatização. Não estamos falando de um estado especial, como o de guerra, ainda que se use esse léxico constantemente para se referir às medidas sanitárias, como uma "*guerra ao vírus*", mas agem como suspensão da ordem jurídica que passa a definir o seu patamar e as suas ações limites. A respeito do risco de uma radicalização dessa situação de exceção pensada em Agamben nos adverte Roberto Esposito:

[11] "A sociedade de normalização é uma sociedade em que se cruzam, conforme uma articulação ortogonal, a norma da disciplina e a norma da regulamentação" (FOUCAULT, 2010, p. 213).

> naturalmente do ponto de vista jurídico, o estabelecimento de uma emergência, há muito aplicada mesmo em casos em que não há necessidade, empurra a política para procedimentos excepcionais que podem, a longo prazo, minar o equilíbrio do poder em favor do executivo (ESPOSITO, 2020, n.p).

Entretanto, ainda que Esposito não considere em sua reflexão um risco real à democracia, mas muito mais o cenário dos conflitos legais gerados pela pandemia, em especial na Itália naquele momento, como uma "decomposição dos poderes públicos que de uma dramática contenção totalitária" (ESPOSITO, 2020, n.p).

Mesmo contrapondo-se a Agamben em alguns aspectos, Esposito deixa claro sua consonância com este, de que o processo de relação biopolítica há muito se manifesta na sociedade ocidental, por meio de uma relação direta entre política e medicina para a gestão da vida humana, como a realização de "um processo de medicalização da política que, aparentemente livre de vínculos ideológicos, mostra-se cada vez mais dedicada ao 'cuidado' de seus cidadãos frente aos riscos que muitas vezes ela mesmo evidencia" (ESPOSITO, 2020, n.p).

Esposito reafirma, portanto aquilo que Foucault há muito já tinha chamado atenção na era do biopoder: a respeito da politização dos meios de controle da vida, especialmente no que tange a uma medicalização da política ou a uma politização da medicina. A clínica, passa a ser tratada como meio eficaz de controle da vida, nesse processo de continuidade do manejo em uma biopolítica. É a medicina, especialmente a partir do século XIX que irá disciplinar os instrumentos de proteção, cuidado, maximização e minimização de efeitos sobre o corpo-espécie.[12]

Outro elemento fundamental exposto por Agamben como estratégia de ação dos dispositivos de exceção pela via do biopoder é o fator medo. A manifestação coletiva de pânico que se impõe através de um sentimento constante de ameaça da vida e da existência da própria comunidade. Este pânico que se tornou mais latente com a pandemia é na verdade uma mostra do estado de exceção perene que vivemos. O medo que é internalizado e passa a ser materializado nos dispositivos de controle social, uma imposição da disciplina e do

[12] "Por outro, estamos assistindo a uma politização da medicina, que se investe em tarefas de controle social que não competem a ela - o que explica as avaliações tão heterogêneas feitas por virologistas sobre a importância e natureza do coronavírus. Ambas tendências deformam a política em relação a seu perfil clássico. Isso também se deve ao fato de que seus objetivos não incluem mais indivíduos ou classes sociais, mas segmentos de população diferenciados por saúde, idade, sexo e até etnia" (ESPOSITO, 2020, n.p).

biopoder, como constituído por Foucault, dando origem a um círculo vicioso perverso de agenciamento e captura da vida pela via do medo social.

Isto materializaria de forma mais latente aquilo que apontou Foucault como uma biopolítica da vida, tornando possível um constante "fazer viver", por meio das medidas sanitárias de isolamento, do controle biológico, da imposição de restrições de contato e do controle de circulação social. Nesse cenário, a pandemia fez deixar morrer as liberdades para fazer viver a exceção em nome da segurança social e da necessidade, que não conhece a lei. Nascendo um estado de anomia, onde a exceção passa a ser a norma através da imposição de um "círculo vicioso segundo o qual as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam a sua ruína" (AGAMBEN, 2004, p. 20).

Considerações Finais

Ao nos colocar diante do paradigma do estado de exceção e provocar-nos a respeito de sua constituição como um estado perene na realidade hodierna, tendo por justificação as medidas de isolamento impostas pelas autoridades sanitárias e políticas, sobretudo, Agamben nos incita a questionar os limites da exclusão-inclusiva do direito de exceção, e, como a vida biológica passa a se converter em vida nua através da justificativa da necessidade e da defesa da existência em comunidade.

É preciso ter muito cuidado ao penetrar as reflexões de Agamben para que não corramos o risco de achar que o filósofo está negando as condições e consequências terríveis do processo pandêmico. Ao contrário, este nos alerta para como as medidas, que por ora converteram-se em atos normais de uma exceção permissiva, e por vezes justificáveis diante das condições excepcionais que as materializaram, podem acabar por tornar-se condição permanente de limitação ou privação dos direitos e garantias fundamentais através de medidas impostas por um biopoder que justifica a proteção da vida e a ameaça de algum perigo a esta como condição para decretar a exceção e perpetrar sobre a vida a sua atuação de exclusão-inclusiva.

Estes dispositivos de controle biopolíticos passariam então a agir por meio da ação disciplinadora e reguladora imposta pelos agentes políticos nos governos democráticos

contemporâneos, fazendo fender pelo direito, a garantia do próprio direito, fazendo da exceção um estado de permanências. Embora pareça *a priori*, Agamben não nega a pandemia, mas alerta para a constituição de um mundo pós pandêmico, onde a sociedade de normatização pode institucionalizar o governo da exceção sob a justifica do medo e da proteção da vida comunitária contra as eventuais ameaças, sejam de natureza biológica, social ou até mesmo política, mediante o uso de dispositivos de biopoder.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2° Ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. **L'invenzione di un'epidemia**. Quodlibet, Roma, fevereiro. 2020. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

_____. **Contagio**. Quodlibet, Roma, março. 2020. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-contagio>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

_____. **O que é um dispositivo**. Outra Travessia, Santa Catarina, setembro. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/view/12576/11743>. Acesso em: 05 de julho de 2021.

BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. 2° Ed. Belo Horizonte: Autêntica: 2020.

ESPOSITO, Roberto. **Curati a oltranza**, Antinomie, fevereiro. 2020. Disponível em: <https://antinomie.it/index.php/2020/02/28/curati-a-oltranza/>. Acesso em: 11 de junho de 2020.

FRANKENBERG, Günter. **Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de direito e o estado de exceção**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). 2° Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

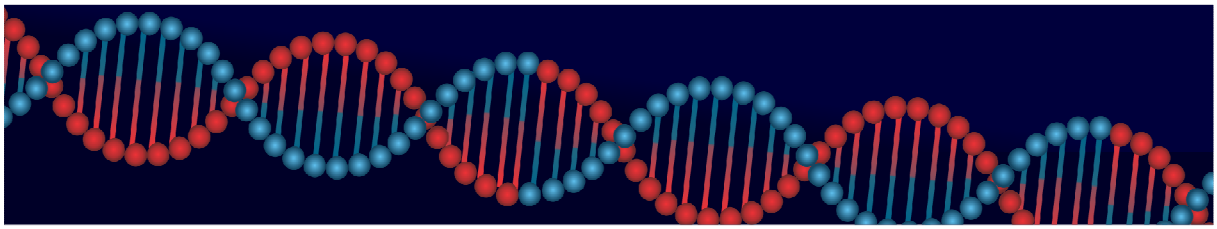
_____. **História da sexualidade I**: A vontade de saber. 10° Edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.

_____. **Microfísica do poder**. 2° Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

SCHMITT, Carl. **Teología Política**. Madri: Editorial Trotta, 2009.

TACCETA, Natália. **Agamben y lo político**. 1° Ed. Buenos Aires: Prometeo Libro, 2011.

TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. **O estado de exceção a partir da obra de Giorgio Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2015.



A TECNOLOGIA DE RECONHECIMENTO FACIAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA: AVANÇOS E DESAFIOS

*Lucas Nogueira Holanda**
*Guilherme Otávio de Castro Luciano ***

Resumo: A Tecnologia de Reconhecimento Facial (RFA) é um importante mecanismo de identificação e catalogação a partir do reconhecimento de características por meio de Inteligência Artificial com uma grande importância na sociedade, principalmente no contexto da Pandemia da Covid19, na qual o mecanismo pode ser utilizado para identificar indivíduos sem a necessidade de toque em superfícies físicas, evitando a disseminação do vírus, além de facilitar a identificação de infratores a medidas de isolamento social. No entanto, existem dificuldades na implementação do mecanismo decorrentes principalmente de suas falhas técnicas na identificação de indivíduos, além da grande diferença relativa a percentagem de erro entre diferentes grupos étnicos e sociais. Tendo em vista a importância do mecanismo nesse difícil período pandêmico, objetiva-se identificar as principais dificuldades na implementação, bem como realizar reflexões a respeito da legislação que garante a aplicação do utensílio, em um embasamento qualitativo, explicativo e fulcrado em fontes bibliográficas, como artigos científicos e relatórios. Para que esta ferramenta cumpra seu papel nesse delicado período pandêmico, é importante uma análise das dificuldades inerentes à sua implementação e da disciplina legal que esta vem tomando, tendo em vista que sua função social depende, na qualidade de uma grande inovação da era digital, de seu aperfeiçoamento contínuo nas searas técnica, social e jurídica.

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). UFC. Pós-Graduado em Direito Tributário e Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. E-mail:lucaholandaadv@gmail.com

** Graduado pela Universidade de Fortaleza. Universidade de Fortaleza. E-mail: guilhermeocl@edu.unifor.br

Palavras-chave: Tecnologia de Reconhecimento Facial. Pandemia. Covid19. Banco de Dados. LGPD.

Abstract: Facial Recognition Technology (RFA) is an important identification and cataloging mechanism based on the recognition of characteristics through Artificial Intelligence with a great importance in society, especially in the context of the Covid19 Pandemic, in which the mechanism can be used to identify individuals without the need to touch physical surfaces, preventing the spread of the virus, in addition to facilitating the identification of social isolation measures offenders. However, there are difficulties in implementing the mechanism, mainly due to its technical failures in identifying individuals, in addition to the large difference in the percentage of error between different ethnic and social groups. In view of the importance of the mechanism in this difficult pandemic period, the objective is to identify the main difficulties in its implementation, as well as to bring reflections about the legislation that guarantees the application of the tool, in a qualitative, explanatory and based on bibliographical sources, such as scientific articles and reports. For this tool to fulfill its role in this delicate pandemic period, it is important to analyze the difficulties inherent in its implementation and the legal discipline it has been taking, given that its social function depends on, as any great innovation of the digital age, continuous improvement in the technical, social and legal fields.

Key-words: Facial Recognition Technology. Pandemic. Covid19. Database. LGPD.

Introdução

A Tecnologia de Reconhecimento Facial (RFA) tem adquirido cada vez mais importância em meio à Era Digital em razão de sua função de identificação e catalogação mediante identificação de características.

Em um contexto de Pandemia, as técnicas biométricas inerentes a este mecanismo são importantes para identificação de indivíduos sem a necessidade de contato com nenhuma substância física, além de facilitar a identificação de infratores de medidas de isolamento, numa evolução que garante a identificação de rostos mesmo com o uso da máscara.

Todavia, a tecnologia é eivada de algumas falhas no reconhecimento facial, problema que é agravado em razão da discrepante divergência no percentual de falhas quando diferentes grupos sociais são analisados em comparação.

Nesse contexto, mecanismos legais e regulamentação se tornam essenciais para a garantia de que essa importante ferramenta cumpra sua função social adequadamente durante o delicado período pandêmico pelo qual passa a humanidade.

A presente pesquisa tem caráter qualitativo, explicativo e bibliográfico, pautada em um método descritivo-analítico. Na primeira seção, será o analisada a Tecnologia de Reconhecimento facial em sai, com suas características e vantagens. Na segunda seção será analisada a relevância dessa ferramenta na pandemia. Por fim, na terceira seção, serão analisadas as adversidades que o uso da tecnologia vem encontrando, bem como o que dispõe a regulamentação sobre a questão atualmente.

1. A tecnologia de reconhecimento facial: avanços e perspectivas

O advento da era digital tem possibilitado cada vez mais o surgimento de novas tecnologias e utensílios, ocasionando verdadeira revolução nos hábitos de vida das pessoas. No entanto, as facilidades proporcionadas pelo mundo digital nem sempre são aproveitadas pelo ser humano de forma benéfica à sociedade, podendo ser catastróficas, quando acompanhadas do anonimato que a sociedade digital permite em determinadas situações. Dessa forma, ganham destaque os mecanismos de identificação, como a tecnologia de Reconhecimento Facial.

Este mecanismo é a evolução do estudo da antropometria, datiloscopia e papiloscopia, ciências que estudam as medições de partes do corpo, a fim de desenvolver um processo de classificação e catalogação. Portanto, a tecnologia de reconhecimento facial é uma prática que se encontra na intercessão entre a tecnologia de monitoramento e tecnologias de identificação (HUREL, 2019).

Nesse ínterim, a evolução das ciências supracitadas origina a biometria, ciência que analisa, reconhece ou especifica as características, físicas ou comportamentais de cada indivíduo e pode ser usada para fins de verificação ou identificação, por meio da combinação

entre a medição de características, a coleta de dados, a organização e a correção dos dados biométricos (SIQUEIRA, 2019).

Segundo Gates (2011), a biometria é a forma mais atual de se solucionar a intermediação da identificação de pessoas por meio do uso de métodos de estatísticas. Posto isso, verifica-se que a coleta do dado biométrico resulta na identificação do indivíduo não pelo documento ou senha a ele disponibilizado, mas pelo o que ele é de fato. Resultando na modificação do sistema de autenticação da identidade, passando de um objeto para um esquema de reconhecimento automatizado, seja por meio da face, da digital, da voz ou da íris.

A evolução do reconhecimento facial foi facilitada com advento da internet, sendo de grande relevância para o desenvolvimento e aprimoramento dos algoritmos de reconhecimento facial, tendo em vista que a internet fornece bases de dados intermináveis para a realização de testes para os novos sistemas técnicos de reconhecimento facial. Esse conjunto de dados biométricos coletados da internet serve como parâmetro para a implementação de nova tecnologias de reconhecimento facial, como a utilizada pela Facebook em sua rede social, que permite marcar contatos de forma automática, e o uso do *faceID* pela empresa Apple.

A Tecnologia de Reconhecimento Facial trouxe uma série de impactos positivos à sociedade brasileira, inclusive na realidade de combate à pandemia da COVID19 e seus efeitos catastróficos.

2. A importância da tecnologia de reconhecimento facial como suporte às medidas de isolamento social no combate à Covid-19

Em março de 2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou o início da pandemia de Covid-19. Conforme o ministério da Saúde (2019) “A COVID-19 é uma doença causada pelo *coronavírus*, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves” No Brasil a doença vem se alastrando e hoje, os casos já passam de 10 milhões (BRASIL, 2021). Diante disso, é do interesse do poder público, do setor privado e da sociedade a adoção de medidas para cessar a proliferação da doença.

Neste contexto, muitos países vêm buscando soluções tecnológicas para enfrentar a COVID-19. Entre essas soluções as mais utilizadas são as tecnologias de monitoramento que têm como objetivo reprimir o avanço da doença e proteger vidas. Em muitos países a tecnologia de reconhecimento facial tem sido a mais comumente utilizada para frear a disseminação de COVID-19. A inovação permite a identificação do indivíduo sem a realização de contato físico, e tem seu uso associado a outras tecnologias, como de medição de temperatura, o que aumenta sua eficácia no monitoramento de quem testa positivo ou apresenta sintomas (OCDE, 2020).

A Rússia, por exemplo, de posse de uma vigorosa infraestrutura de monitoramento, munida com 170.000 câmeras de reconhecimento facial, utiliza de todo esse aparato para realizar uma vigilância massificada, ocasião em que a polícia de Moscou identificou e multou mais de 200 pessoas por infringir a quarentena e o isolamento (GABRIEL; TEFFÉ, 2020).

Outrossim, a China, pioneira no uso do Reconhecimento Facial Automatizado (RFA), tem aplicado toda sua infraestrutura de vigilância no combate ao Covid-19, em seus portos, aeroportos e pelas as principais cidades. Esse mecanismo de vigilância pode ser um dos motivos do controle da pandemia no território chinês, pois as regras rígidas de isolamento social combinada com vigilância em massa tem conseguido garantir o controle das infecções (GABIREL; TEFFÉ, 2020).

Além disso, diante do aumento do uso da tecnologia para esse fim, empresas vêm desenvolvendo tecnologias que permitem a identificação de pessoas com precisão, mesmo que se tenha suas faces cobertas por máscaras. Tal tecnologia aliada com o tratamento massivo de dados e monitoramento de celulares tem sido uma aliada no combate ao COVID-19 em âmbito global (OCDE, 2020).

A tecnologia emergente pode ser uma ferramenta importante para ajudar entes governamentais e a sociedade no combate ao COVID-19, entretanto é necessária uma salvaguarda para os possíveis riscos que pode oferecer aos cidadãos.

3. Desafios e empecilhos na implementação da tecnologia

É importante destacar que a utilização desta tecnologia com o fito de salvaguardar direitos fundamentais, inclusive em delicadas circunstâncias de tutela emergencial da saúde pública, não elimina os problemas da tecnologia. É necessário ter cautela no uso do reconhecimento facial, pois existem riscos associados ao seu uso.

3.1 Deficiências constatadas na tecnologia de reconhecimento facial

A tecnologia de Reconhecimento Facial vem ganhando notoriedade em muitos campos de aplicação por conta da evolução da IA (Inteligência artificial) e da capacidade de armazenamento e processamento de dados, bem como da diminuição dos custos para adquirir a inovação (BHUTANI, 2017). Os sistemas de reconhecimento de rostos usam algoritmos para selecionar detalhes específicos e únicos de uma pessoa, seja em fotografias ou segmentos de vídeo. Desse modo são precisamente coletados dados como a distância dos olhos e forma do queixo, convertendo essas informações para uma representação matemática que é comparada com outros dados de face coletados previamente, e armazenado em banco de dados. (LYNCH, 2020).

A técnica biométrica facial pode, em primeiro momento, representar uma panacéia tecnológica para o monitoramento de pessoas inconscientes e irresponsáveis à situação pandêmica, pois a sua eficácia é supervalorizada pela opinião pública. Ocorre que a difusão desta tecnologia retira do homem médio a sensibilidade dos riscos que essa inovação pode representar para a sua liberdade. A inovação possui a habilidade de captar, identificar, catalogar e rastrear cidadãos, pois sua aplicação é feita por dado biométrico, tido como um dado sensível por conta da sua imutabilidade, isto pode acarretar em violações de direitos fundamentais e liberdades civis.

Nesse contexto, a imprecisão do sistema pode gerar dois tipos de falhas: o falso positivo, gerado quando o sistema de reconhecimento facial relaciona um rosto a uma imagem presente no banco de dados, mas a correspondência não condiz com o rosto captado; e o falso negativo, que ocorre quando o sistema, ao captar uma imagem, não consegue efetuar a autenticação da imagem com uma já existente no banco de dados (LYNCH, 2020). Diante

disso, a aplicação da tecnologia, em situações onde não se pode controlar as influências externas sobre a imagem captada, pode gerar situações vexatórias.

Nesta toada, os algoritmos utilizados na tecnologia de RFA apresentam erros de falso positivo em maior escala quando aplicados a indivíduos de pele mais escura, sendo as mulheres desse grupo as mais atingidas, conforme afirma a pesquisadora do Instituto de Tecnologia de *Massachussetts* - MIT, Joy Bulamwini. O estudo realizado na Universidade de Stanford testou três softwares de reconhecimento facial disponíveis no mercado, Microsoft, IBM e Face++. Neste estudo, denominado de *Gender Shades*, ficou constatado que a tecnologia de RFA das principais empresas mundiais apresentavam falhas direcionadas ao gênero e a cor dos indivíduos. Verificou-se, portanto, que a taxa de erro referente ao uso dos softwares em mulheres pretas é de 34,7%, contudo a taxa de erro máximo para homens brancos é de 0,8% (BULAMWINI, 2018).

Nesse contexto, em dezembro de 2019, um estudo realizado pelo *National Institute of Standards and Technology (*NIST) comprovou que a tecnologia poderia resultar na incidência de práticas racistas (RORDRIGUES; CARVALHO, 2020).

A tecnologia pode impactar direitos fundamentais, uma vez que a interferência na liberdade é potencializada pela aplicação da tecnologia a qual apresenta um índice de erro que não é uniformemente disseminado, assim, aqueles de pele mais escura, vítimas do erro do algoritmo, sofrem um tratamento desigual, contrariando os direitos fundamentais que proíbem qualquer tipo de discriminação em razão da cor de pele.

3.2 Reflexões para aprimoramento do uso da tecnologia

O uso do reconhecimento facial com diversas finalidades, inclusive no combate à COVID-19, faz emergir questionamentos importantes sobre privacidade e segurança de dados, uma vez que a inovação é utilizada, certas vezes, sem parâmetros legais ou orientações especificas.

O principal norte legal para a utilização do reconhecimento facial no Brasil é a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. A LGPD enquadra os dados biométricos como informações sensíveis considerando a sua importância e características únicas se comprados

com outros dados (art.5ª,II), prevendo uma serie de regramentos e condições para o tratamento dessas informações.

O reconhecimento facial deve ser precedido de cuidados antes da sua implementação, havendo respeito a legislação de proteção e dados e seus princípios. É importante que haja uma preocupação por parte dos governantes que devem atentar para os princípios positivados na LGPD em seu artigo 6º.

Neste sentido, considerando o conjunto de princípios estabelecidos pela legislação, bem como as práticas internacionais de proteção de dados relacionado ao uso do reconhecimento facial, faz-se necessário a adoção de medidas que visem reduzir o risco que o reconhecimento facial possa causar aos direitos fundamentais, com base se destaca 2 (duas) iniciativas essenciais para aplicação desta tecnologia, importante salienta que essa duas medidas não possuem caráter definitivo, mas são imprescindíveis para o tratamento correto de dados biométricos, são elas: a Proteção de Dados desde à concepção (*privacy by design)* e a Avaliação de Impacto aos dados pessoais.

No tocante à primeira estratégia, ressalta-se que a proteção de dados desde da concepção se traduz em um mecanismo que se esforça para garantir o máximo grau de privacidade e garantias, a fim de tornar inerente ao sistema a proteção de dados desde da sua concepção. A exemplo disso, podemos citar o aplicativo desenvolvido pelo Instituto Norueguês de Saúde Pública, o qual armazena as informações dos indivíduos pelo prazo máximo de 30 (trinta) dias e depois exclui as informações, bem como implementa criptografia para garantir a privacidade dos dados coletados (OCDE, 2020)

Em termos práticos, a Proteção de Dados desde da concepção consiste em uma medida cogente aos controladores para a implementação de medidas técnicas e organizacionais adequadas desenvolvidas para efetivar os princípios da proteção de dados, bem como definir os padrões de tratamento de dados com proposito definido, antes mesmo da coleta dos dados.

Antes de qualquer implementação da tecnologia, o controlador deve justificar com clareza a utilização e proporcionalidade do uso do RFA para atender ao proposito declarado, a fim de que a Agência Nacional De Proteção De Dados -ANPD ou outro órgão fiscalizador

possa validar a aplicação da tecnologia (SURVEILLANCE CAMERA CODE OF PRACTICE, 2019). Em seguida, é importante a **g**arantia de que o serviço prestado decorrente do RFA foi concebido levando em consideração os princípios da LGPD (INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, 2019).

Uma vez definida a implementação levando em consideração a proteção de dados desde da concepção do projeto, um segundo passo é avaliar os impactos da tecnologia de reconhecimento facial aos direitos dos titulares, a fim de ter ciência antes do processamento dos dados, se o tipo de tratamento representa um alto risco para os direito e liberdades individuais. Assim, é necessário um relatório prévio a implementação da tecnologia, no intuito de documentar os riscos e as salvaguardas necessárias.

Nesta perspectiva, é imprescindível que a utilização do RFA seja precedida de um relatório de impacto, que segundo a *Information Commissioner's Offce* (2019, *online*) deve conter:

> I –Explicações, de forma clara e abrangente, sobre o motivo pelo qual o RFA é considerado necessário na coleta dos dados biométricos na situação em concreto, bem como qual o motivo para não utilizar outras opções menos invasivas;
> II – Avaliações sobre a probabilidade de sucesso e eficácia na aplicação da tecnologia de RFA para a finalidade delimitada;
> III – Explicações sobre quais as medidas tomadas no intuito de eliminar possíveis efeitos negativos da tecnologia, como falso positivo e vieses do algoritmo;
> IV - É cediço que a tecnologia se encontra em constante evolução, neste sentido, os relatórios de impacto devem se sujeitar a revisões periódicas, devendo ser considerada qualquer modificação acerca do processamento ou dos riscos apresentados (Tradução Livre).

O relatório de risco conforme apresentado acima, encontra forte amparo na LGPD, entretanto, a lei não determina a adoção do relatório para o tratamento dos dados provenientes do sistema de reconhecimento faciais, questão deixada à discricionariedade da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, de acordo com o artigo 38 da LGPD:

> Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial (BRASIL, 2019).

Seria interessante numa perspectiva de implementação das tecnologias de reconhecimento que a ANPD regulamentasse e tornasse obrigatório do relatório de impacto para o tratamento dos dados sensíveis provenientes do sistema de reconhecimento facial, mas ainda não há disposição nesse sentido.

4. Conclusão

A Tecnologia de Reconhecimento Facial foi uma importante novidade trazida pela Era Digital e tem evoluído cada vez, à medida que crescem a coleta e processamento de dados e a inteligência artificial.

O mecanismo é de grande importância em períodos de pandemia, principalmente quando o agente infeccioso tem fácil adesão em superfícies físicas, como é o caso do Coronavírus, tendo em vista que a tecnologia torna desnecessário o toque, além de garantir o reconhecimento ainda que sob uso de máscara no rosto, no estágio de aprimoramento que se encontra no momento. No campo social, a tecnologia garante a identificação de infratores das medidas de isolamento, facilitando o sucesso do *law enforcement* na eficácia das medidas.

Todavia, a discrepante divergência no percentual de erros do mecanismo quando diferentes grupos sociais são comparados é preocupante e prejudicial aos direitos e garantias fundamentais de muitas minorias, principalmente no tocante ao princípio da isonomia e da não discriminação, além disso, a tecnologia ainda pode ser usada como uma ferramenta de controle massificado da população, colocando em riscos a liberdade e privacidade de muitos cidadãos.

A LGPD, na condição de dispositivo legal que regulamenta a proteção de dados, é importante na contenção do uso equivocado da tecnologia, mas o ordenamento brasileiro carece de uma normatização ainda mais específica. Um passo importante nesse objetivo, seria a obrigatoriedade de relatório de impacto para o tratamento dos dados sensíveis provenientes do sistema de reconhecimento facial, bem como a implementação de tecnologias que se preocupem com a privacidade dos dados desde de sua concepção.

Para além disso, a falta de debate claro e amplo sobre o assunto, a mídia que enaltece a tecnologia e a ignorância do homem médio sobre os riscos da tecnologia de reconhecimento facial torna seu uso controvertido. É necessário dialogo antes da implementação de medida de vigilância invasiva como reconhecimento facial.

Como toda a tecnologia, a RFA está longe da perfeição, contudo, ainda assim, tem muito a contribuir com a sociedade, tanto na atual circunstância de pandemia, quanto no vindouro

período de recuperação, desde que tenha um aperfeiçoamento contínuo nas searas técnica, social e jurídica.

Referências Bibliográficas

BIOMETRIC MARKET REPORT**. Estados Unidos**: Global Market Insights, v. 01, n. 01, 2020. Anual. Disponível em: https://www.gminsights.com/industry-analysis/biometrics-market. Acesso em: 01 mar. 2021.Disponível em: https://www.gminsights.com/industry-analysis/biometrics-market. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é COVID-19**, 2019. Disponível em: https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca. Acesso em: 02 mar. 2021

BUOLAMWINI, Joy. **Gender Shades**: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classication, Cambridge, MA. Sorelle A. Friedler and Christo Wilson. 2018. Disponível em: http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉ (França). **Facial recognition**: for a debate living up to the challenges. for a debate living up to the challenges. 2019. Disponível em: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/facial-recognition.pdf. Acesso em: 25 maio 2021.

GABRIEL, Anderson Paiva de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Ferramentas tecnológicas e controle da pandemia: quais os limites para o emprego da tecnologia?. **O Jota**. São Paulo, p. 01-10, 14 maio 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/ferramentas-tecnologicas-e-controle-da-pandemia-14062020. Acesso em: 01 mar. 2021.

HUREL, Louise Marie. Reconhecimento facial: regular, banir ou punir?. **Insight inteligência**. São Paulo, v.84, n.1, p.113-118, 2019. Disponível em: https://igarape.org.br/reconhecimento-facial-regular-banir-ou-punir/. Acesso em: 15 maio 2019.

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. **The use of live facial recognition technology by law enforcement in public places**. Disponível em: https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/Report%202019-01_Use%20of%20Facial%20Recognition%20Technology_02%2026%202019.pdf. Acesso em: 15 maio 2020.

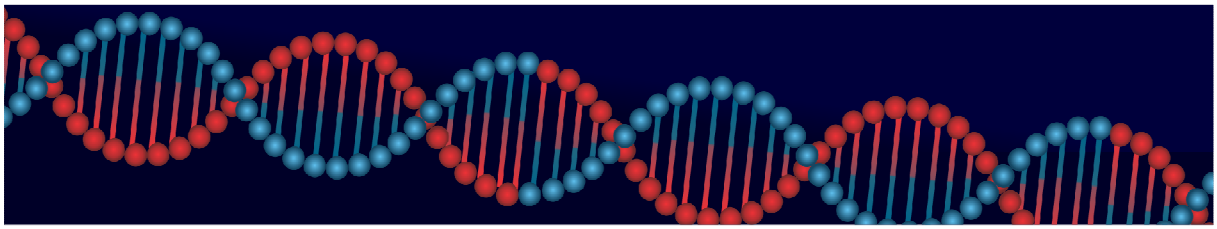
LYNCH, Jennifer. **Face Off**: LAW ENFORCEMENT USE OF FACE RECOGNITION TECHNOLOGY. Disponível em: https://www.eff.org/wp/law-enforcement-use-face-recognition. Acesso em 15 maio 2020.

OECD, The Organisation For Economic Co-Operation And development. **Rastreamento e monitoramento da COVID: proteção da privacidade e dos dados pessoais na utilização de aplicativos e biometria**. 2020. Disponível em: https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/rastreamento-e-monitoramento-da-covid-protecao-da-privacidade-e-dos-dados-pessoais-na-utilizacao-de-aplicativos-e-biometria-78260de1/. Acesso em: 20 jul. 2021.

RORDRIGUES, Danniel; CARVALHO, Otávio. A polemica racial e social concernente aos softwares de reconhecimento facial. **Estadão**, 01 de julho de 2020, online. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-polemica-racial-e-social-concernente-aos-softwares-de-reconhecimento-facial/. Acesso em: 16 de junho 2020 às 17:12.

SIQUEIRA, Debora. A tecnologia de reconhecimento facial aplicada à segurança pública. **O Jota info**, 2019 Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-tecnologia-de-reconhecimento-facial-aplicada-a-seguranca-publica-23072019#sdfootnote3sym. Acesso em: 18 maio 2020.

SURVEILLANCE CAMERA CODE OF PRACTICE. Tradução . London: Home Office, 2013. Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/surveillance-camera-code-of-practice. Acesso em: 24 maio 2021.



CARL SCHMITT E A DEMOCRACIA PARLAMENTAR NA REPÚBLICA DE WEIMAR

*Antônio Sidney da Silva**

Resumo: o presente trabalho tem como escopo abordar a concepção de democracia parlamentar através da visão do jurista alemão Carl Schmitt, tendo como problema "quais os elementos/princípios que norteiam a democracia no pensamento deste polemizado autor?". Para isto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica estudando o que já foi produzido sobre o tema, por meio de artigos científicos e livros, tanto de autores Schmitólogos (Gilberto Bercovici, Wendy Brown, dentre outros) quanto do próprio Schmitt (A Crise da Democracia Parlamentar, O Conceito do Político, Teoria da Constituição), com o intuito de fazer um levantamento bibliográfico. Entendeu-se que em seu pensamento, a democracia é uma forma política que busca a unificação política de um Estado através de um povo que se identifica como homens igual entre si, compreendida a partir de dois níveis argumentativos: i) nível conceitual ou analítico, e ii) nível fenomênico. No primeiro, o jurista alemão apresenta a essência da democracia: a identidade e a representação são os dois princípios político-formais os quais dão base a todos os sistemas democráticos. No segundo, descreve o fenômeno da política e mostra como todo agrupamento político democrático se sustenta sob aquele princípio de identidade. Schmitt, também, compreende a democracia como contrária aos Direitos Fundamentais, já que estes seriam um obstáculo ou resquícios da burguesia liberal, o que deve ser aniquilado da Constituição. Por fim, para Schmitt, a democracia parlamentar é fruto do liberalismo, não da democracia.

* Aluno do curso Bacharel em Direito, da Universidade Regional do Cariri - URCA, Ceará. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais - GEDHUF, da Universidade Regional do Cariri, com linha de pesquisa em Direito das Minorias, Direito Indígena e Direito do Idoso e Efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais, Direito das Famílias e Educação em Direitos Humanos. Integrante do Grupo de Pesquisa Norma, Ordem e Justiça. Pesquisador autônomo do Estado de Exceção, Nazismo e Ditadura Militar no Brasil (1964-1985) e na América Latina.

Palavras chave: Carl Schmitt. Democracia Parlamentar. República de Weimar.

Resumen: el presente trabajo tiene como alcance abordar la concepción de democracia parlamentaria a través de la visión del jurista alemán Carl Schmitt, teniendo como problema "¿cuáles son los elementos / principios que orientan la democracia en el pensamiento de este controvertido autor?".Para ello, se realizó una investigación bibliográfica, estudiando lo ya producido sobre el tema, a través de artículos científicos y libros, tanto de autores schmitólogos (Gilberto Bercovici, Wendy Brown, entre otros) como del propio Schmitt (La crisis de la Democracia Parlamentaria, El Concepto de Político, Teoría de la Constitución), con el fin de realizar un relevamiento bibliográfico. Se entendió que en su pensamiento, la democracia es una forma política que busca la unificación política de un Estado a través de un pueblo que se identifica como hombres iguales entre sí, entendido desde dos niveles argumentativos: i) nivel conceptual o analítico, y ii) nivel fenomenal. En el primero, el jurista alemán presenta la esencia de la democracia: identidad y representación son los dos principios políticos formales que subyacen a todos los sistemas democráticos. En el segundo, describe el fenómeno de la política y muestra cómo toda agrupación política democrática se sustenta en ese principio de identidad. Schmitt también entiende la democracia como contraria a los Derechos Fundamentales, ya que estos serían un obstáculo o remanente de la burguesía liberal, que debe ser aniquilada de la Constitución. Finalmente, para Schmitt, la democracia parlamentaria es el resultado del liberalismo, no de la democracia.

Palabras clave: Carl Schmitt. Democracia parlamentaria. República de Weimar.

1. Introdução

O presente artigo tem como fito o estudo da concepção de Democracia tendo como ponto de partida o pensamento do influente e controverso jurista alemão Carl Schmitt (1888-1985), tendo como pergunta problema "quais os elementos/princípios que norteiam a democracia no pensamento deste autor?". Para isto, realizou-se uma pesquisa de abordagem qualitativa de natureza bibliográfica utilizando trabalhos de autores especialistas no pensamento do referido jurista, os chamados Schmitólogos, tais como os brasileiros Gilberto Bercovici (2003, 2006), Tiago Klein (2010), Paulo Sávio Peixoto Maia (2010), e a inglesa

Wendy Brown (2019), além do próprio Shcmitt nos seus livros: “A Crise da Democracia Parlamentar” (publicado em 1923), “O Conceito do Político” (publicado em 1932) e “Teoria da Constituição” (1928).

A principal motivação para sustentar o presente artigo, reside na importância que o tema possui para a sociedade atual e acadêmica, visto a derrocada indolente da democracia no mundo, incluindo-se o Brasil e a Alemanha,[1] berço do autor em estudo. Observa-se semelhanças no modelo de democracia pensado e exposto por atuais políticos de extrema direita e a teoria de Carl Schmitt.

Este trabalho divide-se em três partes. Inicialmente parte-se do entendimento de que Carl Schmitt entende a democracia como uma forma política que busca a unificação política de um Estado através de um povo que se identifica como homens iguais entre si, e a desenvolve a partir de dois níveis argumentativos: i) nível conceitual ou analítico, e ii) nível fenomênico.

No primeiro, o jurista alemão apresenta a essência da democracia: a identidade e a representação são os dois princípios político-formais os quais dão base a todos os sistemas democráticos. Schmitt entende a democracia como unidade política decorrente do princípio da identidade do povo em sua existência concreta consigo mesmo. A identidade ou igualdade substancial seria o princípio político autenticamente democrático, logo a democracia é a identidade entre dominadores e dominados. Desta forma, o povo só se configura como tal quando é capaz de decidir/aclamar, sem isso a unidade política do povo nunca chega a ser uma identidade real.

No segundo, descreve o fenômeno da política e mostra como todo agrupamento político democrático se sustenta sob o princípio de identidade. Merece destaque o fato de Schmitt ser contrário aos direitos fundamentais (2ª parte da Constituição de Weimar) pois

[1] No Brasil, desde a segunda metade da década de 2010, surgiu um movimento ultradireitista (erroneamente confundido com conservadorismo) que tem como fundamento a não respeitabilidade ao outro que não pensa tal qual este grupo. Tal movimento é encabeçado pela família de Jair Bolsonaro, atual presidente do Brasil. Na Alemanha, Beatrix von Storch, neta de Ludwig Schwerin von Krosigk, que foi ministro das Finanças de Adolf Hitler no regime nazista, encabeça, desde 2013, o partido de extrema-direita *“Alternative für Deutschland”* (Alternativa para a Alemanha), neonazista com ideias antissemitas e anti-imigrantes, racistas, supremacistas brancos e ditatoriais. Observa-se semelhanças cruciais entre os dois movimentos: 1) rejeição das regras democráticas; 2) negação da legitimidade dos oponentes políticos; 3) encorajamento à violência; 4) propensão a liberdades civis de rivais políticos; 5) aversão à imprensa livre.

estes representariam ideais socialistas. Já a estrutura organizacional da constituição (1ª parte), seria essencialmente burguesa, influenciada pela Revolução Francesa, fruto do liberalismo econômico não da democracia em si.

2. Democracia da identidade e sistema parlamentar em carl schmitt

Carl Schmitt (1888-1985) foi um dos grandes juristas do século XX. Sua grandeza também abarca suas controversas. Ideólogo do estado de exceção, talvez seja o último metafísico do pensamento jurídico.[2] Sua bibliografia é maculada por sua filiação ao Nacional Socialismo alemão. Pontes (2021) expõe que Schmitt, "durante a República de Weimar, empreendeu implacável oposição ao liberalismo e ao pluralismo consubstanciados na Constituição alemã de 1919 e advogou uma teoria jurídico-política autoritária no raso e nas profundezas. Em 1933 [...] se filiou ao Partido Nazista". Por conta de tal decisão, mesmo tendo sido perseguido, posteriormente pelo regime nazista, é tido, ainda que equivocadamente, como um dos responsáveis intelectuais pelos desastres causados por Hitler e seus asseclas durante a Alemanha Nazista (1933-1945).

No entanto, é inegável que o pensamento em torno da democracia no Estado constitucional no século XX ganha força incomensurável com sua figura. Em Schmitt, a democracia é uma forma política que busca a unificação política de um Estado através de um povo que se identifica como homens iguais entre si. Na leitura de Klein (2010), tal teoria é desenvolvida a partir de dois níveis argumentativos: i) nível conceitual ou analítico, e ii) nível fenomênico, os quais iremos discorrer nestas páginas.

No primeiro nível, Schmitt apresenta o que entende ser a essência da noção de democracia. Para isto, o jurista de Plettenberg defende que identidade e a [não]representação são princípios político-formais que dão base a todos os sistemas democráticos. Desta forma, é através destes dois princípios que o povo pode alcançar e manter sua unidade política. Conforme leitura de Gilberto Bercovici, o jurista alemão entende que "o princípio político autenticamente democrático não é o da liberdade, mas o da identidade ou igualdade substancial [do povo]" (BERCOVICI, 2008, p.03). Nas palavras de Schmitt, "a identidade

[2] UNIVERJURIS: **UniverJuris #01 - Carl Schmitt.** [locução de]: Antonio Sidney da Silva. [S.l.]: Produção Independente, 21 de dez. de 2020. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/3grAGS90oMgbjUhu0BnQS8. Acesso em: 30 de jul. 2021.

democrática descansa na ideia de que tudo o que há dentro do Estado como atuação do Poder estatal e como Governo permanece dentro da homogeneidade substancial (tradução nossa)"[2] (SCHMITT, 1982, p.233). Homogeneidade substancial deve ser entendida como a constituição de um corpo social baseada em integrantes do povo que compartilhem uma substância comum (raça, fé, tradição, etc.),[3] isto seria primordial em contraposição a outros povos, potencialmente inimigos.

No que se refere ao segundo nível, "Schmitt pretende descrever o fenômeno da política e mostrar como todo agrupamento político democrático se sustenta sob aquele princípio de identidade" (KLEIN, 2010, p.140). Para isso, é de se asseverar que Schmitt possui uma visão grega clássica do que seria democracia: essa se fundamenta na igualdade, não na liberdade. Conforme Brown (2019, p.34) "os atenienses podem ter valorizado a liberdade, mas entenderam que a democracia está ancorada na igualdade". Ora, igualdade para os iguais. Para os não iguais: exclusão. O outro é o heterogêneo, não pertencente ao grupo social, não compartilhador de cultura, de crenças e de etnias comuns, logo deve ser excluído.[4] Citando a relação da democracia ateniense e o Império britânico com os demais povos, o tedesco expõe:

> Os habitantes circunscritos aos Estados da Democracia ateniense, assim como os do Império Britânico, não tinham todos os mesmos direitos políticos. Dos mais de quatrocentos milhões de habitantes do império Britânico, mais de trezentos milhões não eram cidadãos ingleses. Quando se falava em "direitos universais" de voto ou de voz e de igualdade "total", essas centenas de milhões que viviam sob a democracia inglesa eram naturalmente ignorados, tanto quanto os escravos da democracia ateniense (SCHMITT, 1996, p. 11).

Para Schmitt, na verdadeira democracia "está implícito que não só o igual seja tratado igualmente, mas que, como consequência inevitável, o não igual seja tratado de modo diferente. Portanto, a democracia deve, em primeiro lugar, ter homogeneidade e, em segundo, - se for preciso, eliminar ou aniquilar o heterogêneo" (Idem. p.10). Posteriormente, em 1933,

---

[2] "La identidad democrática descansa en la idea de que todo lo que hay dentro del Estado como actuación del Poder estatal y como Gobierno permanece dentro de la homogeneidad sustancial. Todo pensamento democrático se mueve con clara necesidad en ideas de inmanencia" (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madri: Alianza, 1982, p.233).

[3] "não se trata, no caso da igualdade, de uma brincadeira abstrata, lógico-aritmética, mas sim da própria substância da igualdade, que pode ser encontrada em qualidades físicas e morais" (SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar.** São Paulo: Scritta, 1996).

[4] "A força política de uma democracia se evidencia quando mantém distância ou afasta tudo o que é estranho e diferente, o que ameaça a homogeneidade" (SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar.** São Paulo: Scritta, 1996).

este pensamento seria utilizado como fundamentação para a Alemanha Nazista de Adolf Hitler (1933-1945).[5]

> Schmitt faz questão de deixar muito claro que o Estado somente existe como unidade política se ele consegue determinar, igualmente, o "inimigo interno". A igualdade democrática seria um fim que justificaria meios de "declaração de hostilidade". Bem explicado, mais que justificar as hostilidades, a igualdade democrática precisa delas, sob pena de padecer sua própria existência. Desterro, banimento, prisão: modos mediante os quais a homogeneidade democrática depura todo elemento heterogêneo, e assim constrói a sua identidade (MAIA, 2010, p. 169).

Em razão disso, hodiernamente, podemos afirmar que uma democracia da identidade baseada nos padrões schmittianos não representa o Estado Constitucional vigente, visto que esta representa a negação do convívio democrático com respeito e inclusão do outro, do diferente. Mesmo sabendo, nos dizeres de Bobbio (2014, p. 35), que "existem dificuldades intrínsecas à própria forma do regime democrático", a essência da democracia moderna é o convívio com o heterônomo e o respeito à diferença, seja ela qual for.

No que se refere à representação (ou à não representação), o escritor tedesco afirma que esta "parte da ideia de que a unidade política do povo como tal nunca pode se achar presente em uma identidade real e, por isso, tem que estar representada pessoalmente por homens (tradução nossa)"[6] (SCHMITT, 1982, p.205). Assim, não há possibilidade de este ser representado por terceiros se não por si mesmo "porque necessita estar presente, e só um ausente pode estar representado" (Idem. p.238).[7] Logo, "o povo não é representado na sua existência natural [...] Tampouco os interesses particulares, os seres privados ou o ser empírico particular podem ser representados num sentido especificamente político" (BRANCO, 2017, p.499).

Mais uma vez merece destaque o fato de Schmitt defender uma democracia aos moldes da que os atenienses tinham na Antiguidade (século V a.C.): a Democracia Direta. Logo, o regime democrático baseado na identidade é aquele no qual o grupo social

---

[5] Vide Jean François KERVÉGAN, ***Hegel, Carl Schmitt*****:** Le Politique entre Spéculation et Positivité, Paris, PUF, 1992.

[6] "El principio contrapuesto [representação] parte de la idea de que la unidad politica del pueblo como tal nunca puede hallarse presente en identidad real, y por ello tiene que estar siempre *representada* personalmente por hombres" (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madri: Alianza, 1982, p.233).

[7] "No puede ser representado, porque necesita estar presente, y sólo un ausente puede estar representado" (Idem. p.238).

homogêneo “tornaria prescindíveis o debate público e o voto secreto. Para tomar decisões, se reuniria publicamente e exerceria seu poder de forma direta, por meio do que o jurista chama de “aclamação” (*aclamatio*), dizendo “sim” ou “não” ao que lhe é perguntado” (PONTES, 2021). Desta forma, o povo só se configura como tal quando compartilha uma identidade e é capaz de decidir/aclamar, sem isso a unidade política do povo nunca chegará a uma democracia verdadeiramente.

A democracia pensada por Schmitt é contrária aos direitos fundamentais já que estes eram vistos, tanto pelo autor em estudo quanto por todos os opositores da República, como “um obstáculo desprezível, um resquício da burguesia liberal do século XIX, que deveria desaparecer da sociedade alemã vindoura” (BERCOVICI, 2003, p. 16). No entanto, em *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição) Schmitt entende que os direitos fundamentais poderiam servir para estabelecer o tipo e a estrutura da comunidade nacional homogênea. Eis a Igualdade Normativa. No entanto, deve-se entender que a igualdade normativa, para o jurista de Plenttenberg, só surgiria em um segundo momento: na formalização da igualdade dos já substancialmente iguais. Assim, promoveria igualdade de direitos, igualdade no acesso a cargos públicos e sufrágio universal, por exemplo.

Sobre o Parlamentarismo, em resposta a Richard Thoma,[8] na segunda edição do livro *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (A Crise da Democracia Parlamentar), em 1926, Schmitt expõe que as disposições e normas parlamentaristas baseiam-se em dois princípios norteadores: discussão e da publicidade. No entanto, estes tornaram-se vazios no contexto da democracia weimariana, em decorrência de os interesses particulares dos integrantes dos partidos passarem a ter prioridade em relação ao bem comum da homogeneidade alemã. Schmitt afirma que:

> Os partidos (que de acordo com o texto da constituição escrita nem existem oficialmente) atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poder sociais ou econômicos, que calculam os interesses e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses fundamentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões (SCHMITT, 1996, p. 08).

Ao considerar que o parlamentarismo não deve ser confundido com democracia, o jurista alemão enfatiza a crença no sistema parlamentar pertence ao mundo intelectual do

[8] Richard Thoma foi um professor, advogado e teórico da constituição alemão da República de Weimar.

liberalismo, não à democracia. Ora, a democracia não implica discussão, mas sim, como já exposto, ter homogeneidade e eliminar ou o heterogêneo, caso haja necessidade. Por tais diferenças, um pode existir sem o outro.[9] Como pertencente ao o liberalismo, o sistema parlamentar defende os interesses dos partidos e de seus integrantes. Na realidade do parlamentarismo brasileiro de hoje, saindo um pouco do contexto de Weimar, observa-se a predominância de uma elite composta, principalmente, por homem, branco, casado e com ensino superior.

Considerações Finais

Por fim, no decorrer deste artigo, respondendo à pergunta problema inicial, observou-se que Carl Schmitt desenvolveu seu polêmico pensamento sobre a democracia parlamentar baseado no princípio da identidade e contrário aos direitos fundamentais constantes na Carta de Weimar (1919). Porém, sua teoria encontra problemas e limites, "os quais se aliam a um receio, historicamente justificado pelo regime nazista, dos seus possíveis desdobramentos" (KLEIN, 2010, p.155). Como exemplo temos a ideia de homogeneidade, que não condiz com a concepção democrática que temos entendimento pacífico hoje.

Observou-se também que Schmitt é verdadeiramente um autoritário. Sua visão democrática busca a supremacia de um povo em relação aos demais. No decorrer do texto explicita-se diversas passagens que sustentam tal afirmação. Ora, ao aniquilar o não igual a pluralidade política esfalece-se, desta forma, a democracia sucumbe. Não há que se falar em democracia sem o convívio com a diferença. Atualmente, observa-se um avanço de pensamentos como os de Carl Schmitt, o que mostra que a obra deste autor continua atual e deve ser estudada.

Desta forma, atualmente sugere-se a leitura de Carl Schmitt e seu modo de pensar a Democracia, bem como a Política, com o objetivo de compreender o pensamento reacionário surgido no Brasil nos últimos anos, no que se refere à democracia, principalmente quando o lapso temporal entre a efeméride das Primeira e Segunda Guerras Mundiais ou do Golpe de 1964 no Brasil e hodiernamente aumenta-se constantemente. A essência democrática é a

[9] Schmitt é enfático ao afirmar que "pode existir uma democracia sem aquilo que chamamos de sistema parlamentar moderno, e pode existir um sistema parlamentar sem democracia" (SCHMITT, 1996, p. 32).

heterogeneidade, o convívio e o respeito ao outro tal qual ele é, não sendo sua aniquilação um ato democrático, porém, contrário a isto.

Referências Bibliográficas

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião Da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, p. 195-201, jan. 2003. Semestral. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/296872559.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

_____. **Democracia, Inclusão Social e Igualdade**. *In:* XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2006, Fortaleza - CE. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/043.pdf. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. **Entre o Estado Total e o Estado Social**: atualidade do debate sobre o direito, estado e economia na república de Weimar. 2003. 172 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direito Econômico e Financeiro, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/publico/Gilberto_Bercovici_TeseLD.pdf. Acesso em: 06 jun. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Qual democracia?**. 3. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

BRANCO, Pedro Hermínio Villas Bôas Castelo. Decisão como mediação e representação em Carl Schmitt. **Revista de Filosofia Aurora**, [S.L.], v. 29, n. 47, p. 481-502, 1 set. 2017. Pontificia Universidade Catolica do Parana - PUCPR. Disponível em: https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/7301/18623. Acesso em: 07 jun. 2021.

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo.** São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.

KLEIN, Joel Tiago. A teoria da democracia de Carl Schmitt. **Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)**, v. 16, n. 25, p. 139-156, 23 set. 2010. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/444. Acesso em: 30 mai. 2021.

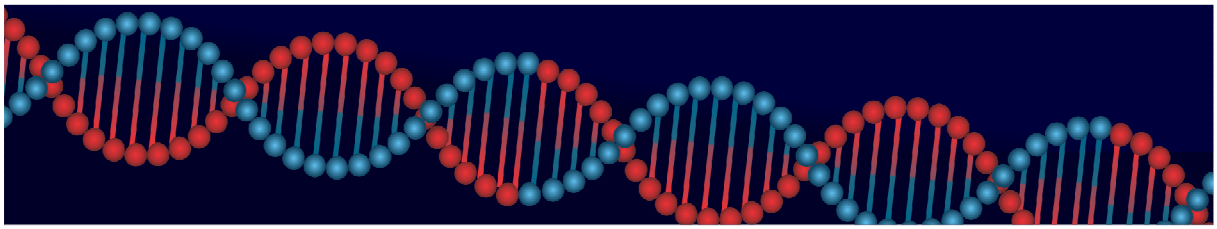
MAIA, Paulo Sávio Peixoto. A crítica de Carl Schmitt à democracia parlamentar: representação política como ato de fé, plebiscito como condição da identidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 185, p. 161-177, jan. 2010. Trimestral. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198665/000881215.pdf?sequence=1. Acesso em: 5 jun. 2021.

PONTES, Juliana Fonseca. **A serpente no ovo**: Carl Schmitt e as democracias do século XXI. Carl Schmitt e as democracias do século XXI. 2021. Disponível em: https://estadodaarte.estadao.com.br/carl-schmitt-jfp/. Acesso em: 29 jul. 2021.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar.** São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **O conceito do político.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Teoría de la constitución.** Madrid: Alianza Editorial, 1982.



COVID-19 E A TRANSIÇÃO PARA O HOME-OFFICE: A REDUÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR E O IMPACTO SOFRIDO PELOS TRABALHADORES

*Isabela de Souza Guimarães**

Resumo: A pandemia da COVID-19 alterou as interações humanas em todos os aspectos. O medo do contato direito e as políticas públicas de prevenção e contenção do vírus surtiram efeito não apenas nas relações sociais, mas também no ambiente de trabalho. Fato que muito impactou o funcionamento de indústrias, de comércios e de instituições que tiveram de fechar suas portas e adotar um sistema de trabalho que pudesse ser colocado em prática preservando o distanciamento social. Foi nesse contexto que o *home-office* emergiu como a nova forma de lidar com o trabalho, e a adoção da modalidade trouxe à tona questionamentos de cunho jurídico e reflexões sobre como será a forma de se trabalhar nos tempos vindouros. Utilizando de uma abordagem qualitativa, documental e bibliográfica, o objetivo do presente trabalho é analisar o teletrabalho e como a transição abrupta do trabalho presencial para o remoto pode impactar os trabalhadores. Observando que apesar de necessário para enfrentar a pandemia vivida, a rápida transição para o *home-office* trouxe consigo algumas questões que podem afetar negativamente a rotina dos trabalhadores, causando-lhe danos materiais e emocionais.

Palavras-chave: pandemia, home-office, trabalho.

Abstract: The pandemic of COVID-19 changed the human interactions in all aspects. The fear of direct contact and the public policy of prevention and containment of the virus brings efects not only in the social relacions, but also on the work environment. This fact had a huge

* Graduanda em Direito; URCA – Universidade Regional do Cariri; isabela.guimaraes@urca.br

impact on industry operation, on commerce and on intitutions that had to close their doors and adopt a sistem of work that could be realized preserving the social distance.It was in this context that the home office emerged as a new form of dealing with the work, and the adoption of the modality brings out legal questions and reflexions about how will be the work form in the future. Using a qualitative, documentary and bibliographic approach, the goal of this work is analyze the home office and how the abrupt transition of presencial work to a remot one can impact the workers. Although necessary to face the pandemic experienced, the quick transition to the home office brought some issues that can have a negative impact to the workers routine, causing material and emocional damages.

Keywords: pandemic, home office, work.

1. Introdução

Em meados de dezembro de 2019, em terras deveras distantes das tupiniquins uma estranha doença passou a assolar a população. Não demorou muito para que o vírus responsável pela severa enfermidade começasse a se espalhar pelo globo e, menos de dois meses depois, o primeiro caso foi confirmado no Brasil. A partir de então o número de pessoas contaminadas cresceu em progressão geométrica e a pandemia mudou drasticamente a rotina dos brasileiros.

Essa crise tornou necessária a adoção de medidas de contenção e prevenção da doença, fato gerador de um indeclinável distanciamento social que surtiu efeito não apenas na esfera social, como também na profissional. Destarte esse quadro enfrentado por empregados e empregadores, o *home-office* se mostrou não apenas mais benéfico, também necessário.

Entretanto, a transição abrupta entre o trabalho presencial e o remoto traz à tona questionamentos como a forma de realização do trabalho, as condições de trabalho, a flexibilização dos direitos trabalhistas, as dificuldades e facilidades da modalidade em comento, a alteração da jornada de trabalho assim como dos salários e a possibilidade de migração definitiva do trabalho presencial para o remoto.

O presente artigo não tem por objetivo exaurir o tema ou responder todas as questões supracitadas, mas fazer estudo sobre os principais aspectos e impactos da modalidade na vida dos trabalhadores brasileiros que foram a ela submetidos por conta da crise gerada pela pandemia.

Foi utilizada como metodologia uma abordagem qualitativa, de natureza básica e com objetivos exploratórios e descritivos, possuindo procedimento documental e bibliográfico. Analisar-se-á a relação da pandemia com o trabalho remoto, a relação estabelecida entre empregadores e empregados sujeitos ao desafio e o impacto do teletrabalho na rotina destes trabalhadores.

2. Pandemia e home-office

A pandemia de COVID-19 alterou drasticamente a vida dos brasileiros. Desta feita, a rotina de instituições, escritórios, fábricas e comércios precisou mudar e se adaptar à nova forma de lidar com o trabalho. As medidas preventivas e de contenção do vírus impuseram desafios aos trabalhadores que precisaram se reinventar e se adaptar ao "novo normal".

Ante o desafio, o *home-office*, referenciado na literatura brasileira como teletrabalho, nomenclatura adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), também chamado de trabalho remoto, mostrou-se a modalidade mais benéfica e adequada para enfrentar o cenário pandêmico.

O teletrabalho compreende as atividades que podem ser realizadas fora do espaço físico da empresa. Conforme afirma Sidnei Machado "é uma forma de trabalho efetuado fora da empresa central e do centro produtivo e que implica uma nova tecnologia, que permite a separação e facilita a comunicação". (MACHADO, 2009, p. 131)

Essa modalidade de trabalho estava, inicialmente, regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em seu artigo 6º:

> "Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego."

De acordo com o dispositivo supracitado, não é necessário que o empregado esteja trabalhando no estabelecimento do empregador para que seja considerado como tal. Dessa maneira, mesmo que o trabalho seja executado em local distante da empresa, o empregado deverá ter os mesmos direitos daquele que exerce sua função de forma presencial.

Após a reforma trabalhista o teletrabalho foi regulamentado de forma mais específica pela Lei nº 13.467/2017, situando-se no Capítulo II-A da CLT, detalhado nos artigos 75-A a 75-E e que definem suas condições:

> "Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.
>
> Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho."

3. O *home-office* e a redução da responsabilidade do empregador

Assim dispõe o artigo 75-D e 75-E da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

> "Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.
> Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.
> Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.
> Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador."

Se por um lado os supramencionados dispositivos impõem ao empregador dever em relação ao empregado em modalidade remota, por outro lado eles mitigam a sua responsabilidade. Isso acontece porque eles permitem que as partes estabeleçam, mediante contrato escrito, a responsabilização referente à aquisição, manutenção e fornecimento de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária para a realização do trabalho.

Esses dispositivos, conforme afirma o Ministério Público do Trabalho (MPT), em sua nota técnica nº 08/2017 são dotados de certa inconstitucionalidade, uma vez que transferem ou autorizam a transferência de parte dos custos e dos riscos da atividade laboral para o

empregado. Tal cenário é incompatível com direitos positivados na Constituição em seu artigo 7º, IV, VI e VII.

Essa incompatibilidade se dá porque, permitindo que haja transferência de custos e riscos do empregador para o empregado, a irredutibilidade do salário poderá ser comprometida. Ademais, ao fixar como sua única obrigação, nesta modalidade, a de instruir os empregados, é reduzida a eficácia da norma presente no artigo 7º, XXII, que garante o direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho.

4. Impacto da adoção do *home-office* para o empregado

O controvertido tema é de relevância para o cenário atual, pois evidente se faz que a necessidade de realizar em casa o trabalho antes prestado no local físico da empresa, sobretudo de maneira repentina como a imposta pela crise exposta, impõe ônus aos empregados que antes eram do empregador.

Isso se dá, porque exercendo sua função em ambiente doméstico os trabalhadores têm de arcar com despesas que antes eram de custeio da empresa, como o gasto com energia elétrica, o melhoramento do seu serviço de internet e a aquisição de instrumentos e tecnologias que possibilitem a realização do seu trabalho.

Em pesquisa sobre as condições dos trabalhadores em home-office realizada na área do trabalho da Universidade Federal do Paraná (UFPR), do Grupo de Estudos Trabalho e Sociedade (GETS) com parceria da Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista (REMIR), foram coletados dados de relevância para o estudo em questão.

De acordo com a mencionada pesquisa, em avaliação das condições dos equipamentos e tecnologias disponíveis em casa, 51% dos entrevistados afirmaram ter condições razoáveis, pois possuíam parte das tecnologias necessárias e 4% disseram não dispor dos equipamentos.

Quanto ao local de trabalho remoto, 57% relataram possuir um local razoável de trabalho, enquanto 12% afirmaram estar em péssimas condições. Ademais, 52% disseram ter gastos pessoais para realizar o trabalho remoto e 41,50% afirmaram não receber qualquer

ajuda da empresa para a aquisição dos materiais. Observa-se, pois, que uma grande parcela mostrou-se prejudicada total ou parcialmente, pois não usufrui de boas condições laborais.

Outrossim, a falta de distância entre o ambiente de trabalho e de descanso ou lazer imposta pela modalidade remota, pois todos são realizados no mesmo lugar. Emerge como problemática, visto que não a não separação entre os ambientes pode gerar dificuldade em conseguir desligar-se do trabalho como aponta o pesquisador Jefferson Peixoto em sua tese: “Invasão multiforme da vida pelo trabalho entre professores de educação básica e repercussões sobre a saúde”.

O estudo sobre o desgaste mental dos professores ajuda a entender o problema, conforme afirma Peixoto: “A invasão da vida pelo trabalho que identificamos em nosso estudo, contudo, não ocorre de modo único e linear, mas complexo e multiforme. Basicamente, duas dimensões dessa invasão foram encontradas, uma material e outra não material.” (SILVA; FISCHER, 2020)

Segundo ele a invasão material consiste em não desligar-se do trabalho, havendo sempre algo que precise ser iniciado ou concluído. Já o desgaste não material está no sentido emocional, na sobrecarga psíquica de não conseguir desvincular-se dos afazeres, gerando uma sensação de insuficiência, frustação e estresse.

Versando o tema, segundo o supracitado estudo feito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), ao questionar sobre a alteração do ritmo de trabalho 48,45% dos entrevistados afirmaram precisar trabalhar em ritmo mais acelerado e 61,15% disseram ter encontrado dificuldade para realizar o trabalho remoto.

Ainda segundo a pesquisa é notório que houve um aumento nos dias trabalhados durante a semana, fato gerado pela supramencionada falta de divisão entre o horário de trabalho e de descanso.

Considerações finais

Conclui-se, portanto, que o trabalho em *home-office*, apesar de solução válida para a enfrentar a crise laboral gerada pela pandemia de COVID-19, possui reflexos prejudiciais ao

trabalhadores. Para mais, o instituto do teletrabalho necessita ser revisado e aperfeiçoado, a fim de garantir mais segurança jurídica aos trabalhadores. Respeitando os direitos fundamentais positivados pela Constituição Federal em seu artigo 7º. Configurando-se não apenas em uma modalidade mais viável, mas garantindo também bem-estar aos trabalhadores submetidos ao sistema.

Referências Bibliográficas

BRIDI, Maria Aparecida; Fernanda Ribas Bohler, Alexandre Pilan Zanoni. **Relatório técnico-científico da pesquisa:** o trabalho remoto/home-office no contexto da pandemia Covid-19. Curitiba: UFPR, GETS, REMIR, 2020.

LIMA, Jacob; BRIDI, Maria Aparecida. **Trabalho digital, emprego e flexibilização: a reforma trabalhista e o aprofundamento da precariedade**. vol.32 no.86. Salvador: Caderno CRH, 2019.

MACHADO, S. **A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva**. São Paulo: LTr, 2009.

MACHADO, Costa; ZAINAGHI, Domingos Sávio. **CLT Interpretada:** artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 11. ed. rev. e atual. Barueri-SP: Manole, 2020. 1188 p. v. único.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Nota técnica nº 8, de 16 de junho de 2017**. Disponível em http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/ce4b9848-f7e4-4737-8d81-6b3c6470e4ad/Nota+t%C3%A9cnica+n%C2%BA+8.2017.pdf?MOD=AJPERES&CVID=lPCHY69 Acesso em: 15.02.2019.
» http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/ce4b9848-f7e4-4737-8d81-6b3c6470e4ad/Nota+t%C3%A9cnica+n%C2%BA+8.2017.pdf?MOD=AJPERES&CVID=lPCHY69.

PESSOA, Felippe. **Saiba tudo sobre direitos trabalhistas no home office, trabalho remoto, durante a pandemia.** JC notícias, UOL, p. 1-9, 22 mar. 2021. Disponível em: https://jc.ne10.uol.com.br/colunas/carreiras-e-mercado-de-trabalho/2021/03/12042708-saiba-tudo-sobre-direitos-trabalhistas-no-home-office-trabalho-remoto-durante-a-pandemia.html?utm_source=carreiras&utm_medium=google-ads&utm_campaign=direitos-trabalhistas. Acesso em: 12 jul. 2021.

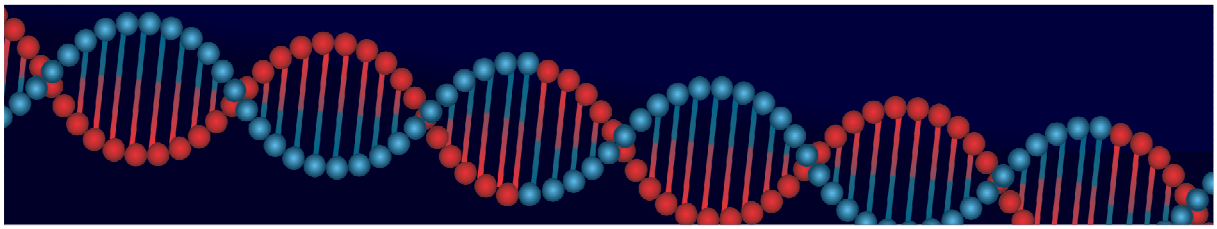
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [*S. l.*: *s. n.*], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. DECRETO-LEI nº Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943, de 22 de julho de 2021. **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**, [*S. l.*], 1 maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

SANAR SAÚDE. **Linha do tempo do Coronavírus no Brasil**. Sanar Saúde, [*S. l.*], p. 1-100, 18 mar. 2020. Disponível em: https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil. Acesso em: 12 jul. 2021.

SILVA, Jefferson Peixoto da; FISCHER, Frida Marina. **Invasão multiforme da vida pelo trabalho entre professores de educação básica e repercussões sobre a saúde**. Rev Saúde Pública 54, SciELO Brasil, 13 jan. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsp/a/dzLGwkzC4Vp9Hd8gcT6C5hd/?lang=pt. Acesso em: 12 jul. 2021.

SILVA, Otavio Pinto e. **A legislação trabalhista da pandemia**, Jornal da USP, 19 abr. 2021. Disponível em: https://jornal.usp.br/artigos/a-legislacao-trabalhista-da-pandemia/. Acesso em: 12 jul. 2021.



CRISE E PANDEMIA: BASTARÁ A ÉTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

David Nicolau Alves De Melo
Maria Thayná Bezerra De Oliveira

Resumo: O trabalho a seguir faz uma crítica da compreensão dos direitos humanos fundamentada preponderantemente no juspositivismo ético, que se escala em grau de superioridade e principiologia para o manejo das normas, diferenciando-se do entendimento dominante no século XX, que ia ao encontro da interpretação baseada no juspositivismo estrito, com visão mais reducionista. A leitura marxista pretende questionar não apenas os intentos e princípios da norma jurídica, sendo seu pressuposto basilar a compreensão da relação direta estabelecida entre direito e capitalismo, da qual necessariamente se deriva a análise política e jurídica a respeito dos direitos fundamentais, especialmente no atual cenário pandêmico. A crise é do capitalismo e encontra a pandemia, logo muito além da mera discussão sobre o arcabouço normativo ou institucional, é necessário elucidar o direito enquanto forma social característica do capitalismo, explorando não apenas o seu conteúdo, mas a sua forma jurídica. Dessa feita, ressalta-se que o apego ao juspositivismo ético é insuficiente para a crise da qual a forma jurídica é correlata do elemento gerador.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Crise. Pandemia. Crítica Marxista.

Abstract: The following work makes a critique of the understanding of human rights based predominantly on ethical legal positivism, which scales in a degree of superiority and principle for the management of norms, differing from the prevailing understanding of the 20th century, which was in line with the based interpretation in strict juspositivism, with a more reductionist view. The Marxist reading intends to question not only the intentions and principles of the legal norm, its basic presupposition being the understanding of the direct

relationship established between law and capitalism, from which the political and legal analysis of fundamental rights necessarily derives, especially in the current scenario pandemic. The crisis is of capitalism and the pandemic, just beyond the mere discussion about the normative or institutional framework, it is necessary to elucidate the law as a characteristic social form of capitalism, exploring not only its content, but its legal form. This time, it is emphasized that the attachment to ethical legal positivism is insufficient for the crisis of which the legal form is correlated with the generating element.

Keywords: Fundamental Rights. Crisis. Pandemic. Marxism Criticism.

Introdução: Os três caminhos e a crítica marxista do direito

A pandemia envolve as respostas que o direito necessita trazer e os limites de sua atuação permeada por fatores das mais inúmeras possibilidades. No caminho dessas ampliações funcionais do sistema jurídico também denota a sua bandeira como horizonte a ser percorrido para o desenvolvimento social encampado primordialmente pelos valores fundamentais.

No Brasil, a relação entre as teorizações da ciência do direito, o espaço histórico de suas determinações sociais e seus horizontes, podem ser visualizadas nos trabalhos de três grandes nomes da Filosofia do Direito franciscana[1] (ONODA CALDAS, 2018). Desde Miguel Reale e a teoria tridimensional, gestada no momento de fundação ideológica do Estado Nacional brasileiro, assim como a filosofia de Tércio Sampaio Ferraz, e sua teoria importadora da linguagem e da decisão técnica da atividade de prestação jurídica, vocalizada no maior momento de influência do Estado Social.

Ato contínuo, a esteira da crise do pós fordismo, mais precisamente no leito de sua regulação econômica, o neoliberalismo[2] (MASCARO,2013), também preenche o meio que

[1] Fazemos referência a Faculdade de Direito da USP, conhecida por Faculdade do Largo de São Francisco.

[2] A noção de Pós Fordismo referenciada no texto, busca tratar a devida complexidade da determinação econômica na sociedade. O interesse de tal afirmação é fugir da tarja economicista do marxismo expondo a construção teórica que também esmiúça o conflito social que se espraia a esfera da sociabilidade e da subjetividade a partir do modelo econômico. Dessa forma a compreensão do Pós Fordismo e do Neoliberalismo influem respectivamente a um regime de acumulação: apresentado como uma estrutura sistemática de

se desenvolverá a construção da filosofia jurídica, tendo por nome mais relevante no caminho da crítica marxista o de Alysson Leandro Mascaro (ONODA CALDAS, 2018), o qual exponenciará a leitura do jurista soviético Evguiéni Pachukanis, incluindo como noção do Direito a sua correlação com o capitalismo e sua impossibilidade de resolução efetiva dos conflitos da sociedade, cuja forma garante a própria causa da crise.

É necessário ressaltar o fôlego expressivo da obra própria de Mascaro. A sua elaboração dos três caminhos contemporâneos da Filosofia do Direito, nos é preponderante ao encontrar a alocação do sentido ético do Direito como promoção cidadã na especificidade didática do juspositivismo ético (MASCARO, 2021).

Nesse contexto a carga principiológica dos valores fundamentais e sua importância tomada ao horizonte médio de transformação social a partir do Direito, recobrada desde a construção do Estado de Bem Estar, passando por um polo da reação ao neoliberalismo e ovacionada no cenário da pandemia de COVID-19 devota a norma jurídica e sua interpretação uma moralidade, um descortinar de virtudes que atestam a justiça e o idealismo que para alguns desses teóricos será continente da própria forma jurídica.

> Por certo, não há uma só visão da relação entre o direito e a moralidade no conjunto desses pensadores. Alguns imaginam que a interpretação das normas se presta a objetivos éticos, outros postulam que a própria forma jurídica presta-se a uma universalização tendencialmente democrática, como Habermas. (MASCARO, 2021 p.312).

Diametralmente oposta ao juspositivismo incluindo suas versões éticas, encontra-se a crítica marxista do direito. Pachukanis partindo do método de Marx, ao compreender a complexidade do objeto concreto e a dificuldade de o apreender de uma vez, retoma a necessidade de começar a série de determinações pelo elemento mais simples.

Assim como Marx que inicia sua análise pela mercadoria, Pachukanis desenrola o novelo jurídico a partir da subjetividade jurídica. Continente de toda relação jurídica e "elemento mais simples e indivisível, que não pode mais ser descomposto" (PACHUKANIS, 2017, p.117) Pachukanis debruça sua grande descoberta do núcleo fundante do direito. Logo, a importância da dimensão analítica Pachukaniana, pode ser concebida através da lente do

articulação e manutenção do capital a partir de determinada fase deste; e a um modo de regulação: específico do regime de acumulação e seu representante na interação dos quadros da hegemonia social, família, cultura, mídia, igreja, escola, entre outros. Ver (MASCARO, 2013, p.113)

materialismo histórico ao compreender o direito como objeto social existente a partir do capitalismo, consequentemente eivado de uma qualidade única que o faz só existir plenamente diante desse modo de produção.

Prontamente como se observa, a crítica marxista do Direito ao destacar a símile do capital e do Direito, não atribui ilusões, ou qualquer tentativa ética que logre sucesso político aos problemas sociais a partir de tal aparato. Chocam-se, portanto, com as leituras devotadas aos Direitos Fundamentais traduzindo sua ineficácia constante como parte estrutural do capitalismo e da forma jurídica, sua derivada.

A crise é do capitalismo

O "acaso" do descompasso pandêmico se insere numa sociabilidade determinada por um sistema unicamente voltado ao sentido da acumulação de riquezas. A compreensão do sentido da vida acoplada em necessidades, as quais precisariam de bens úteis para tais satisfações é severamente comprometida por uma estrutura não só aparente, mas concreta e que compõe o arcabouço do político e do jurídico, sendo assim determinada por certos estágios de desenvolvimento das faculdades produtivas dos homens.[3]

A dinâmica do movimento do capital conduz ao átomo da mercadoria que pressagia a atividade humana. Desde o trabalho, em suas variadas formas, a constituição de objetos ou até mesmo a saúde tomam forma de mercadoria, (MASCARO, 2020b) esta contém valor e expressa seus "custos". Os bens e as necessidades humanas requerem não seu estado natural para se sanarem, mas sim a posse do dinheiro que arque com os respectivos custos. Nessa esfera até mesmo os serviços públicos se situam no dispêndio de recursos realizado pelo Estado para a manutenção de suas atividades.

[3] Observe que tal compreensão de sentido da vida permeia a filosofia mais tradicional do direito. Certamente, utilizando as obras de Carnellutti e de Ugo Rocco é assim ensinado aos operadores do direito a metáfora da vida que justifica a existência da lide na doutrina processual. O estado de dependência ilimitado do ser humano conflita com a existência de bens limitados, a concorrência é assim explicada como instintiva e natural. Muito pelo contrário, a teoria Marxista não derroga ao homem natureza de necessidade por bens. Para Marx, o capitalismo é a pré história da humanidade, sua natureza é histórica e mutável não sendo assim essência humana. Logo o estado de dependência é produto do modo de produção excludente, voltado ao acúmulo de riqueza: uma enorme coleção de mercadorias. Por conseguinte, a vida não possui sentido no estado de necessidades, mas sim na mercadoria que contém valor objetivada pelo lucro, que gera tais necessidades. Ver (ALVIM, 2018)

Continente da estrutura da acumulação, a escassez não se assenta como exceção, mas sim regra do capital, mesmo que tal escassez se expresse parcialmente, a divisa do custo e do lucro é sua fórmula básica. Logicamente a partir dessa determinação se estrutura ao longo da sociedade as formas conflitantes derivadas da célula do valor e de sua atividade, assim se assentam as figuras do patrão e do trabalhador, dos que vivem bem e dos que vivem de forma pior, entre os que têm boas condições de moradia e péssimas condições de moradia.

Dentro dessa mesma clivagem se coloca a sorte dos meios de saúde: "vigor, vitalidade e tratamento" (MASCARO, 2020d, p.10). O capital empreende as condições da potência de vida ao desamparo, logo, também se configura como parte dessa perspectiva a "liberdade de escolha" entre arriscar-se à fome ou ao vírus, tão cotidiana nos debates acerca da abertura e do fechamento das atividades econômicas.[4]

O neoliberalismo se apresenta como aspecto específico ao leito desse mesmo movimento. No entanto, repreender a ferocidade da leitura "desestatizante" necessita da compreensão de sua etapa no seguimento da estrutura do capital. A promoção da autonomia das flexibilizações e modernizações do sistema de trabalho e renda, assessorados tantas vezes por discursos tecnicistas, configuram-se elementos de um regime de acumulação pós fordista,[5] por sua vez, incompatível com as políticas universalistas dos direitos sociais que apontariam como solução política o retorno do Estado ou até mesmo dos braços da legalidade constitucional, que em tese impossibilitaria a perda de direitos, o que não logrou sucesso, por exemplo, quando posta em oposição a PEC do teto de gastos e a reforma trabalhista de 2017.

---

[4] Mascaro evidencia no livro Crise e Pandemia a crise que se decanta do capitalismo e suas estruturas e sua utilização como plataforma de reação política. Aqui destacamos tal noção em dois movimentos ao redor do mesmo objeto. O objeto comum destacado, são as medidas de fechamento das atividades econômicas. Em um primeiro movimento as medidas de isolamento rígido se somam às deficiências das medidas econômicas de auxílio aos pequenos e médios comerciantes, exponenciando a revolta para voltar ao trabalho. Em um segundo movimento a insatisfação gerada pela crise do modo de produção com o encontro da pandemia alimenta discursos que se voltam a prefeitos e governadores, amplificados por autoridades inspiradas por um negacionismo que na prática serve de fundo para ausentar-se de suas responsabilidades. Os dois movimentos evidenciam encontros da crise com mais crise, a injustiça da falsa escolha entre trabalho e saúde precisa escapar à percepção pela necessidade de manter-se vivo, no segundo exemplo o desamparo da desigualdade do modo de produção é regado para servir de oposição as autoridades públicas. Os problemas sociais são superados por outros problemas mais atuais, é como se a atualidade de uma nova crise superasse a visualização das anteriores. O encontro de crises econômicas, institucionais e das subjetividades tornam-se plataformas políticas de reação e pesam ideologicamente para furtar-se da percepção da crise "natural" do capitalismo. Ver (MASCARO, 2020b.)

5 Na nota de rodapé 5 fizemos referência a especificação entre Pós Fordismo e Neoliberalismo, respectivamente regime de acumulação e regime de regulação, e seus significados.

No segmento da saúde a crise do capital também empreende suas mesmas medidas desiguais de funcionamento. Nesse sentido, além do acesso público à saúde esfacelado pelas políticas neoliberais de favorecimento aos serviços privados, também se espraia a partir da esfera do capital, a desigualdade do que é saudável. Os estudos da filosofia da saúde a partir do esforço científico de Canguilhem demonstram a imbricação do meio social e do saudável (MASCARO, 2020a), a medida da saúde incorre ao complexo vital da subjetividade partícipe da totalidade social num processo que compreende o biológico, mas que consegue abarcar a determinação dos modelos sociais as quais não contradizem as leis naturais, mas inserem-nas diante das determinações históricas, sociais, culturais e econômicas. (MASCARO, 2020d)

A pandemia escancara e torna didática as postulações do filósofo francês e a leitura crítica que coligará a saúde à forja dos meios econômicos em última determinação (MASCARO,2020d). A abordagem de Canguilhem, na metade do século XX, *remonta e traduz que mesmo a técnica médica do discurso entre vida e saúde parte do social* (CANGUILHEM, 2015), nessa feita a pandemia nos é capaz de propor a mesma reflexão captadas por suas palavras daquele período.

> As prescrições do bom-senso médico são tão familiares que nelas não se procura nenhum sentido profundo. E, no entanto, é aflitivo e difícil obedecer ao médico que diz: “Poupe-se!”. “É fácil dizer para eu me cuidar, mas tenho minha casa para cuidar”, dizia, por ocasião de uma consulta no hospital, uma dona de casa que não tinha nenhuma intenção irônica ou semântica ao dizer esta frase. Uma família significa a eventualidade do marido ou de um filho doente, da calça rasgada que é preciso remendar à noite, quando o menino está na cama, já que ele só tem uma calça, de ir longe comprar pão se a padaria próxima estiver fechada por infração aos dispositivos regulamentares etc. Cuidar-se... como é difícil, quando se vivia sem saber a que horas se comia, sem saber se a escada era íngreme ou não, sem saber o horário do último bonde porque, se a hora tivesse passado, voltava-se a pé para casa, mesmo que fosse longe. (CANGUILHEM, 2015, p.138 e 139)

Seguindo um tom parecido com a metáfora das possiblidades de uma dona de casa, na pandemia a medida do que é saudável se depara com a potência limitada de uma população trabalhadora que necessita enfrentar o vírus no transporte público lotado[6] ou subir as portas do seu comércio para garantir o seu pão e o de sua família. O pedido do uso de máscara e do

[6] Uma pesquisa publicada em pré print na plataforma Medrxiv realizada pela FIOCRUZ-PE identificou maiores porcentagens de amostra do coronavírus em terminais de ônibus de Recife do que em hospitais. Ver SILVA, Severino J. R. da.; NASCIMENTO, Jéssica C. F. do.; REIS, Wendell P. M. dos Santos; SILVA, Caroline T. A. da.; SILVA, Poliana G. da.; MENDES, Renata P. G.; MENDONÇA. Allyson A.; SANTOS, Bárbara N. R. dos.; MAGALHÃES, Jurandy J. F. de.; KOHL, Alain; PENA, Lindomar. Widespread Contamination of SARS-CoV-2 on Highly Touched Surfaces in 2 Brazil During the Second Wave of the COVID-19 Pandemic. Recife: Medrxiv doi: https://doi.org/10.1101/2021.06.14.21258894, 2021. Disponível em: https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.06.14.21258894v1.full.pdf+html. Acesso em: 12. jul. 2021.

uso de álcool em gel também se depara com a falta de água e esgoto, realidade de quase 35 milhões de pessoas só no Brasil.[7]

Exemplos como estes são provas desse imbricar. A medida da relação entre a biologia e o ambiente social pode ser sintetizada na criação pelo capitalismo dos sujeitos inferiorizados *"cuja saúde é a menos que o possível de seu tempo"* (MASCARO,2020d, p.10).

A crítica marxista dos direitos fundamentais

Como parte da Filosofia do Direito Contemporânea, destacamos a leitura dos Direitos Humanos pela mesma sistemática dos três caminhos formulados pela obra de Mascaro. O primeiro deles, do juspositivismo, imprime na normatividade jurídica e nas instituições compatíveis com a sua preservação o fundamento do direito. Este primeiro caminho desdobra-se, ainda, em outras variadas visões, indo do reducionismo dos Direitos Fundamentais à sua normatização, entendimento típico do juspositivismo estrito, ao grau de superioridade e principiologia normativa, do juspositivismo ético, característico das últimas décadas.

Um segundo caminho, não juspositivista, também se desdobra em versões variadas, versões estas que não se interligam exatamente através de uma identificação fundante, mas justamente por não reconhecer na normatividade jurídica a verdade plena do direito (MASCARO, 2021). Uma terceira leitura dos Direitos Humanos é a do marxismo, que pretende questionar não apenas os intentos e princípios da norma jurídica, mas sim as estruturas de poder decorrentes do modo de produção que as fundamentam e por elas são fundamentadas.

Após situar certos detalhes dos três caminhos na busca de estímulos do pensamento acerca dos Direitos Fundamentais, é possível considerá-los pontos modais da amplitude ética do Juspositivismo. Se para uma parte do campo jurídico estes são um importante aspecto de garantia cidadã, fincada em sua declaração, para outra parte, dentro do largo espaço do

[7] Dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) divulgado em 2020, referentes a 2018. Ver Velasco, Clara. Raio X do saneamento no Brasil: 16% não têm água tratada e 47% não têm acesso à rede de esgoto. G1. 24. jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/24/raio-x-do-saneamento-no-brasil-16percent-nao-tem-agua-tratada-e-47percent-nao-tem-acesso-a-rede-de-esgoto.ghtml>. Acesso em: 12. jul. 2021

juspositivismo ético é possível considerar os Direitos Fundamentais como o ponto de salvação, beleza ou ápice da ciência do Direito. Além da garantia de cidadania, é possível destacar a vista que se autointitula crítica, a qual logrou sucesso nos últimos tempos, que apresenta os Direitos Humanos como processo, mais especificamente, luta social diante das instâncias políticas para sua confirmação (FLORES, 2009).

Apesar das lutas sociais fazerem avançar certas garantias jurídicas e políticas, as contradições da sociedade fundadas no conflito do valor se apresentam continuamente pondo em xeque tal afirmação de universalidade enquanto subsistem estruturas de desamparo e desagregação "naturalizadas" no seio social. Conquanto a ótica dos direitos como processo avance frente a simples tese de sua declaração, a crise impeditiva da concretização destes é estrutural e garantida pelo mesmo sistema. Na sociedade capitalista basta que, minimamente, as contradições do Estado e do Direito ameacem de alguma maneira o poder ou a desigualdade distributiva de renda, para que tais avanços *sejam varridos* do cenário da institucionalidade burguesa (MASCARO, 2017).

Afastando-se do positivismo jurídico já é possível perceber com maior veemência a força dos conflitos sociais. No caminho não juspositivista é compreensível a falsa simetria de universalidade dos Direitos Humanos, o que numa história marcada por diferenças e contrastes implica para alguns inclusão, enquanto para outros grupos, exclusão (VILLEY, 2007).

Por mais que o tom do pensamento de Villey seja ressaltado a uma noção conservadora,[8] o seu reconhecimento do conflito, pode ser ilustrativo para a realidade da luta de classes e suas representações dentro do Estado. Mesmo que tal pensamento seja levado ao polo da inclusão social dos grupos necessitados, o diminuto das classes abastadas expressa as condições subjetivas da sua defesa em detrimento da continuidade da falta de dignidade para a maior parte da população. Com certo costume, ofensivas de classes dominantes

[8] Os escritos sobre Direitos Humanos de Michel Villey se baseiam numa contraposição ácida que afirma inclusive os Direitos Humanos como decomposição do conceito de Direito. A vista de Villey se insere num ponto de conservação das categorias de justiça permeando uma ode saudosista aos princípios superiores do mundo jurídico diferente da ignorância dos não-juristas que balizaram a ótica de Direitos Fundamentais. Por estes motivos aproximando também da análise Mascariana que ressalta a proximidade do não juspositivismo a um panorama de "crítica" conservadora, destacamos a posição de Villey que difere bastante da crítica marxista que não se faz aos Direitos Humanos em suas partículas reformadoras, mas sim no seu caráter imobilizante de transformação social por ensejar-se na mesma legalidade fundamental da indignidade estrutural do capitalismo. Ver (VILLEY, 2007. p. 162.)

decantam na realidade histórica e decretam o azar da norma e a facilidade de excedê-las sem pestanejar algum.

A reprodução capitalista quotidiana que opera os direitos humanos é, ideológica e materialmente, seletiva. Exemplo disso são os Estados Unidos da América, considerado o maior defensor dos direitos humanos dentro da sociabilidade liberal, que legitima a invasão de países periféricos, assim como a interferência direta na política e no direito dos países de economia dependente, em prol de uma suposta preservação da democracia e dos direitos humanos,[9] tidos como pressupostos inquestionáveis, mesmo que pra isso seja necessário golpear a autonomia e até mesmo a população civil destas nações que ao passarem pelo "tribunal" liberal, são consideradas dissidentes (LÊNIN, 2019).

A crítica marxista dos Direitos Fundamentais reclama o quadro ilusório da ética do direito no capitalismo. Isto, porque a estrutura da sociedade da acumulação, perpassa, necessariamente, por certo núcleo dos direitos fundamentais,[10] mas não consegue sustentá-los como um todo, porque é plantada na extração do lucro e do mais valor, que escancaradamente se contrapõem à vida e à saúde, assim como a todo o núcleo dos direitos sociais, sendo contraditória a tentativa de conciliá-los numa mesma forma estatal e jurídica, já que, ambos, sempre tenderão a escolher o capital e sua estrutura fundamental, a mercadoria (MASCARO, 2020c), podendo apenas, para além disso, instaurar paliativos de caráter redistributivo às massas.

As palavras de Mascaro (2017) demonstram relevância ao pensar a barbaridade estrutural do modo econômico da acumulação do valor:

> O discurso e a luta por dignidade encerrados em tipos jurídicos revelam a manutenção da exploração capitalista. Ainda que os direitos humanos sejam uma batalha árdua contra a barbárie reacionária, é preciso reconhecer o capitalismo como uma barbárie estrutural, mesmo que, eventualmente, melhorada juridicamente. (MASCARO, 2017, p. 136)

[9] Ao mesmo tempo dessa ampla defesa a ética dos Direitos Fundamentais, os EUA, firma amizade com outros países denunciados por órgãos internacionais por serem violadores dos mesmos Direitos Humanos, como ocorreu com o Chile de Pinochet e como ocorre hoje com a Arábia Saudita. No entanto, a cobertura dos aparelhos de mídia internacional seleciona interesses para maior exposição enquanto esquece de outros exemplos geopolíticos internacionais.

[10] Ao firmar a posição da crítica marxista pachukaniana é possível inferir como núcleo de Direitos Fundamentais que fundamentam o capital, os direitos individuais à vida e a liberdade. Essa gama primeiramente Direito Subjetivo e posteriormente igualada a Direitos Humanos é essencial, garantida pela forma jurídica, já que confere a segurança à riqueza e à propriedade.

Apesar das possibilidades de reformas jurídicas, a natureza da afirmação destes direitos se dá essencialmente apenas no campo retórico, produzindo efeitos reais, geralmente, para pequena parte da população e sendo indiferente, em sua maioria, à classe trabalhadora. Escancara-se essa realidade ainda mais em períodos de crise, nos quais o capital, importante ressaltar, não se apresenta em sua forma anormal, mas em sua forma quotidiana mais extremada (MASCARO, 2017). A maneira pela qual o arcabouço institucional tem operado durante a pandemia, caminha reiteradamente em sentido contrário à efetividade de proteção da saúde e dos direitos sociais, "princípios" que seriam determinantes para a preservação da vida num cenário pandêmico.

A pandemia ocasionada pelo SARS- CoV-2, não promoveu sozinha as mais de 500 mil mortes de brasileiros, na realidade, ao encontrar-se com a crise orgânica do capitalismo que já estávamos vivenciando, as condições perfeitas para promoção de um verdadeiro genocídio nasceram e encontraram, para além disso, a mais pura estabilidade para prolongar-se (MASCARO, 2020b). Há mais de um ano, se assiste à negação dos mais diversos direitos sociais serem sustentados ideológica e materialmente pelo capital e pelas suas instituições próximas e estruturantes. Para a tradição positivista, basta normatizar e proclamar estes direitos, mas o que precisa se tornar cada vez mais evidente é que sem a efetivação material deles, a norma e a sua declaração não possuem efeito produtivo, portanto, é como se não existissem. Por mais que o estímulo ético do direito afirme a possibilidade de vitória, essa efetivação material não subsiste através da forma jurídica.

A ineficácia desses direitos, já normatizados, proclamados e supostamente defendidos pela democracia liberal é parte basilar do capital e da sua forma jurídica, que garante formalmente a abundância de poucos em detrimento da miséria de muitos, sustentando o fato de que a propriedade dos meios de produção são parte dos direitos individuais dos exploradores. *"Ao lado da liberdade, a propriedade, é assim que está escrito em sua constituição"* (LÊNIN, 2019, p.39).

Conclusão

Para além da superação do capital, a superação do direito se apresenta como a única forma capaz de transformar as estruturas da sociedade da acumulação, desmanchando as raízes que lhe dão sustento e não apenas reorganizando-as. A manutenção da forma jurídica implica a continuidade da crise e dos seus aportes fundamentais. Imprescindível é esclarecer ,

no entanto, que o desmantelamento do Direito, tal qual apresentado pela crítica marxista, não pressupõe a negação dos direitos humanos enquanto conteúdo, muito pelo contrário, é através dele que a opulência de uma minoria, garantida pelo Direito, deixará de ser sustentada em detrimento da miséria de muitos.

A ambição que consiste na superação da inópia humana não é apenas um ideal particular do marxismo. Dentro do panorama filosófico é possível falar em justiça, paz eterna, pureza, ou garantia de dignidade através da ponderação de princípios ainda que num mundo vastamente desigual. Havendo tais possibilidades, por que o peso taxativo da impossibilidade recai de forma substancial sobre a teoria marxista do Direito? Se é permitido ambicionar filosoficamente um novo mundo dentro das estruturas que já se demonstraram falidas, em que consiste a impossibilidade de pretendermos novos arranjos organizacionais? Acreditar em um único mundo possível, de crises consecutivas, miséria e fome para grande parte dos que nele habitam, ambicionando a provisão utilitarista do mínimo de garantias defronte um máximo de desigualdade parece muito mais aterrorizante do que a pretensiosa superação da forma jurídica.

Referências Bibliográficas

CANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux. 2009.

LÊNIN, Vladímir Ilitch. Como enganar o povo com as palavras de ordem da liberdade e da igualdade. In: _____; MAZZEO, Antônio Carlos (Org.). *Democracia e Luta de Classes*. São Paulo: Boitempo, 2019

MARX, Karl. *O Capital*: crítica da economia política. Livro 1: o processo de produção do capital. Trad. de Rubens Enderle. – 2.ed. – São Paulo: Boitempo, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. Canguilhem: saúde, doença e norma. *Veritas (Porto Alegre)*, v. 65, n. 1, p. e35902, 15 maio 2020a. Disponível em: https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/35902. Acesso em: 12. jul. 2021

_____. *Crise e Pandemia*. São Paulo: Boitempo, 2020b.

_____. Direitos Humanos: uma crítica Marxista. *Lua Nova*, São Paulo, 101: 109-137, 2017. Disponível em:

https://www.scielo.br/j/ln/a/QFXz4jWqFYVs88Sn6FVtd7R/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 12. jul. 2021

_____. *Estado e Forma Política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *Filosofia do Direito – 8.ed.* **–** São Paulo: Atlas, 2021.

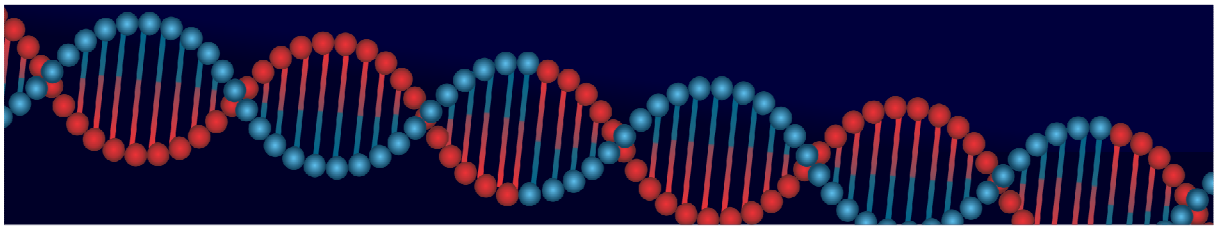
_____. Política e Direito da Pandemia, *In:* WARDE, Walfrido; VALIM, Rafael. **As** *Consequências da COVID-19 no Direito Brasileiro***.** São Paulo: Contracorrente, 2020c.

_____. Subjetividade da saúde, subjetividade política. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v.1, e205156, 2020d. Disponível em: http://periodicos.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/direitoshumanos/article/view/5156. Acesso em: 12. jul. 2021

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ONODA CALDAS, C. .Miguel Reale, Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Alysson Leandro Mascaro: três estágios da teoria sobre Direito, Estado e conflitos sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu,* n. 6, 7 ago. 2018. Disponível em: https://revistadireito.emnuvens.com.br/revistadireito/article/view/189. Acesso em: 07.jul.2021

PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e Marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.



DIREITO E LITERATURA: POLÍTICA PÚBLICA DE VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 A PARTIR DA OBRA DE RODOLFO TEÓFILO

Roberta Marina Cioatto
Juliana de Sousa Nogueira dos Santos
Camila de Sousa Nogueira

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo relacionar a obra de Rodolfo Teófilo com a política pública de vacinação da Covid-19 no Brasil. Assim, aborda-se a ineficiência das políticas públicas impulsionadas pelas diversas autoridades responsáveis em garantir a saúde dos indivíduos, inclusive frente à vacinação. No livro "A Fome", é apresentado um cenário de fome marcado pela seca causada por evento climático extremo associado à má administração e à corrupção, marcadas pela proliferação de um vírus. Trata-se de pesquisa teórica de abordagem qualitativa. O método utilizado foi o indutivo, visto que inicia de um estudo específico para geral. Quanto à técnica de pesquisa usada é a documentação indireta e o procedimento de estudo bibliográfico. Por fim, ressalta-se que é de grande relevância a obra literária, pois revela que muitos continuam cometendo os mesmos erros de outrora, mas também indica o caminho que deve ser incentivado para uma política de vacinação eficaz.

Palavras-Chave: Direito e Literatura; Políticas Públicas; Vacinação contra a Covid-19.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo relacionar la obra de Rodolfo Teófilo con la política pública de vacunación de Covid-19 en Brasil. Así, se aborda la ineficiencia de las políticas públicas impulsadas por las distintas autoridades encargadas de velar por la salud de las personas, incluso contra la vacunación. En el libro "A Fome" se presenta un escenario de hambre marcado por la sequía provocada por un evento climático extremo asociado a una mala administración y corrupción marcadas por la proliferación de un virus. Se trata de una investigación teórica con enfoque cualitativo. El método utilizado fue el inductivo, ya que

parte de un estudio específico al general. En cuanto a la técnica de investigación empleada, es la documentación indirecta y el procedimiento de estudio bibliográfico. Finalmente, es de destacar que la obra literaria es de gran importancia, pues revela que muchos siguen cometiendo los mismos errores que en el pasado, pero también indica el camino que se debe impulsar para una política de vacunación eficaz.

Palabras clave: Derecho **y** Literatura; Políticas públicas; Vacunación contra la Covid-19.

Introdução

Em junho de 2021, pouco mais de um ano depois da primeira morte por covid-19 no Brasil, a pandemia matou meio milhão de pessoas no país. No final da década de 1880, quando a população brasileira era cerca de vinte vezes menor que a atual, outro meio milhão de brasileiros foram mortos diante do impacto da Grande Seca. Este teria sido consequência de fenômenos climáticos aliados a problemas sociais, econômicos e políticos. Junto a isso, a disseminação da varíola surgiu como outra preocupação. Como hoje, decisões do poder público teriam agravado a situação. Sabe-se que muitos desses acontecimentos constam de narrativas literárias e que a seca foi pano de fundo para escritores nordestinos, dentre os quais Rodolfo Teófilo. É nesse contexto histórico que foi escrito “A Fome”.

O significado da aplicação da literatura em outras áreas do conhecimento corresponde ao seu potencial de atualização, dadas as inúmeras leituras possíveis que oferece da realidade que reproduz. Como a narrativa literária constitui uma representação do homem e da sociedade, evidente sua capacidade de suscitar temas de reflexão para os mais diversos campos, dentre os quais o jurídico e o da saúde. Leitores podem formar ideias em uma espécie de mundo social que lhes provoca compreensão e empatia. Quando lê ficção, o leitor torna-se mais apto a compreender as pessoas e suas intenções a partir das características atribuídas aos personagens.

Diante disso, o problema desta pesquisa: O que se pode extrair da literatura e do trabalho de Rodolfo Teófilo para reflexão sobre a política de vacinação contra a covid-19 no Brasil a partir do livro “A Fome” ?. O presente trabalho tem como objetivo geral relacionar a obra de Rodolfo Teófilo com a política pública de vacinação da Covid-19 no Brasil.

Trata-se de pesquisa teórica de abordagem qualitativa. O método utilizado foi o indutivo, visto que inicia de um estudo específico para geral. Quanto à técnica de pesquisa usada é a documentação indireta e o procedimento de estudo bibliográfico.

A pesquisa justifica-se diante da atualidade do tema de vacinação por sua importância essencial para sociedade como um todo e para cada pessoa em particular bem como diante do cenário provocado pela pandemia que gerou crises econômicas, sociais e de saúde física e mental, agravadas pela forma que foram gerenciadas pelos governantes.

1. Contextualização da obra "A Fome"

Escrita por Rodolfo Teófilo e publicada em 1890, um ano depois da proclamação da república, "A Fome" é obra precursora da literatura regionalista e o primeiro grande romance a tratar das secas no nordeste do Brasil. Talvez por sua minuciosa descrição da realidade dos fatos, não recebeu o devido reconhecimento, reconhecença dada a José Américo de Almeida com A Bagaceira (1928), a Raquel de Queirós em O Quinze (1930) e a Graciliano Ramos com Vidas Secas (1938). De muito mau gosto seu exagero na descrição dos acontecimentos, teriam dito, mesmo que os fatos narrados tivessem sido efetivamente retirados de documentos e de jornais da época. Isso porque Rodolfo Teófilo descrevera em detalhes cenas que chocam o leitor e teria excedido na terminologia técnica e científica.

No livro, o autor apresenta a redução do homem à condição degradante em situações extremas causadas pela fome no Ceará em decorrência da seca de 1877 a 1879. O deslocamento em massa de sertanejos para a capital da província surpreendeu as autoridades governamentais, que não souberam se organizar. Famintos e enfermos tomaram as parisienses ruas de Fortaleza, as condições eram propícias para proliferação de doenças: falta de vacina, ausência de asseio nas habitações, aglomeração de emigrantes nos abarracamentos.

A maioria dos negociantes, segundo conta, dedicavam-se ao comércio de escravos que compravam dos desafortunados, e os embarcavam para o sul do império, o Rio de Janeiro. Como sustentáculo da indústria agrícola, eram vendidos a preços muito elevados. Os negros eram vacinados antes do embarque; quanto aos retirantes, tinham repugnância à vacina que, de todos modos, estava em falta.

O poder público local incentivou e impulsionou o êxodo para as regiões amazônicas de incipiente exploração da borracha. Era a emigração reservada aos cearenses, a quem o governo obrigava, ao diminuir os socorros. Com sua denúncia na forma de romance, Rodolfo Teófilo faz sentir a destruição de relações familiares e sociais mas, principalmente, aponta a corrupção, a inoperância do governo, o desvio de recursos em benefício de elites, a insensibilidade para com a tragédia e as injustiças.

O coronel Manuel de Freitas é um rico fazendeiro reduzido à condição de retirante. Quando os campos secaram, as águas desapareceram e o gado foi dizimado, desfez-se dos escravos. Obstinado, recusara-se a acreditar que os prejuízos da seca de 1845 poderiam se repetir. Emigrar para a capital era a única esperança. Descendente de uma das mais antigas famílias do alto sertão, herdara fortuna e influência eleitoral. Seu personagem é construído como modelo de heroísmo e superação na luta pela sobrevivência. É uma pessoa de grandes atributos morais. Quando vai à cidade falar com o comendador e este lhe diz que o partido muito lhe deve, Manoel responde: "Quando dediquei-me à causa dum partido não foi visando a interesses ou recompensas. Passe bem, senhor comendador." (TEÓFILO, 2011, p. 166). Quer trabalho, e não receber víveres do Estado.

Quando Simeão de Arruda,[1] comissário distribuidor de socorros públicos, decidido a seduzir Carolina, filha de 15 anos do coronel, envia-lhes tecido para costura, diz o coronel: "Uma peça de cambraia!! Será possível que o governo consinta em semelhante abuso?" (TEÓFILO, 2011, p. 171). Outras conversas são mantidas pelo protagonista, no decorrer da narrativa, sobre os equívocos do governo.[2]

Manoel muito relutou em fazer uso do cartão do gabinete, que por ordem da Comissão Domiciliar lhe daria certa quantia mensal em dinheiro. Quando obrigou-se a fazê-lo, depois de quatro meses, foi preso por ordem dos tesoureiros pagadores que disseram que outra pessoa

[1] Simeão de Arruda, representa a inoperância e corrupção do governo do império, e termina seus dias atormentado pela possibilidade da descoberta de seus segredos. Retrata ainda o machismo e abusos da vulnerabilidade feminina, fazendo uso de feitiçaria – paga com verbas públicas - na tentativa de concretizar seus desejos.

[2] Já sua mulher, Josefa Maciel, via a caridade sem limites. Faltava-lhe perspicácia: era de muito boa-fé e confiava demais na probidade alheia.

havia recebido a quantia nos meses anteriores. Freitas disse então que iria denunciar os furtos ao erário que aconteciam ali, e é ameaçado de ser preso por isso.[3]

A varíola faz arder em febre todos da casa de Manoel de Freitas, menos Carolina, outrora vacinada pelo vigário de sua terra; e mata os outros três filhos do coronel. Nos anos de 1877 e 1878 Rodolfo Teófilo assistira, da porta de sua farmácia no centro da cidade de Fortaleza, presidiários que, em troca de litros de cachaça, de alguns punhados de farinha e da promessa de liberdade definitiva conduziam, ao cemitério, cadáveres putrefatos vítimas da varíola. Um quinto da população da cidade morreu contaminada.

Na outra grande seca de 1900 e 1901, em época na qual a vacinação era vista com desconfiança e temor pela população, Rodolfo Teófilo, farmacêutico de profissão, montou um laboratório e passou a fabricar doses de vacina contra a varíola. Batia de porta em porta para vacinar as pessoas. Para maior conscientização popular, criou a Liga Cearense contra a Varíola, afirma-se no posfácio do livro, recrutando e treinando membros das comunidades atingidas como multiplicadores no combate à epidemia. Em confronto com políticos locais, começou a ser perseguido: foi demitido do quadro estadual de professores; noticiou-se que a cajuína (de sua elaboração) era uma bebida nociva à saúde; sua farmácia foi impedida de fornecer medicamentos para o Estado; o inspetor de saúde declarou publicamente que a vacina particular era suspeita de transmitir meningite em crianças.

Com um laudo expedido pelo Instituto Manguinhos, coordenado por Oswaldo Cruz no Rio de Janeiro, prossegue o atualizador do livro, outros estados da federação passaram a comprar a vacina. Os governos da então região norte do país garantiram a sobrevida econômica de Rodolfo Teófilo, que continuou imunizando os cearenses na capital, nos sertões, nas cidades fronteiriças e nas regiões portuárias. O chamado cordão de isolamento da doença seria reconhecido futuramente pelas estatísticas oficiais, diz-se no livro. Em quatro anos de trabalho, praticamente erradicou-se a moléstia no estado. Enquanto no Rio de Janeiro, capital da república, Oswaldo Cruz impunha a vacinação sob coerção policial causando a Revolta da Vacina, no Ceará, Rodolfo Teófilo usava da persuasão popular para atingir seus resultados.

[3] Enquanto isso, Prisco da Trindade, vendedor de escravos, fazia parte da elite da sociedade. Frequentava luxuosos bailes e recebia honrarias. Com discursos bajulatórios, manipulava a imprensa. Redatores de todos os jornais da capital Fortaleza noticiavam-no com elogios.

Paralelamente, o Brasil se encontra novamente em meio a uma crise viral gerada desta vez por uma pandemia mundial. Inúmeras pessoas já foram contaminadas e muitas faleceram acometidas pela doença, e o governo mais uma vez se mostrou incompetente tanto em estrutura como em planejamento. Visto que o país é marcado por uma saúde coletiva insuficiente em recursos, os brasileiros viveram mais uma vez um cenário de descaso marcado pela inexistência de leitos, insuficiência de médicos e escassez de medicamentos.

Além disso, a falta de diretrizes mais eficazes por parte de órgãos internacionais e nacionais aumentaram em muitos casos o agravamento da condição dos infectados. Assim, diante de uma doença desconhecida e da péssima estrutura na saúde, o governo adotou a política do fique em casa. Logo, os países, especialmente o Brasil, viram suas economias ruírem, e com isso a vida de seus cidadãos se desvaneceram agora não só por causa do vírus, mas de outras doenças e também da fome. De acordo com a Rede Penssan (EM MEIO, 2021, *online*), houve um aumento na insegurança alimentar grave durante o período de pandemia no Brasil atingindo 9% da população, ou seja, 19 milhões de brasileiros se viram passando fome.

As vacinas mostraram-se uma grande esperança. Iniciou-se uma corrida pela compra e produção, bem como por incentivos às pesquisas, o que levou à fabricação de imunizantes em pouco tempo diante de precedentes anteriores. Rapidamente, as farmacêuticas, percebendo o potencial que possuíam, elaboraram seus contratos de forma unilateral se isentando de qualquer responsabilidade frente a efeitos colaterais. Estabeleceram cláusulas de sigilo. Por outro lado, os países se viram pressionados e, diante da quantidade de pessoas mortas, criou-se assim uma lista de espera para a aquisição das vacinas.

2. Política pública de vacinação contra a Covid-19 no Brasil

De acordo com Teixeira (2002) “Políticas públicas são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado”. Dessa forma, a efetivação do direito social à saúde depende de prestações materiais dadas pelo Estado à população, e somente se tem qualidade quando é feita mediante implementação de políticas públicas eficazes.

No artigo 3º da Lei nº 6.259/75, “Cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as vacinações, inclusive as de caráter obrigatório”. No parágrafo único do mesmo artigo, é afirmado que: “As vacinações obrigatórias serão praticadas de modo sistemático e gratuito pelos órgãos e entidades públicas, bem como pelas entidades privadas, subvencionadas pelos Governos Federal, Estaduais e Municipais, em todo o território nacional”. Assim, cabe ao Estado a providência das vacinas bem como a imunizar toda a população por meio de campanhas e aplicação das dosagens.

Durante a pandemia, o Ministério da Saúde juntamente com o Programa Nacional de Imunizações do Departamento de Imunização e Doenças Transmissíveis da Secretaria de Vigilância em Saúde, entre outros parceiros, desenvolveu o plano de vacinação da Covid-19. Apesar do planejamento, a escassez de vacinas se mostrou insustentável. Foram formadas grandes filas de espera, os primeiros grupos na ordem de prioridade são de pessoas de 60 anos ou mais, as com deficiência institucionalizadas, os povos indígenas vivendo em terras indígenas, os trabalhadores de saúde, dentre outros. Diante da necessidade e escassez, o Programa não conseguiu ser cumprido, mostrou-se em muitos pontos falhos.

Nesse sentido, um dos pontos que há de ser destacado é a falta critérios mais especiais dentro das categorias. Por exemplo, nos caso dos profissionais de saúde, há aqueles que se encontravam na linha de frente no enfrentamento à doença, mas também os que estavam realizando suas consultas por meio de atendimentos à distância, e profissionais que embora sejam da saúde não necessitavam se encaixar como prioritários a exemplo de psicólogos, dentre outros. Ou seja, não houve a definição de quem se encaixaria como profissional de saúde, deixando abertura excessiva.

Por outro lado, haviam muitos que exerciam serviços essenciais, mas não tinham prioridade frente a esses, que podiam ficar em casa. Ademais, foram vários os flagrantes de corrupção gravados, cometidos pelos aplicadores das vacinas com desvios de doses, “vacina fantasma”.

Há que se falar também dos desvios de recursos com lotes superfaturados e a negligência na compra de vacinas. Nesse sentido, o país deixou de comprar vacinas com antecipação, quando as mesmas ainda estavam nas fases iniciais de teste, acreditando ser uma aposta muito arriscada, e por causa das cláusulas abusivas postas pelas empresas

desenvolvedoras e fabricantes de vacinas. Assim, pela demora nas negociações e a constante demanda de outros países, é gerado uma escassez de doses para a realização da imunização da população.

Apesar disso, o Brasil é o 3º no mundo que mais vacina contra Covid-19 por dia em doses totais, segundo informações do R7 divulgadas pelo jornal Correio do Povo (2021). Entretanto, em números proporcionais, o país encontra-se na 45ª posição, ou seja, ainda há muitos sem acesso à vacina. Outro fato que deve ser exposto são os casos de pessoas que, embora tenham tomado a primeira dosagem, não retornam para a aplicação da segunda. Segundo Janone (2021), isso se dá pela escassez de vacinas, a confusão sobre o intervalo entre elas, o medo de reações adversas, a dificuldade de acesso às salas de vacinação e a confiança em informações falsas sobre os imunizantes.

A falta de treinamento frente às equipes de vacinação gerou em muitos casos desperdício de vacinas. Isso se deu porque em várias regiões o grupo prioritário era menor ou não compareceu aos postos de saúde e, como algumas vacinas tinham prazo de validade depois de abertas, equipes que ministravam as doses não sabiam como poderiam proceder. Portanto, doses de imunização foram lançadas no lixo por falta do público alvo. Atualmente isso foi solucionado com o aproveitamento da chamada xepa, embora muitos levantem questões éticas sobre a aplicação dessas sobras fora do público de prioridades.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal (STF), ainda em 2020, decidiu que os governos locais poderiam promover medidas para a vacinação compulsória da população. Nesse sentido, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios têm a possibilidade de definir medidas legais que visam a obrigatoriedade da vacinação estabelecendo até mesmo sanções, embora não possam vacinar à força. Com isso, é preciso fazer uma reflexão sobre os acontecimentos históricos e também sobre o livro, a fim de evitar os erros e tomar a melhor decisão possível frente ao cenário instável e incerto que se apresenta.

Considerações finais

A vacinação do Covid-19 para a contenção da dispersão do vírus no país depende de um planejamento organizado e eficaz por parte do Ministério da Saúde em parceria com os Estados e Municípios para atingir a população em geral.

Com isso, a obra de Teófilo aborda a ineficiência de políticas públicas impulsionadas pelas diversas autoridades responsáveis em garantir a saúde dos indivíduos, inclusive frente à vacinação. Por meio dela é apresentado um cenário de fome marcado pela seca causada por evento climático extremo associado à má administração e à corrupção. Ainda há a proliferação de um vírus que leva muitos à morte. Paralelamente, hoje, muitas regiões do Brasil se encontram na mesma condição. Assim, o livro "A Fome" mostrou-se escolha para o desempenho da pesquisa, pois por meio de uma leitura sob a ótica dos tempos atuais, foram sendo apresentadas histórias e erros que expõem formas de lidar diante de questões públicas que afetam o país.

E o melhor caminho para se garantir uma política de vacinação eficaz é com o apoio popular, aspecto relevante levantado na figura de Rodolfo Teófilo, visto que esse profissional imunizou diversas pessoas, usando da persuasão ao ir na casa dos indivíduos que se posicionavam contra a vacina por medo e desinformação. Diante disso, uma das primeiras lições tiradas é que o enfrentamento da doença através da vacinação deve se dar em primeiro lugar por meio do incentivo governamental na produção de vacinas e de formas de conscientização da população local, como promoções de educação, e não por meio de imposições.

Igualmente, devem-se propor políticas públicas adequadas à realidade que olhem para cada situação local, analisando-as em todos os seus aspectos e impactos, de forma específica e não genérica. Assim, devem ser definidas diretrizes claras e precisas, através de treinamentos para os profissionais que irão aplicar as doses indicando protocolos e prevendo situações que podem ocorrer, tornando-os preparados.

Outro ponto relevante, diz respeito às orientações frente à população. É necessário que os profissionais sejam capacitados para orientar sobre possíveis efeitos colaterais, bem como indicar quais ações devem ser tomadas pelos que são acometidos por sintomas mais fortes. Nesse sentido, deve haver o direcionamento também da indicação de data para a segunda dosagem, e o cadastro dos mesmos para posterior comunicação, evitando assim o alto número de pessoas que não retornam para tomar a segunda dose.

Não é por meio de imposições unilaterais por parte de qualquer órgão que os indivíduos virão a ser vacinados, ponto comprovado ao longo da história brasileira. É preciso

considerar a liberdade individual dos cidadãos. Por outro lado, existe a responsabilidade social de proteção da comunidade como um todo.

Nesse viés, Rodolfo Teófilo conciliou esses direitos aparentemente conflitantes, esclarecendo a população sobre como era feito o desenvolvimento da vacina e influenciando através de conversas as pessoas a se imunizarem. Por fim, percebe-se que é de grande relevância a obra literária, pois revela que muitos continuam cometendo os mesmos erros de outrora.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL É o 3º no mundo que mais vacina contra Covid-19 por dia em doses totais. **Correio do Povo**, 2021. Disponível em: https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/brasil-%C3%A9-o-3%C2%BA-no-mundo-que-mais-vacina-contra-covid-19-por-dia-em-doses-totais-1.649670. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6259, de 30 de outubro de 1975.** Organização das Ações de Vigilância Epidemiológica, Sobre o Programa Nacional de Imunizações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.124, de 10 de março de 2021.** Dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19. Brasília, 10 mar. 2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.124-de-10-de-marco-de-2021-307745858. Acesso em: 22 jul. 2021.

CRUZ, Isabela. As questões técnicas e éticas que envolvem a xepa da vacina. **Nexo Jornal**, 21 maio 2021. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2021/05/21/As-quest%C3%B5es-t%C3%A9cnicas-e-%C3%A9ticas-que-envolvem-a-xepa-da-vacina. Acesso em: 22 jul. 2021.

DOSES DE vacinas contra Covid-19 estão sendo desperdiçadas no Rio, denunciam profissionais de saúde. **O Globo,** 2021. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/doses-de-vacinas-contra-covid-19-estao-sendo-desperdicadas-no-rio-denunciam-profissionais-de-saude-24859807. Acesso em: 22 jul. 2021.

EXCLUSIVO: Funcionários de UBS's de São Paulo revelam que doses de vacinas contra o coronavírus são jogadas no lixo. **Bandnews FM,** 2021. Disponível em: https://bandnewsfm.band.uol.com.br/2021/02/11/exclusivo-funcionarios-de-ubss-de-sao-

paulo-revelam-que-doses-de-vacinas-contra-o-coronavirus-sao-jogadas-no-lixo/. Acesso em: 22 jul. 2021.

EM MEIO à Pandemia da Covid-19, o Brasil Vive um Pico Epidêmico da Fome: 19 milhões de brasileiros enfrentam a fome no seu dia a dia. VIGISAN - Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil. Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil. **Rede Penssan,** 2021. Disponível em: http://olheparaafome.com.br/. Acesso em: 20 jul. 2021.

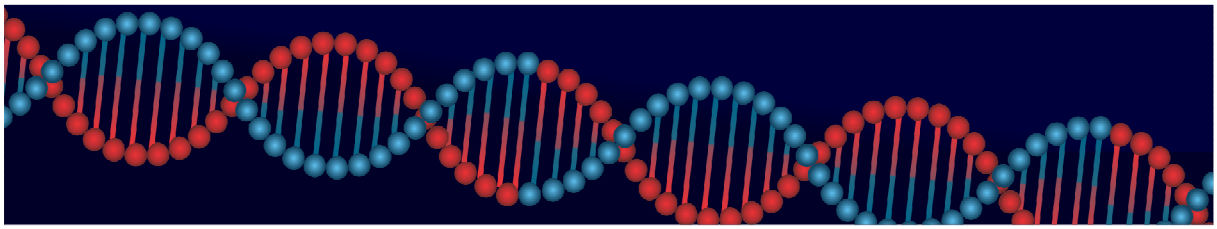
JANONE, Lucas. Profissionais de saúde no Rio relatam desperdício de vacinas contra Covid-19. **CNN Brasil,** 2021. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/01/29/profissionais-de-saude-no-rio-relatam-desperdicio-de-vacinas-contra-covid-19. Acesso em: 22 jul. 2021.

NIETO, Marya González. Ler ficção nos torna mais empáticos. **El País**, 19 jul. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/18/cultura/1468850653_180510.html. Acesso em: 12 jul. 2021.

SAÚDE, Secretaria de Vigilância em; TRANSMISSÍVEIS, Departamento de Imunização e Doenças; IMUNIZAÇÕES, Coordenação-Geral do Programa Nacional de. **Coordenação-Geral do Programa Nacional de Imunizações**. Brasília: Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/marco/23/plano-nacional-de-vacinacao-covid-19-de-2021. Acesso em: 22 jul. 2021.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade. **DHNET,** 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 19 jul. 2021.

TEÓFILO, Rodolfo. **A Fome.** São Paulo: Tordesilhas, 2011.



DIREITO: INEFICÁCIA SOCIAL E ANOMIA NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

Pedro George Sales Torres

Resumo: O direito positivo consiste em um conjunto de normas coercitivas que são impostas pelo Estado visando a segurança jurídica e edificadas conforme critérios de justiça. Contudo, as normas jurídicas não são artefatos transcendentais, mas se materializam enquanto construções sociais advindas de distintas fontes. Nesse sentido, o direito positivo não é algo inerte, mas dinâmico. Como tal, deve se reconfigurar para o atendimento das transformações e demandas sociais. Nesse esteio, o presente artigo objetiva analisar os impactos da ineficácia anômica do Direito, na pandemia de COVID-19 em território brasileiro, sobretudo às populações de vulnerabilidade socioeconômica. Ao decorrer do texto se conceituam e discutem à eficácia jurídica e social; à anomia; bem como aos impactos sociais e econômicos diante da desigualdade social no contexto pandêmico. A literatura sobre o tema apresenta contrassensos e convergências. Contudo, as produções científicas contextualizadas historicamente no período posterior à Constituição Federal de 1988 apresentam uma maior nitidez na defesa da atuação equânime do Estado para com grupos sociais mais vulneráveis.

Palavras-chaves: Direito; Anomia; Eficácia; COVID-19.

Resumen: El positivo directo consiste en un conjunto de normas coercitivas que son impuestas por el Estado con miras a la seguridad jurídica y construidas con criterios de justicia. Sin embargo, las normas legales no son artefactos trascendentales, sino que se materializan como construcciones sociales que surgen de diferentes fuentes. En este sentido, el derecho positivo no es algo inerte, sino dinámico.En este marco, este artículo tiene como objetivo analizar los impactos de la anómala ineficacia de la Ley, especialmente en

poblaciones de vulnerabilidad socioeconómica, en la pandemia COVID-19 en territorio brasileño.A lo largo del texto se conceptualiza y discute la efectividad jurídica y social; a la anomia; así como los impactos sociales y económicos derivados de la anomia frente a la desigualdad social en el contexto de la pandemia.La literatura sobre el tema presenta contradicciones y convergencias. Sin embargo, las producciones científicas históricamente contextualizadas en el período posterior a la Constitución Federal de 1988 presentan mayor claridad en la defensa de la acción equitativa del Estado hacia los grupos sociales más vulnerables.

Palabras clave: Derecha; anomia; eficiencia; covid-19.

1. Introdução

Desde os primórdios das relações humanas, com a formação das primeiras sociedades, vigorava um Direito Natural advindo de costumes, culturas e cosmovisões assentes em elementos divinos, cosmológicos, imateriais, etc. Paulatinamente surgiu a necessidade de serem realizados regramentos de condutas de forma escrita, concebendo a gênese do Direito Positivo, o qual se formata como um compêndio de regras coercitivas consubstanciadas com base em critérios de justiça para o alcance da segurança jurídica (NADER, 2003).

Dessa forma, por uma compreensão popular, o Direito é corriqueiramente concebido por um viés estritamente positivo, o qual preconiza a existência de normas para resolução de conflitos e a ação do Estado como agente nas definições dos regulamentos sociais. Porém, é mister frisar uma perspectiva mais ampla sobre o Direito, a qual afirma que o mesmo transcende um mero conjunto de normativos impostos pelo Estado, mas também vislumbra que a sociedade atua como criadora de fontes do Direito, a exemplo da formação de costumes iminentes dos laços culturais de um povo.

Segundo Roberto Lyra Filho (2017), para que haja uma compreensão coesa a respeito do Direito, *a priori* é preciso que se entenda o que não é o direito. Nesse hiato, a semelhança entre o direito e a lei amiúde é contemplada por uma acepção de igualdade, contudo, essa compreensão é equivocada, pois a última é entendida como uma manifestação estatal e que muitas vezes expressa os interesses das classes dominantes. Já o direito é uma expressão da

vontade social que perpassa os muros das leis, logo, contempla valores e princípios construídos socialmente.

Outrossim, no cerne do senso comum é corriqueira uma banalização da relação entre o Direito e a justiça, isso porventura ocorre devido às associações equivocadas e exacerbadas das punições em relação aos infratores das leis, nesse sentido, por um pensamento valorativo se faz justiça. Em muitas circunstâncias a justiça não se configura como resultado, mas como objetivo da aplicação do Direito. Sob esse viés, ao englobar valores inerentes ao ser humano, existem casos em que são corretos os normativos jurídicos, mas não são coerentes os preceitos de justiça. Do mesmo modo, existem situações vislumbradas socialmente como justas, mas não são aceitas pelas normas.

Conquanto, o Direito visa a obtenção de segurança exercendo critérios de justiça. Assim, para Ihering (1872), por uma questão natural e de uma necessidade do Direito, é a lei que tem uma força regrativa em uma sociedade. O interesse na consolidação de direitos é traçado por empasses, a luta é advinda e tem como causa um tolhimento deste direito.

Para (IHERING, 1872) em uma perspectiva individual, os homens que possuem seu direito afrontado são quem devem resistir, pois o direito à vida é a suprema lei de criação, mas a existência moral também exige o direito. É no tamanho da revolta e no ataque a lesões ao direito que pessoas e sociedades irão sentir a necessidade deste, dessa forma, a defesa do direito é um ato pessoal e é um dever subjetivo fazê-lo ser cumprido.

No âmbito coletivo, a luta pelo direito é dita como um dever, o qual o direito concreto é uma autorização estatal para um enfrentamento pela lei de situações injustas, sendo dever ser cumprido pelos indivíduos para consigo mesmos como para com os seus semelhantes. Dessa forma, aqueles que transgridem leis são os que não as defendem, pois não se trata de um interesse subjetivo, mas sim social, no qual “[...] a luta pelo direito é ao mesmo tempo uma luta pela lei” (IHERING, 1872).

Hodiernamente, a pandemia de COVID-19 trouxe consigo uma profunda crise sanitária e humanitária, concretizando uma ameaça mundial, independente do grau de desenvolvimento econômico. Todavia, a capacidade de implementação de medidas de manejo da doença repercutiram de formas diferentes, tanto nas ações de contenção da disseminação

do vírus, quanto nos impactos sociais, econômicos e jurídicos provenientes da doença, acarretando em modificações no Direito vigente como na eficácia e anomia dos normativos que tange a situação pandêmica.

A partir dessas percepções, faz-se necessária a seguinte indagação: quais são os efeitos da ineficácia social e da anomia para a concretização da justiça social visada pelo Direito na pandemia de COVID-19? Por esse motivo, o presente trabalho objetiva analisar os impactos da ineficácia anômica do Direito, no contexto pandêmico, sobretudo às populações de vulnerabilidade socioeconômica no Brasil. Como objetivo específico se tenciona compreender as concepções de anomia e eficácia jurídica e o papel estatal na consolidação dessas prerrogativas.

3. Metodologia

Para consecução do objetivo proposto, optou-se por um caminho metodológico de base indutiva, a qual parte de premissas específicas para se chegar a uma conclusão geral. Dessa forma, observando o estado de ineficácia e anomia jurídica, chega-se nos danos aos quais essa configuração gera.

O trabalho epistemológico em análise é categorizado quanto aos seus fins como uma pesquisa exploratória, partindo-se da procura por informações pretendendo conhecer o objeto observado para que hipóteses científicas coerentes sejam traçadas. Possibilitando ao pesquisador, assim, um maior resumo de possibilidades em termos de técnicas de coleta e análise de dados (VERGARA, 2000).

No que toca aos seus meios, a referida revisão bibliográfica se caracteriza como narrativa, pela não existência de elementos nítidos e sistemáticos no fluxo de procura e análise crítica da literatura, aliando, ainda, extensas fontes de informações e possibilitando a incorporação de dadas visões subjetivas dos autores na seleção de obras e construção do texto (FONSECA, 2002). Contrapondo, então, a perspectiva positivista de uma total neutralidade axiológica do pesquisador para com seu objeto, sobretudo nas ciências humanas e sociais, haja vista que, conforme salienta Laville e Dionne (1999), o pesquisador é um “ator” que exerce e recebe influência do seu objeto epistemológico.

Portanto, adotou-se um caminho a partir de procedimentos qualitativos de investigação em referenciais teóricos acerca da temática. Para tanto, realizaram-se consultas em artigos científicos exclusivamente selecionados nas plataformas de indexação Google Scholar e Scientific Electronic Library Online - SciELO. Mediante palavras-chave relacionadas ao tema se encontraram publicações científicas que foram subjetivamente selecionadas pelo pesquisador, seguindo os preceitos metodológicos da revisão bibliográfica narrativa. Ademais, buscou-se dados quantitativos no que tange às desigualdades no Brasil e pela infecção de COVID-19. Enfim, desenvolveu-se uma pesquisa de natureza analítico-descritiva,

O tratamento dos dados e a discussão dos resultados se guiou por uma natureza qualitativa, considerando-se que a pesquisa bibliográfica se volta a documentos (fontes secundárias) de domínio científico, logo, contempla artefatos já tratados por sujeitos posicionados nas relações de poder. Ademais, por se tratar de um tema jurídico, a adoção de uma abordagem qualitativa se justifica pela impossibilidade de se reduzir numericamente e controlar fenômenos essencialmente complexos e efêmeros.

3. Desenvolvimento

3.1 Eficácia jurídica e social

É de salutar importância que se diferencie a efetividade jurídica da eficácia social, a última é para Miguel Reale (2002) um reconhecimento popular do Direito, o qual a sociedade como um todo cumpre, deste modo, repercutindo em benefícios para a comunidade. Em outras palavras, é a força da repercussão de uma norma perante um povo. (WELSCH, 2007).

Já a efetividade jurídica, também conforme Welsch (2007), é relacionada ao teor da norma, tratando-se de uma íntima relação entre a vigência, tempo ao qual uma lei persiste, e a possibilidade de aplicação do normativo, pois se o corpo de uma lei visar algo inaplicável dentro de um contexto social e econômico ao qual está inserido, tal lei não terá efeito jurídico.

A efetividade social depende da jurídica, divergindo basicamente em dois aspectos: 1) no campo jurídico é que tange a possibilidade de aplicação, exigibilidade e executoriedade do

normativo; 2) já a efetividade social é o resultado concreto da lei, se ela cumpriu sua função social, caso a tenha invalidada, foi ineficaz. José Afonso concebe que “A lei é tanto mais eficaz quanto mais se projeta no meio social, em que deve atuar”.

3.2 Anomia

Etimologicamente a palavra anomia provém de *anomos*, conotada em ausência, falta, escassez; e *nomos*, definindo normativos e leis. Por lógica associativa, anomia significa a inexistência de regramentos. Possui sua neófita ainda na Grécia antiga, com o entrelaçar das discussões na Ágora, espaço público de debate, bem como em sua consolidação democrática, por mais que ainda fosse seletiva.

Para o entendimento da anomia, abordarei os pensamentos de Barbosa (2013), que afirma existir três associações em relação ao termo. A primeira é uma transgressão da norma por um indivíduo com escassa vinculação ao teor dos regramentos, a segunda é quando uma pessoa se encontra entre conflitos sociais de normativos, como por exemplo, uma regra religiosa e uma imposição estatal, por fim, atribui-se quando as normas inexistem. Essa última é mais corriqueira dentro do pensamento sociológico e jurídico, pois pode indicar “uma mudança social, contestação das regras de comportamento social, ou de uma crise de legitimidade do poder político e do seu sistema jurídico”.

O conceito de anomia ao passo que se constitui diverso é pensado por diferentes autores. Jean Marie Guyau entende um viés positivo sobre a palavra, associando um estado de evolução da sociedade humana em que os seres poderiam desenvolver as suas potencialidades e criações, culminando em um arranjo social no qual não existirá/precisará mais de leis, por uma anomia moral, bem como por uma anomia religiosa, na qual os seres iriam ser livres de julgamentos dogmáticos.

Émile Durkheim contrapôs sumamente os pensamentos de Guyau, atribuindo uma compreensão negativa, pois, na medida em que a sociedade se desenvolve, para que haja um suprimento produtivo se precisará de organização, para isso é necessário uma divisão do trabalho, o que gera especialização e uma fragmentação dos indivíduos dentro de um grupo, debilitando a solidariedade da equipe e, assim, diluindo as regras comuns de regulação das

interações entre os membros do grupo.

Durkheim em sua obra “O suicídio” (1897), aborda as causalidades sociais que geram uma pessoa a cometer o suicídio, sejam elas religiosas, profissional, geográfica, dentre outras. O pensador também classifica o suicídio em classes (egoística, altruísta e anômico), dentre elas a anômica, a qual preconiza que o indivíduo está inserido em faltas de regramentos, que acarretam inquietações e podem o levar o sujeito a tirar a sua vida. Na perspectiva do Direito, entendido como normativos sociais emanados pelo povo, as atitudes anômicas dentro de uma sociedade, como a inexistência de regramentos específicos que geram caos, são combatidas pelo Direito. De um outro lado o Direito corrobora com o status de anomia na medida de desarticulação no exercício de leis que já existem ou no desalento de novos normativos. (BARBOSA, 2013).

3.3 Impactos causados pela covid-19

A COVID-19 é compreendida como uma doença viral potencialmente infecciosa do trato respiratório, causada pelo novo coronavírus, que ocasiona uma síndrome respiratória aguda grave (SARS). A infecção irá variar de quadros assintomáticos para casos graves, os quais os enfermos podem vir a sentir dificuldade de respirar, pneumonia, febre, dentre outros agravamentos. Dessarte, devido a transmissão ser pelo contato de um indivíduo para com o vírus, seja por um objeto, comida, gotículas do ar, dentre outras formas, medidas para que sejam evitados os contágios são necessárias, como a higienização, uso de máscara e, principalmente, o distanciamento social. (DE SANTA CATARINA, 2020).

Por se tratar de uma situação atípica, o "lockdown", recomendação mais rígida de distanciamento social , por mais que necessária para que os sistemas de saúde públicos e privados não entrem em colapso, ecoa em diferentes impactos no modo de viver em sociedade e na economia em todos os países do globo, porém atingindo principalmente as bases econômicas de países em desenvolvimento, modificando a capacidade de produção, venda e compra de produtos.

Estruturalmente o Brasil carrega feridas não cicatrizadas de uma desigualdade socioeconômica entre seu povo. Anteriormente a pandemia, no ano de 2019, ocupava o segundo lugar no ranking dos países mais desiguais do mundo, o qual 1% da população

concentrava 28,3% do Produto Interno Bruto nacional, segundo relatório da Organização das Nações Unidas. (SASSE, 2021).

A posteriori o início do surto de SARS-Cov-2, os dados se configuram ainda mais alarmantes. O Índice Gini, que mede os níveis de desigualdade de uma determinada população, quanto mais perto a 1, maiores os contrastes socioeconômicos. No ano de 2021, o Brasil alcançou 0,674, quando comparado ao mesmo período do ano de 2019, que obteve 0,543, houve um aumento substancial.

Dessa forma, a pandemia de COVID-19 trouxe visibilidade ao gigantesco abismo desigualitário entre os sujeitos, grupos sociais e territórios globais, seio em que a concentração de renda entre uma minoria desassiste em diversos segmentos outros contingentes populacionais que quando não se submetem a condições de trabalho formal, essenciais ou não, com escassa proteção, são jogados no mercado informal, com trival contato com o vírus, sem nenhum direito garantido, aventurando diariamente pela subsistência.

À vista disso, ao longo do tempo os Estados Democráticos de Direito foram encarregados de extinguir, ou ao menos amenizar, as lacunas sociais fomentadas por essa realidade, amparando aos vulneráveis e oferecendo uma qualidade em saúde, educação, moradia, segurança, trabalho, lazer, transporte, previdência social e alimentação. Por mais que ainda seja deficitário sua aplicação em território brasileiro, o artigo 6ª da Carta Magna da Federação de 1988 assegura tais direitos.

> Os direitos prestacionais transportam os principais valores do Estado Democrático de Direito, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana, que é diretamente dependente de uma atuação do Estado no sentido da efetivação e atendimento às garantias e direitos sociais aos cidadãos por uma previsão constitucional já expressa e instituída em norma jurídica. Logo, os direitos sociais impostos pela força normativa da Constituição ultrapassam todo o ordenamento jurídico, por estarem ligados aos interesses cidadãos e coletivos do ser humano e por serem necessários à proteção da sua dignidade.

Todavia, é clarividente que em diversos Estados que possuem em seu Governo líderes com concepções ideológicas antagônicas a tais políticas assistenciais, por mais que ainda possuam positivação de tais direitos (não sendo anômicos em normativos), estagna no

pragmatismo, ficando apenas na teoria e não exercendo sua efetividade jurídica e muito menos social.

3.4 Anomia e eficácia na pandemia

Como supracitado, o distanciamento social se configura como uma das mais importantes medidas no combate à doença do novo coronavírus. Todavia, é indubitável que tal medida preventiva foi corriqueiramente desrespeitada, culminando em mais de 19 milhões de infectados e mais de 530 mil mortes pela doença no Brasil segundo o Ministério da Saúde (2021), superando países com maior população, a exemplo a China que possui um pouco mais de 90 mil infectados e quase cinco mil mortos por COVID-19, conforme o site CCDC (2021), ambos dados levantados no início do segundo semestre de 2021 .

Tal fato ocorreu em uma dada proporção pela anomia de um lockdown nacional, aplicado apenas em locais específicos (Estados e municípios) que em muitos casos decretaram isolamentos rígidos de forma desorganizada . Sendo esse prejudicado pela mobilidade de pessoas entre diferentes regiões, as quais adotaram medidas divergentes, repercutindo em um ciclo de ineficácia jurídica dos normativos que estabelecem restrições e de uma ineficácia social pelo povo que não os cumpre.

Dessa forma, o desenvolvimento de uma sociedade deve contemplar imprescindivelmente a efetivação e observância de fatores fundamentais à formação dos indivíduos. Assim, no cenário pandêmico essas relações se referem ao cumprimento e a preservação dos direitos e dos princípios substanciais garantidos constitucionalmente, a disposição de proteção da pessoa humana, devendo ser garantidos a todos os cidadãos por meio da reunião de intervenções do Estado, como maior provedor da sociedade e da família. (MARIANO; TRINDADE; MASSIERER, 2014).

Conclusão

O artigo científico em questão objetivou analisar os impactos da ineficácia anômica do Direito, em especial para grupos sociais marcados por condições de vulnerabilidade socioeconômica no cerne da pandemia de COVID-19 em território tupiniquim. Para tanto, empreendeu-se uma pesquisa bibliográfica narrativa consubstanciada na discussão teórica

de artigos científicos e livros voltados ao artefato em observância.

Ao decorrer das discussões teóricas tecidas neste trabalho, apresentaram-se conceitos e se discutiram elementos relativos à eficácia jurídica e social; à anomia; bem como aos impactos sociais e éticos advindos da anomia diante da desigualdade social. Aponta-se que a literatura sobre o tema apresenta contrassensos e convergências.

Exclama-se, ainda, que o direito não pode ser visto por uma ótica draconiana e cristalizada, mas enquanto um fato social orgânico que deve responder às demandas socialmente apresentadas. Logo, a positivação de leis especiais e a promoção de políticas públicas direcionadas a parcelas populacionais vulneráveis se faz elementar à concretização dos pressupostos democráticos e à emersão de um mundo comum em que todos os sujeitos tenham os seus direitos fundamentais respeitados, sobretudo em situações de calamidade como a retratada.

Almeja-se prosseguir com a presente pesquisa tencionando investigar os impactos da anomia e eficácia na pandemia do coronavírus no Estado do Ceará e em seguida em outro trabalho analisando no município de Crato-CE.

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Gilmara Maria de Oliveira. Anomia, direito e pós-modernidade. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Lisboa**, n. 9, p. 9043-9081, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus**, 2021. Disponível em: Coronavírus Brasil (saude.gov.br). Acesso em: 10/07/2021.

DE FARIA, Daniela Lopes; ITO, Christian Norimitsu; DA COSTA, Inês Moreira. Desconstruindo a ineficácia dos direitos sociais: por uma reconstrução dos direitos sociais democrática, participativa e transnacional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 6, n. 1, p. 96-113, 2016.

DE SANTA CATARINA, Governo et al. **Manual de Orientações da COVID-19 (vírus SARS-CoV-2)**. 2020.

FGV: renda do brasileiro fica abaixo de R$ 1 mil pela primeira vez em dez anos. IG Economia, 2021. Disponível em: FGV: renda do brasileiro fica abaixo de R$ 1 mil pela primeira vez em dez anos | Economia | iG. Acesso em: 05/07/2021.

FONSECA, João José Saraiva da. Apostila de metodologia da pesquisa científica. João José Saraiva da Fonseca, 2002.

IHERING, Rudoff V. “A luta pelo Direito”. São Paulo: Martin Claret, 1872.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. Problema e problemática. Artmed, 1999.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. Brasiliense, 2017.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

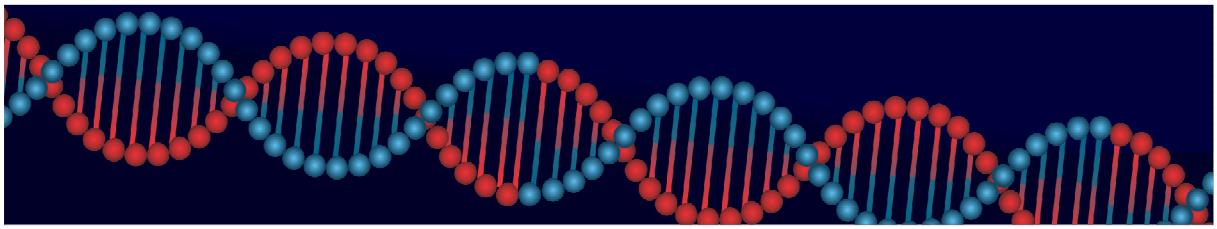
PRECIADO, Paul Beatriz. **Um apartamento em Urano**: crônicas da travessia. (1° Ed.). Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2020.

Rastreamento da Epidemia (2021). China CDC (CCDC), 2021. Disponível em: http://weekly.chinacdc.cn/news/TrackingtheEpidemic.htm. Acesso em : 10/07/2021.

SASSE, Cintia. Recordista em desigualdade, o país estuda alternativas para ajudar os mais pobres. **Agência Senado**, 2021. Disponível em: Recordista em desigualdade, país estuda alternativas para ajudar os mais pobres — Senado Notícias. Acesso em: 03/07/2021.

TERRA, Rosane B. et al. **A (in) efetividade das políticas públicas educacionais no atual Estado Democrático de Direito**. Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, n. 11, 2014.

WELSCH, Gisele Mazzoni. A eficácia jurídica e social (efetividade) das normas de direitos fundamentais. **Páginas de Direito**, v. 1, 2007.



DIREITOS HUMANOS, SAÚDE, E A PANDEMIA DO COVID-19: OS LIMITES DA LIBERDADE INDIVIDUAL FRENTE AO CONTÁGIO DO CORONAVÍRUS

*Emilly Bezerra Neves**
*Luana de Andrade Oliveira***
*Maria Júlia de Oliveira Fernandes****

Resumo: A liberdade individual se constitui como um direito fundamental ao ser humano, este, inclusive, é garantido por meio de normas, como no art. 5 da Constituição da República Federativa de 1988. Entretanto, o cenário atual é marcado pela pandemia do Covid-19, que intercorre em restrições de algumas liberdades individuais em razão do alto nível de contágio que o vírus proporciona. Sendo assim, o estudo em evidência teve como objetivo principal realizar uma análise, com fundamento nas decisões do Supremo Tribunal Federal, sobre quais os direitos e garantias individuais assegurados pelo Estado, com a finalidade de manter a liberdade do indivíduo a partir da ratificação da saúde coletiva. A pesquisa é desenvolvida utilizando o método dedutivo. Nesse sentido, a pesquisa em questão inicia-se com uma investigação a respeito dos deveres do Estado no panorama da pandemia da Covid-19. Em seguida, a pesquisa busca analisar a questão da vacinação, o direito a saúde em comparação ao direito da liberdade individual. Para assim, responder ao questionamento proposto: em relação a vacinação, até onde vai a liberdade individual da população brasileira em contraponto com o bem estar coletivo? Dessa maneira, é necessário evidenciar que a liberdade

* Acadêmica de Direito, cursando terceiro semestre pela Universidade Regional do Cariri - e-mail: emilly.bezerra@urca.br

** Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri, cursando terceiro semestre - e-mail: luana.andrade@urca.br

*** Bacharelanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri, cursando quarto semestre - e-mail: julia.fernandes@urca.br

individual é um direito essencial, no entanto, para que seja garantido na atual conjuntura, é primordial que o direito a saúde seja assegurado.

Palavras-chave: Coletividade; Covid-19; Estado; Liberdade individual.

Abstract: Individual freedom is constituted as a fundamental right to the human being, this is even guaranteed through norms, as in Art. 5 of the Federative Constitution of the Republic of Brazil of 1988. However, the current scenario is marked by the Covid-19 pandemic, which interferes with restrictions of some individual freedoms due to the high level of contagion that the virus provides. Thus, the main objective of the study was to perform an analysis, based on the decisions of the Supreme Court, on the individual rights and guarantees guaranteed by the State, with the purpose of maintaining the freedom of the individual from the ratification of public health. The research is developed using the deductive method. In this sense, the research in question begins with an investigation on the duties of the State in the panorama of the pandemic of Covid-19. Next, the research seeks to analyze the issue of vaccination, the right to health compared to the right of individual freedom. To answer the proposed question: in relation to vaccination, how far does the individual freedom of the Brazilian population go in counterpoint to collective well-being? Thus, it is necessary to show that individual freedom is an essential right, however, in order to be guaranteed in the current conjuncture, it is essential that the right to health be guaranteed.

Keywords: Collectivity; Covid-19; State; Individual freedom.

1. Introdução

No topo da pirâmide do ordenamento jurídico do Estado Brasileiro está a Constituição Federal e os Tratados Internacionais. Visto isso, o Brasil possui cooperação com a Organização das Nações Unidas para estabelecer os Direitos Humanos em território nacional, ou seja, reconhecer a dignidade e a igualdade da pessoa humana, para assim, proporcionar uma melhor qualidade de vida. No entanto, com a pandemia do Covid-19, direitos individuais precisaram ser reduzidos, tendo em vista o alto índice de contágio que o vírus promove, logo, necessitando ter em consideração os direitos sociais, primordialmente o direito a saúde.

Em primeiro lugar, de maneira geral, a pesquisa busca realizar uma análise, com fundamento nas decisões do Supremo Tribunal Federal, sobre quais os direitos e garantias individuais assegurados pelo Estado, com o objetivo de manter a liberdade do indivíduo a partir da ratificação da saúde coletiva. Então, perante o cenário atual, observa-se que medidas são tomadas pelo Poder Público com o objetivo de reduzir os níveis de contágio, como por exemplo, decretos estaduais.

Essas políticas estão amparadas pela medida cautelar 6.341, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que permite os Estados e Municípios definirem medidas para o enfrentamento da Covid-19. Além dessas deliberações feitas pelos Poderes Públicos que implicam diretamente no direito individual, especificamente o da liberdade, em detrimento da saúde pública, há a questão da vacinação, onde muitas pessoas se recusam a tomá-la. É nesse contexto que surge o questionamento, em relação a vacinação, até onde vai a liberdade individual da população brasileira em contraponto com o bem estar coletivo?

Em segundo lugar, neste sentido, é realizada uma investigação a respeito dos deveres do Estado no panorama da pandemia da Covid-19. Logo, diante da presente conjuntura, sendo esta atípica, o Estado tem como dever assegurar os direitos através de políticas sociais e econômicas que tenham como objetivo a redução da contaminação do vírus em questão, isto é, se faz necessário adaptar a legislação a realidade atual.

Por fim, a pesquisa procura analisar a questão da vacinação, o direito a saúde em comparação ao direito da liberdade individual. Assim, a ADI 6.586, visa a vacinação compulsória, podendo ser facultada a recusa do indivíduo, porém a renúncia é capaz de gerar uma série de restrições. Entretanto, ainda que a rejeição seja seguida por uma série de limitações, retorna-se à indagação inicial, até que ponto chega à liberdade individual, considerando a circulação de um vírus letal. Levando em consideração o contexto vivido devido ao SARS-CoV-2, esses pontos: direitos individuais, direito a saúde pública, coletividade, vacinação, ainda são alvos de discussões nas comunidades jurídica, científica e social. Dessa forma, é crucial analisar, com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal, sobre quais os direitos e garantias individuais assegurados pelo Estado que tem como objetivo preservar a liberdade individual a partir da validação da saúde coletiva.

A pesquisa utiliza-se do método dedutivo, uma vez que, parte de um aspecto geral até

um quesito específico. Em referência ao tipo de pesquisa, é definida como exploratória, com o propósito de fazer uma análise crítica do fenômeno social, ou seja, a recusa da vacinação, observando os direitos individuais e coletivos, e examinando o papel do Estado diante da situação de pandemia. No que diz respeito ao método de procedimento, consiste no descritivo, que tem como finalidade descrever, conceituar e caracterizar, questões específicas da pesquisa, como, direitos e garantias individuais, direitos coletivos propiciados pela Constituição Federal/88, assim como, os deveres do Estado. No que concerne a abordagem da pesquisa, é classificada como qualitativa, do tipo bibliográfico, e utiliza de fontes secundárias, como, livros e monografias que tratam a respeito do tema. Portanto, é por meio dos percursos metodológicos e objetivos definidos que se procura examinar o questionamento proposto pela pesquisa.

2. Deveres do estado diante do panorama da pandemia do Covid-19

São prescritos na Constituição (BRASIL,1988) os deveres do Governo do Estado e seus entes federativos baseiam-se nos princípios fundamentais: garantir a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Destarte, cabe essencialmente ao governo a promoção de um serviço de saúde de caráter universal e capacitado para atender a população em geral, objetivando assegurar uma vida digna.

É dever da União, assim como dos estados, de caráter individual, legislar sobre suas particularidades, a fim de promover uma totalidade de ações com a finalidade de assegurar bem estar social (BRASIL, 1988). Decorrente da grande extensão territorial do Brasil, através do que está previsto na norma, cada ente federativo pode lidar com as particularidades da região sob seu domínio, pois cada local do país possui uma demanda diferente. Sendo assim, cabe ao Governo Federal, produzir um comando de tendência abrangente. Dessa forma, em conformidade com decisão do STF (2020), através da medida cautelar 6341 na ADI, que possui como relator o Ministro Marco Aurélio, foi acentuado a competência concorrente dos Estados e Municípios para legislar sobre as singularidades que demandam do território sob seu domínio, sem comprometer a soberania da União.

Destarte, diante da pandemia do coronavírus, buscando enfrentar a crise na saúde pública, foi decidido pelo STF, através da Medida Cautelar de Inconstitucionalidade 6.341

(2020) que como é de competência comum, cada Estado deve ser autônomo a respeito das medidas de isolamento e quarentena, cabendo ao Poder Executivo, por meio de decretos, resguardar as atividades consideradas sociais e os serviços de prestação pública. Cabe ao Estado por meio de suas ações garantir os serviços indispensáveis à dignidade humana, como posto em seus princípios, sendo assim é necessário um programa efetivo de promoção à saúde da população, sem discriminação de raça, cor ou gênero.

Com a aplicação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988), é dever do Estado, a fim de garantir as funções em meio a sociedade, de caráter coletivo e individual, resguardar os direitos indispensáveis à pessoa humana. Para garantir um efetivo serviço de saúde, não é necessário somente seguir as diretrizes constitucionais, mas também o posto pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em que a saúde é definida, " não apenas como ausência de doença, mas um estado de bem-estar físico, mental e social." Em concordância, foi promulgado através da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, p.4), em seu art.25 que "todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis [...]"

De acordo com Hesse (1991), sobre a teoria normativa da Constituição, a norma constitucional não é mera folha de papel, mas sim uma força, que age em acordo com a vontade de Constituição. Dessa forma, é espelhado no texto constitucional os valores essenciais de uma comunidade e possui força jurídica capaz de ordenar a vida do Estado e da sociedade.

Foi decretado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República (Lei nº 13.979, de fevereiro de 2020), com extensão para todo o território nacional, decorrente da calamidade pública, o Estado de emergência, vigente por conta da pandemia do covid-19, há uma diminuição dos direitos reconhecidos de caráter individual. Objetivando a diminuição do contágio, fica a cargo dos entes federativos decidir a respeito da circulação dos seres, reduzindo seu direito de deslocação, livre manifestação (que cause aglomeração), liberdade de culto, entre outros.

Em decorrência da pandemia causada pelo SARS-CoV-2, o bem jurídico protegido pela norma principal é a vida, uma vez que, um grande número de contágios, há uma diminuição do livre acesso à saúde, a partir da premissa do posto constitucionalmente, a dignidade é assegurada através do atendimento às necessidades vitais de cada indivíduo. Perante o conflito entre liberdade individuais e coletivas, cabe ao Estado ser ente mediador, pois como prescrito na norma, é seu dever preservar os direitos de qualquer natureza.

Isto posto, conforme Lyra Filho (2000), o direito vem a ser um meio de coerção social, que sucede das demandas sociais. Em concordância com o posto por Konrad Hesse (1991), a respeito da força da Constituição que também decorre do desejo da população, a norma possui força somente quando atende ao desejo deles. Como sistema garantista, cabe ao direito resguardar o meio social, através de normas que preservem a cidadania e a dignidade humana. O direito à saúde, no que compreende o texto constitucional, é sinônimo do direito à vida, desse modo, o Estado tem como dever priorizar o interesse coletivo em detrimento de demandas individuais, zelando pela justiça social.

Todavia, segundo Lassalle (1933), a colocação de uma norma como mera folha de papel decorre do fato de que o que está descrito não compreende a realidade, sendo seu conteúdo uma meta a ser atingida e não a realidade de fato. Outrossim, os princípios fundamentais colocados no artigo 1° da Constituição são o embasamento para as atitudes do Estado, a fim de promover o bem-estar social. Os direitos individuais decorrem de limitações da soberania popular, para resguardar direitos indispensáveis ao ser.

Destarte sobre a definição do princípio razoabilidade (proporcionalidade), que visa a ponderação como meio de definir direitos e deveres,[1] Barroso (2012) define que deve existir uma ponderação embasada no texto constitucional, derivando dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

> A partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, a relação entre Administração e administrados é alterada, com a superação ou releitura de paradigmas tradicionais, sendo de se destacar: a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o particular, com o reconhecimento de que os interesses privados podem recair sob a proteção da Constituição e exigir ponderações

[1] O jurista Robert Alexy (2005) define que a não aplicação de um princípio, não significa sua exclusão, existe um sopesamento, sobre qual princípio vai prevalecer em determinado caso, a mediação é feita através do uso do princípio da proporcionalidade. Dessa forma os direitos individuais, inerentes à personalidade, não são excluídos com o prevalecimento dos direitos reconhecidos como da coletividade.

em concreto. (BARROSO, 2012, p.31-63).

Assim, conforme Hesse (1991), a Constituição escrita é ente legitimador das demandas sociais, atuando como mediador da relação composta pelo povo e o Estado. Dessa forma a Constituição deve ser plástica, flexível, para se moldar ao que é requerido em determinado momento da história, portanto não pode negar o que está presente no meio social. Posto isto, a norma constitucional, deve possuir também legitimidade e eficiência, visando moderar as relações individuais em detrimento do bem estar coletivo. É obrigação de todos os componentes, atribuídos através de uma responsabilidade solidária, uma vez que é entendimento do STF, que a saúde é um direito fundamental essencial.

Em vista disso, utilizando do art.196 da Constituição Federal/88, é possível arrazoar que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, sendo garantido mediante políticas sociais e econômicas de modo 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. Assim, é possível assegurar que todos são livres para exercer seus direitos desde que respeitem o do próximo. Visto que a liberdade individual é respeitada pelo Estado na condição que a coletiva esteja sendo respeitada pelo próprio indivíduo.

3. Vacinação: o direito a saúde em comparação ao direito de liberdade

Conforme a Constituição da República Federativa do Brasil, o país rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, sendo um desses direitos sociais a seguridade da sua saúde. Tal tema é amplamente discutido no cenário proporcionado pela pandemia do Covid-19, onde é questionado os direitos e garantias individuais assegurados pelo Estado frente a uma problemática, sobretudo de saúde coletiva. Afinal, até onde vai a liberdade individual da população brasileira em contraponto com o bem estar coletivo?

Diante do panorama vivido atualmente no Brasil, e utilizando de dados levantados pela revista **Consensus - um dos principais veículos de comunicação social do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS),** vemos uma queda sucessiva das taxas de imunização no país, assim como uma resistência do grande movimento antivacina, que ganha cada vez mais espaço na sociedade. Tais convicções são fundamentadas pelo questionamento

da necessidade da vacinação, o medo de consequências deletérias, a falta de instrução sobre o processo e até mesmo questões políticas, onde acaba por ganhar uma maior impulsividade com o uso das redes de comunicação, a partir da disseminação de informações e de ideias, independentemente da credibilidade. Contudo, esses equívocos, embora tenham ganhado um considerável número de adeptos atualmente, não são necessariamente uma novidade. De acordo com as informações disponibilizadas pela Revista da Vacina do Ministério da Saúde, no século XIX, quando houve as primeiras campanhas de vacinação no território brasileiro para resolver a enorme epidemia que assombrava o país, as ações obrigatórias acabaram por serem recebidas com grande insatisfação popular, levados pela crença de que as vacinas eram uma tentativa governamental para o controle social - argumento que ainda prevalece nos adeptos a não-vacinação no século XXI.

Ademais, de acordo com o artigo "Vacinação, varíola e uma cultura da imunização no Brasil" do Gilberto Hochman, para reinstaurar a obrigatoriedade da vacinação e a revacinação em todo o país, foram definidas sanções legais que incluíam multas àqueles que não fossem vacinados, exigência de atestado de vacinação para matrículas nas escolas, acesso a empregos públicos, casamentos e viagens, além de possibilitar os serviços sanitários adentrar residências para vacinar seus moradores. Essa obrigatoriedade, assim como a falta de processo informativo a fim de despertar a espontaneidade na população, acabou por se transformar em um evento desastroso que culminou na Revolta da Vacina (HOCHMAN, 2011). Segundo informações prestadas pelo portal da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), somente com a formulação do Plano Nacional de Imunização (PNI) em 1973, o Brasil acabou por se tornar uma referência mundial por seu pioneirismo na universalização da vacina, de modo que com ações planejadas e sistematizadas, acabou por erradicar diversas doenças. Utilizando de uma linguagem popular - para que fosse possível uma aproximação com o público, nas propagandas disseminadas nos diversos meios comunicativos, assim como o uso da imagem de pessoas famosas e até mesmo a criação do personagem Zé Gotinha em uma tentativa de transformar o apelo em algo lúdico. Assim, a obrigatoriedade da vacina – que tinha sido suspensa no dia 16 de novembro de 1904, voltou a constituir os artifícios legais, dessa vez para crianças e adolescentes, a partir da Lei 8.069 de 1990, o que resultou em um quadro favorável, visto que várias doenças foram erradicadas do território nacional. Entretanto, a partir de 1998, a desconfiança que já havia perdido força foi reacendida a partir da publicação do artigo do médico e pesquisador inglês Andrew Wakefield, onde afirmava que o uso da vacina tríplice viral estava associado com o surgimento de autismo (WAKEFIELD, 1998).

Desse modo, uma série de outras associações equivocadas, que acabaram por ganhar notoriedade com a explosão informacional vivenciada, principalmente ao longo deste século, fazem com que o movimento antivacina cause consequências danosas à sociedade.

Sendo a Constituição Federal/88 a regência máxima do direito no país, é necessário ponderar o art.4, onde é afirmado que a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos, IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (BRASIL, 1988). À vista disso, é imprescindível citar que os efeitos da desinformação não são restringidos apenas a aqueles que negam a vacinação, mas a sociedade em geral, visto que o sucesso do controle das doenças depende da adesão das coberturas vacinais, de modo que é necessário melhorar a situação da população como um todo. A médica infectologista Rosana Richtmann destaca a responsabilidade social de quem não se vacina ou deixa de vacinar as crianças.

> Ao par da água potável, a imunização é, sem dúvida, a melhor ação de prevenção em saúde pública. Mas a vacinação tem que acontecer em massa para que seja eficaz. Não adianta só individualmente eu me vacinar. Tenho que ter também um ato de responsabilidade. Me proteger para proteger quem eventualmente não pode ser vacinado. (RICHTMANN, 2019)

Dessarte, é necessário abordar a seguinte questão: a liberdade individual pode realmente sobrepor ao bem coletivo? É uma realidade defendida pela própria Constituição, enquanto direitos indispensáveis à pessoa humana, que todo cidadão brasileiro tem como direito básico à liberdade. Sendo livres para terem sua integridade física - no qual reafirma seu direito à vida e sobre o seu corpo, ou moral respeitadas. Todavia, é preciso salientar que o Direito tem em sua máxima a função da vida social. O autor Léon Duguit (2006), em sua teoria denominada Solidarismo Social, defende que o homem sempre viveu em sociedade com seu semelhante, ou seja, que historicamente, sempre existiu a consciência de sociabilidade e individualidade na relação do homem para com a comunidade. Portanto, há e houve sempre grupos sociais, e os homens que fazem parte desses grupos têm ao mesmo tempo consciência de sua individualidade própria e dos laços que os unem aos outros homens, pois se encontram ligados pelos laços da solidariedade social. Ademais, Duguit (2006) adverte que embora sejam diversas as formas sociais, bem como os laços de solidariedade, de acordo com o tempo e o local, a solidariedade encontra-se vinculada à elementos considerados essenciais. Portanto, o autor identifica dois tipos de espécie de solidariedade que podem se sobrepor uma à outra de acordo com o contexto social. Sendo a primeira espécie de solidariedade a solidariedade mecânica (por semelhança), ou seja, essa manifestação de

solidariedade compreende ao fato dos homens de uma determinada comunidade ou grupo serem solidários entre si, pois possuem necessidade em comum, que pressupõe a vida em comum.

Considerações Finais

Como consequência da pandemia causada pelo Covid-19, entre o direito a saúde e o direito à liberdade individual, o fator jurídico protegido pela norma passa a ser a vida, visto que, há um grande número de contágios, e como resultado, há uma diminuição do livre acesso à saúde, isto é, nem todos os indivíduos poderão alcançar os serviços de saúde. Perante esse panorama de esgotamento de acesso à saúde, o Estado está em frente a um direito que possui maiores demandas, sendo preciso maior empenho a esse do que ao direito de liberdade. Ademais, vale destacar que a dignidade é assegurada através do atendimento às necessidades básicas de cada indivíduo. Sendo assim, diante da ponderação entre liberdade individuais e coletivas, cabe ao Estado ser ente mediador, porque como prescrito em norma, é seu dever preservar os direitos de qualquer natureza, assim como, reconhecer a dignidade da pessoa humana.

É necessário evidenciar que os direitos individuais possuem validade e garantia perante normas, inclusive no cenário presente. Entretanto, devido uma pandemia em curso do coronavírus, esses direitos são postos em segundo plano, dado que, neste momento há uma prevalência do direito à saúde, do direito a vida que depende das medidas de proteção do próximo. Assim como estabelece a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586, em que há uma compulsoriedade da vacinação, o que não significa dizer vacinação forçada, uma vez que, o indivíduo poderá rejeitar a vacina, porém em decorrência dessa decisão, poderá encadear medidas limitantes. Dessa maneira, nota-se que há uma dependência dos direitos individuais em relação aos direitos sociais, dado que, a saúde e direito a vida do outro dependerá de uma série de ações protetivas do indivíduo.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. **Revista de Direito Privado**, n. 24. São Paulo, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31-61.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

BRASIL. **Lei nº 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. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF de 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038. Acesso em: 02 jul. 2021.

CEDIPI. **Liberdade individual não pode se sobrepor ao bem coletivo**. Disponível em: https://www.cedipi.com.br/2019/02/liberdade-individual-nao-pode-se-sobrepor-ao-bem-coletivo/. Acesso em: 17 jul. 2021.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Franca: Ícone, 2006.

GAGLIARDI, Juliana; CASTRO, Celso**. Revolta da Vacina**. Disponível em: https://atlas.fgv.br/verbetes/revolta-da-vacina. Acesso em: 12 jul. 2021.

HOCHMAN, Gilberto. **Vacinação, varíola e uma cultura da imunização no Brasil**. Casa de Oswaldo Cruz, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro. Disponível em: https://scielosp.org/article/csc/2011.v16n2/375-386/#. Acesso em: 13 jul. 2021.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 03 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos

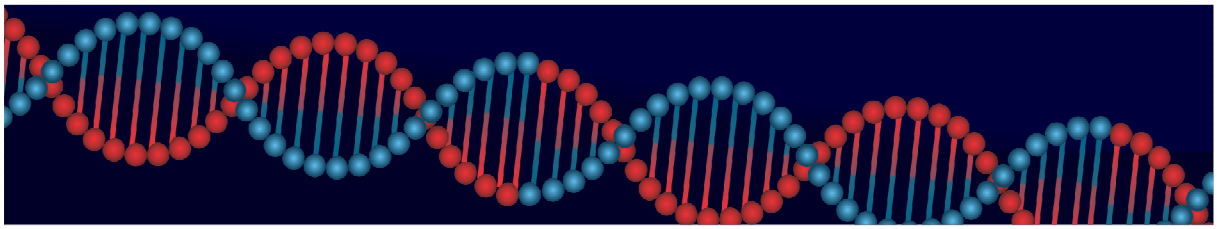
Humanos. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 02 jul. 2021.

Radis destaca papel do programa nacional de imunizações. Fundação Oswaldo Cruz, 25 maio 2021. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/noticia/radis-destaca-papel-do-programa-nacional-de-imunizacoes. Acesso em: 05 jul. 2021.

REVISTA CONSENSUS. **A queda da imunização no Brasil**, 2017. Trimestral. Disponível em: https://www.conass.org.br/consensus/queda-da-imunizacao-brasil/. Acesso em: 10 jul. 2021.

REVISTA DA VACINA. **A revolta da vacina**. Disponível em: http://www.ccms.saude.gov.br/revolta/revolta.html. Acesso em: 11 jul. 2021.

WAKEFIELD, Andrew J. **MMR vaccination and autism**. Disponível em: https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(05)75696-8/fulltext. Acesso em: 16 jul. 2021.



ENTRE LIBERDADE E SAÚDE PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VACINAÇÃO COMPULSÓRIA NA ADI 6.587/DF

Raimundo Sérgio Queiroz da Silva[*]
Ramon dos Santos Ferreira[**]
Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva[***]

Resumo: Os dispositivos legais da Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que tratam do combate à pandemia de Sars-CoV-2, foram centro de intensa disputa jurídica e política. O questionamento de sua constitucionalidade foi feito na ADI 6.587/DF, que discute aparente tensão existente entre a liberdade individual e a saúde pública diante da vacinação compulsória. É nesse contexto que se pergunta: a vacinação compulsória polariza a liberdade individual e a saúde pública? O objetivo desse trabalho é buscar a mediação feita entre liberdade e saúde pública na ocasião da ADI 6.587/DF. A abordagem metodológica adotada é qualitativa, de natureza básica, com objetivos exploratórios e procedimento documental-bibliográfico. Em um primeiro momento é apresentado o contexto jurídico-político em que se encontrou a Lei Nº 13.979 e a ADI 6.587/DF, trazendo as principais alegações e resultados do Acórdão, o que é de direito no caso. Depois, analisa-se a justiça dos resultados e em que medida a liberdade e/ou a saúde pública foram lesadas ou protegidas. Nesse sentido, entende-

* Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal do Cariri (UFCA). Atualmente está cursando Direito na Universidade Regional do Cariri (URCA). Membro do Grupo de Estudos em Direitos Humanos Fundamentais (GEDHUF). Bolsista PIBIC/FUNCAP/URCA do projeto de pesquisa Práticas restaurativas no cumprimento de medidas socioeducativas por adolescentes em conflito com a lei. E-mail: sergioqueiroz.urca@gmail.com

** Estudante do curso de Direito na Universidade Regional do Cariri (URCA). Membro do Grupo de Estudos em Direitos Humanos Fundamentais (GEDHUF). Bolsista PIBIC/FUNCAP/URCA do projeto de pesquisa Cartografia Jurídica: análise das normas jurídicas que regularam a escravização de pessoas negras no período colonial e imperial brasileiros. E-mail: ramonsantos.ferreira77@gmail.com

*** Orientador. Professor do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA). Doutorando em Educação pelo PPGEd/UFRN. Mestre em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/UFPB. Membro/Pesquisador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos Fundamentais (GEDHUF). Coordenador do projeto de pesquisa Práticas restaurativas no cumprimento de medidas socioeducativas por adolescentes em conflito com a lei. E-mail: cristovao.teixeira@urca.br

se que a ADI 6.587/DF é exemplar ao mediar os princípios liberdade, segurança e bem comum, presentes na CF/88, garantindo a intangibilidade e inviolabilidade do corpo humano, pois a limitação da liberdade que a vacinação compulsória gera é proporcional ao bem jurídico protegido, a saúde pública.

Palavras-chave: Lei Nº 13.979/2020; ADI 6.587/DF; Liberdade; Saúde Pública; Vacinação.

Resumen: Las disposiciones legales de la Ley nº 13.979, del 6 de febrero de 2020, que tratan de la lucha contra la pandemia de Sars-CoV-2, fueron el centro de una intensa disputa jurídica y política. El cuestionamiento de su constitucionalidad se hizo en el ADI 6.587/DF, en el que se discute la aparente tensión entre la libertad individual y la salud pública ante la vacunación obligatoria. En este contexto nos preguntamos: ¿la vacunación obligatoria polariza la libertad individual y la salud pública? El objetivo de este trabajo es buscar la mediación entre la libertad y la salud pública con motivo de la IDA 6.587/DF. El enfoque metodológico adoptado es cualitativo, de carácter básico, con objetivos exploratorios y procedimiento documental-bibliográfico. En un primer momento, se presenta el contexto jurídico-político en el que se encuentran la Ley Nº 13.979 y el ADI 6.587/DF, trayendo los principales alegatos y resultados de la Sentencia, lo que es correcto en el caso. A continuación, se analiza la justicia de los resultados y en qué medida se lesionó o protegió la libertad y/o la salud pública. En este sentido, se entiende que el ADI 6.587/DF es ejemplar al mediar los principios de libertad, seguridad y bien común, presentes en la CF/88, asegurando la intangibilidad e inviolabilidad del cuerpo humano, pues la limitación de la libertad que genera la vacunación obligatoria es proporcional al bien jurídico protegido, la salud pública.

Palabras clave: Ley Nº 13.979/2020; ADI 6.587/DF; Libertad; Salud pública; Vacunación.

Introdução

O Brasil ainda vive um cenário de intensa disputa política e jurídica a respeito das medidas estatais a serem adotadas no combate à pandemia de Sars-Cov-2. Dentre os dispositivos legais que foram alvos dessa disputa está a Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da pandemia. A Ação Direta de

Inconstitucionalidade (ADI) 6.587/DF, que tratou especificamente da vacinação compulsória, foi uma dessas batalhas e tratou da aparente tensão existente entre a liberdade individual e a saúde pública.

É nesse contexto que se pergunta: a vacinação compulsória polariza a liberdade individual e a saúde pública? O objetivo desse trabalho é buscar a mediação feita entre liberdade e saúde pública na ocasião da ADI 6.587/DF. A abordagem metodológica adotada foi qualitativa, de natureza básica, com objetivos exploratórios e procedimento documental-bibliográfico. No primeiro tópico são apresentadas as alegações contra a vacinação compulsória, de que modo a alínea "d" do inciso III do artigo 3º da Lei Nº 13.979/2020 é ou não inconstitucional, e, ainda, o que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu a respeito do tema.

No segundo tópico é feita uma discussão conceitual e relacional acerca da liberdade, segurança e bem comum. Parte-se de pensadores como Thomas Hobbes (2003) e John Locke (1998) para realizar uma delimitação conceitual, a fim de verificar se há, de fato, uma polarização radical entre liberdade individual e saúde pública. Ainda que a intangibilidade e inviolabilidade do corpo humano não seja atingida com a vacinação compulsória, a defesa da saúde pública é direito e dever do Estado e as medidas profiláticas e terapêuticas adotadas devem ser sopesadas em relação à privação de liberdade que demandam.

ADI 6587: *QUID IURIS?*

A pandemia de Sars-CoV-2 (WHO, 2020) demandou, desde cedo, um esforço rápido e vigoroso das autoridades públicas para seu enfrentamento. O grande potencial infeccioso e letal do vírus criou uma situação de emergência global, onde o ineditismo e a rapidez das medidas foram característicos. O âmbito jurídico foi e continua sendo o palco de grande tensão entre as possibilidades de ações públicas, com reiteradas contendas sobre a efetividade das medidas a serem adotadas e suas extensões.

A Lei Nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020 é um marco importante no Brasil, pois "dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019" (BRASIL, 2020a). Essa lei versa desde medidas sanitárias que as autoridades públicas podem adotar (art. 3º) até

dispensa de licitações para bens e serviços destinados ao enfrentamento da pandemia (art. 4º). Sua amplitude é vasta e, dada a situação política do Brasil, foi alvo de diversas controvérsias a seu respeito (AMORIM; AFFONSO; PAROLA, 2020).

Dentre as controvérsias jurídicas em âmbito federal mais relevantes pode-se destacar a ADI 6.341/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que analisou e reiterou a competência concorrente dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à pandemia (BRASIL, 2020b). A ADI 6.587/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que tratou da compulsoriedade da vacinação (BRASIL, 2020c). A Medida Cautelar na ADI 6.625/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que tratou da extensão da vigência da Lei Nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020d).

A ADI 6.587/DF (BRASIL, 2020c) ganhou repercussão nacional devido especialmente às declarações do Chefe do Poder Executivo Nacional, o Presidente Jair Messias Bolsonaro. Em diversas oportunidades o Presidente afirmou que a vacinação não seria obrigatória,[1] contrariando o que dispõe a alínea "d" do inciso III do artigo 3º da Lei Nº 13.979/2020 sancionada por ele próprio (CNN BRASIL, 2020; G1, 2020; R7, 2020). Nela consta, *ipsis litteris*:

> Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:
> (…)
> 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; (BRASIL, 2020a)

A primeira declaração do Presidente sobre a não obrigatoriedade da vacinação (CNN BRASIL, 2020) ocorreu em 19 de outubro de 2020. O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), que compõe um dos partidos da base do governo, ingressou com a petição inicial da ADI 6.587/DF arguindo a inconstitucionalidade da alínea "d" do inciso III do artigo 3º da Lei Nº

[1] A compulsoriedade de que trata a Lei Nº 13.979/2020 não se enquadra na definição semântica de outros dispositivos jurídicos, como a aposentadoria compulsória. O Acórdão da ADI 6.587/DF deixa claro que "a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário" (BRASIL, 2020c, p. 2). O significado da palavra "compulsória" no inciso III do artigo 3º da Lei Nº 13.979/2020 deve ser interpretado segundo a jurisprudência analisada, ou seja, como sinônimo de obrigatória. A obrigatoriedade cria um dever jurídico e prevê determinadas sanções, mas não usa da força para coagir o refratário.

13.979/2020 em 21 de outubro de 2020. A situação política nacional e o peso das declarações públicas do Presidente convergiram na contenda jurídica da ADI 6.587/DF.

Dentre os motivos alegados na petição inicial do PTB, a vacinação compulsória é inconstitucional porque "violaria os arts. 5º, *caput*, 6º e 196 e seguintes, todos da Constituição Federal" (BRASIL, 2020c, p. 05). Tomando como fundamentação a tese de que

> O direito à vida e à liberdade, extraídos do caput do artigo 5º da Carta Republicana, necessitam de maior proteção do que os demais direitos, em especial o primeiro, pois sem a vida, de nada adianta ter liberdade ou propriedade ou qualquer outro direito assegurado.
>
> Da mesma forma que o direito fundamental à vida é colocado em risco com a implementação de uma política de vacinação compulsória quando a vacina a ser utilizada carece de estudos científicos que demonstrem a sua eficácia e atestem a sua segurança para uma vacinação em massa, o direito fundamental à saúde também é colocado em risco. (BRASIL, 2020c, p. 05-6).

Apesar de que na época da petição inicial nenhuma vacina contra a Sars-CoV-2 tivesse registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o que estava em discussão não era a possibilidade e/ou obrigatoriedade de uma vacinação naquele momento, sem qualquer registro nos órgãos competentes. A discussão era sobre a obrigatoriedade da vacina quando esta cumprisse os requisitos técnicos estabelecidos pela ANVISA.

O voto do Ministro-relator deixa isso claro ao dizer que "a prévia avaliação técnica das vacinas disponíveis não constitui pré-requisito para a análise da constitucionalidade do preceito normativo sob exame" (BRASIL, 2020c, p. 12). A alegação de proteção do direito à vida como fundamentação da não obrigatoriedade de vacinação é, para dizer o mínimo, peculiar e contraditória.

A decisão do STF na ADI 6.587/DF contribuiu sobremaneira para a segurança jurídica pátria e consolidou importante interpretação sobre os direitos fundamentais. Os principais pontos a serem elencados, dentre aqueles que compõem a sentença, são: (I) a vacinação em massa é um instrumento capaz de prevenir situações de crise e proteger a coletividade; (II) a vacinação obrigatória "não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano" (BRASIL, 2020c, p. 2), tornando imprescindível o consentimento expresso da pessoa.

(III) A vacinação obrigatória, afastada qualquer tipo de vacinação forçada, é legal e legítima. Devendo o Estado garantir a gratuidade da vacina, assistência familiar e informações, respeitando a proporcionalidade, as liberdades individuais e a dignidade da pessoa humana.[2] (IV) A competência do Ministério da Saúde não exclui o direito e dever dos entes federados em adotarem medidas sanitárias, terapêuticas e profiláticas, considerando a competência concorrente em matéria de saúde pública.

O que ritmou a discussão pública e institucional sobre a compulsoriedade da vacinação não foi somente as possibilidades técnicas de tal medida. A discussão, em sua fundamentação constitucional, foi sobre os limites da liberdade individual frente ao interesse público (AMORIM; AFFONSO; PAROLA, 2020). Em que medida a pessoa pode arvorar direitos negativos, que mantêm o Estado sob controle, em detrimento da saúde e sobrevivência da comunidade em que está inserido? A interpretação segundo a CF/88 dada pelos Ministros do STF é relevante na medida em que reitera a inviolabilidade, intangibilidade e integridade do corpo humano e os direitos sociais, como o direito à saúde, enquanto fundamentais à dignidade da pessoa humana.

Liberdade e saúde pública: *QUID IUS?*

A questão da compulsoriedade da vacinação analisada na ADI 6.587/DF demanda uma especial atenção. Sua tensão está baseada na aparente dissensão entre liberdade individual e bem comum. Essa contenda jurídica regressa a discussões teóricas muito antigas e irresolutas sobre quais os limites da liberdade individual, Direitos Humanos e direitos negativos, característicos do Estado liberal da modernidade. Destarte, o conceito de liberdade precisa ser categorizado a fim de que, em meio a discussões, fique claro do que se trata.

---

[2] A proporcionalidade foi por diversas vezes citada nos votos dos ministros do STF na ADI 6.587/DF. A proporcionalidade enquanto regra/método se subdivide em três elementos estruturais ordenados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2015). A adequação visa verificar se o meio utilizado fomenta a realização do fim proposto. Considera-se "necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido"(SILVA, 2002, p. 38). A proporcionalidade em sentido estrito realiza o sopesamento dos princípios colidentes, busca-se verificar a grandeza da possível restrição do direito fundamental e a importância da realização do direito antagonista no caso concreto. No caso da vacinação obrigatória, o voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski reputa "plenamente compatível o art. 3º, III, 'd', da Lei nº 13.979/2020, no que autoriza a autoridade competente a lançar mão (…) de programa de vacinação compulsória, observadas as condições do § 1º no tocante à necessidade, adequação e eficácia da medida" (BRASIL, 2020c, p. 218).

O Estado liberal moderno tem entre seus expoentes filósofos como Hobbes (2003) e Locke (1998) que modulam conceitos como liberdade, poder e Estado. Seus sistemas são os cenários teóricos, e até imaginários, em que as ações políticas vão ocorrer a partir de então. Nesse sentido, entender como a liberdade é compreendida por esses fundadores da modernidade é salutar no esforço de delimitar seu conceito.

Para Hobbes (2003), a liberdade natural não encontra barreiras e se estende até os limites da capacidade humana. A liberdade significa "a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que o seu julgamento e razão lhe ditarem." (HOBBES, 2003, p. 112). Diferenciando-se a liberdade das ações e a liberdade da vontade, pois "atribuir liberdade à vontade é um absurdo" (MARUYAMA, 2009, p. 48), nossa vontade é sempre condicionada.

Essa liberdade sem limites (*homo homini lupus*) deve ser mitigada a fim garantir a segurança física do corpo, garantia de vida. Pois, segundo Hobbes, a lei de natureza é aquela "mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir a sua vida ou privá-lo dos meios necessários para a preservar, ou omitir aquilo que pense melhor contribuir para a preservar" (HOBBES, 2003, p. 112). O estabelecimento do poder estatal legítimo se dá, na visão hobbesiana, como meio concretizador do "supremo valor dos tempos modernos: a segurança" (OLIVEIRA, 2017, p.193).

Os sujeitos devem conformidade ao poder soberano, mas essa é uma limitação da liberdade que não a exclui, na verdade recrudesce a necessidade básica da vida em sociedade, a segurança. A segunda lei fundamental de natureza que Hobbes proclama diz:

> Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em resignar ao seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. (HOBBES, 2003, p. 113).

A liberdade natural para Locke (1998) não equivale a um "estado de licenciosidade; […] não tem liberdade para destruir-se ou a qualquer criatura em sua posse" (LOCKE, 1998, p. 384), pelo contrário, a liberdade natural está inserida dentro da lei natural. Na visão

lockeana, a liberdade natural não é absoluta (*solutus ab omni re*), ela compõe a lei natural ao lado de outros direitos que são de igual valor.

Nesse sentido, "a lei natural almeja a preservação da vida, liberdade e propriedade de todos os indivíduos, aquele que a infringe comete uma injúria não apenas contra seu semelhante, mas também contra a humanidade, pois ameaça a segurança de todos." (BARROS, 2019, p. 66). Novamente encontra-se a segurança como uma das finalidades e valores da vida em sociedade. A segurança da vida individual e, inclusive, de todos. Locke diz que:

> A liberdade dos homens sob um governo consiste em viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido: liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto escapa à prescrição da regra e de não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem. (LOCKE, 1998, p. 403).

A partir do exposto, pode-se deduzir que a liberdade em sociedade não se confunde com a ausência de qualquer tipo de limitação à ação, ela se consubstancia na responsabilização das ações dentro dos limites da lei. A liberdade, nesse sentido, é produto que só existe com plenitude através da segurança e da vida pública dentro das comunidades organizadas politicamente (FILÓ; ANK, 2021).

Aduzir que o cidadão possui o direito de, alegando liberdade individual, prejudicar a vida dos semelhantes não encontra respaldo na própria teoria liberal que constituiu o Estado moderno. Insurgir-se contra a vacinação obrigatória se traduz em um ataque ao direito natural à vida, colocando em risco não só a própria vida, mas de toda a comunidade. Explicitando aqui a contradição da petição inicial do PTB, que defendia a não obrigatoriedade da vacinação alegando a defesa da vida.

Adoção de medidas sanitárias, profiláticas e terapêuticas, que visem proteger a coletividade através de medidas não invasivas não ferem a liberdade. Pelo contrário, reforçam a solidariedade comum que perpassa a vida em sociedade, confirmando a liberdade como produto da atividade política da humanidade. Gomes (1999, p. 10) vai dizer que "o Estado impõe ao cidadão a obrigação de, por força da sua inserção na comunidade, tudo fazer para preservar o bom estado sanitário geral, mas não lhe impõe a obrigação de se manter, a si próprio, de boa saúde.".

Assim, distingue-se o direito negativo contra a interferência indevida do Estado na saúde privada do direito/dever do Estado em interferir ativamente na saúde pública. “Só na medida em que o mau estado de saúde de alguém possa reflectir-se no estado sanitário comunitário é que o Estado pode intervir.” (GOMES, 1999, p. 10). A única hipótese de lesão à liberdade é a adoção de medidas invasivas, o que, desde logo, foi rejeitado pelas instituições republicanas brasileiras. O Ministro Lewandowski deixou claro em seu voto que existem “duas garantias essenciais asseguradas às pessoas: a intangibilidade do corpo humano e a inviolabilidade do domicílio” (BRASIL, 2020c, p. 16).

A vacinação obrigatória da população está de acordo com o conceito de liberdade trazido até aqui, visto que não compreende em seu bojo legal qualquer previsão de vacinação forçada. Mas também não quer dizer que torna-se facultativo, aqueles que não tomarem a vacina encontrarão barreiras estabelecidas no art. 5 da Portaria Nº 597, de 08 de abril de 2004 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2004), portaria esta que institui, em todo território nacional, os calendários de vacinação. Para aqueles que não se vacinarem constam impedimentos de matrículas na rede pública de ensino, pagamentos de benefícios sociais, alistamento militar e contratação pública e privada.

A justiça dos fins a serem alcançados pelo Estado, como a saúde pública e outros direitos sociais, e a justiça dos meios empregados para alcançá-las, vacinação obrigatória não invasiva, é um tácito exemplo de que a liberdade individual e o bem comum não são polos antagônicos no terreno político-jurídico. Na verdade, são elementos igualmente indispensáveis para constituição da sociedade e de um Estado legítimo.

As aparentes tensões entre esses princípios surgem mais da perspectiva belicosa em que seus defensores se assentam, do que uma possível incompatibilidade radical entre eles. Devendo, portanto, buscar sempre a “unidade da Constituição” (GOMES, 1999, p. 11). A discussão e, principalmente, a decisão da ADI 6.587/DF veio para reiterar a unidade principiológica em que se fundamenta o Estado Democrático de Direito.

Considerações Finais

Os principais pontos desenvolvidos foram: (I) a obrigatoriedade da vacinação não implica em medidas forçosas e invasivas, devendo ser garantido a intangibilidade,

inviolabilidade e integridade do corpo humano. (II) A vacinação obrigatória é constitucional mesmo prescrevendo sanções com limites à liberdade individual, tais como impedimento de matrícula na rede pública de ensino e contratação pública e privada.

(III) A liberdade individual não possui caráter absoluto, encontrando, na saúde pública, outro bem que se sobressaiu na contenda da vacinação obrigatória. (IV) A aparente tensão entre liberdade individual e saúde pública não significa uma polarização radical desses princípios, mas a sua utilização como ferramenta justificadora de embates políticos na esfera jurídica. (V) A unidade principiológica da CF/88 foi reforçada com a ADI 6.587/DF, pois mediou variados princípios sem que houvesse grave lesão a qualquer parte envolvida.

Considera-se a liberdade individual como elemento constituinte de uma ampla teia de princípios que fundamentam o Estado moderno e a vida em sociedade. Entretanto, esse princípio figura-se ao lado dos demais e não acima, devendo compreender a interdependência existencial entre eles. Dessa forma, a liberdade e a saúde pública saem fortalecidas com a vacinação obrigatória, pois o expresso consentimento da pessoa é exigido para vacinação, e, na hipótese de recusa, barreiras legais não coativas são apresentadas a fim de impelir o refratário a não lesar a saúde pública. Ambos os princípios são garantidos e protegidos pelo Estado e pela sociedade, e é por isso que a ADI 6.587/DF foi exemplar ao demonstrar essa unidade principiológica salutar.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AMORIM, André Ricci de; AFFONSO, Gabriela Borghi; PAROLA, Giulia. O direito em tempos de pandemia: apontamentos sobre o conflito entre liberdades individuais e o interesse público à luz da experiência brasileira. **Cadernos de Dereito Actual**, n. 14, p. 374-389, 2020.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. As concepções de liberdade em Locke e Sidney. **Trans/Form/Ação,** v.42, n.1, pp. 57-78, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/j/trans/a/HZgnXfygM8HSVJbcFfkQkyg/?format=pdf&lang=pt Acesso em: 09 Jul. 2021.

BRASIL. Lei Nº 13.979, 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**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 7 Fev. 2020a. Seção 1, p. 01. Disponível em:

https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=07/02/2020&jornal=515&pagina=1&totalArquivos=77 Acesso em: 08 Jul. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 15 abril de 2020. Brasília, 2020b. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf Acesso em: 08 Jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.587**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 17 dezembro de 2020. Brasília, 2020c. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf Acesso em: 08 Jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.625**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 30 dezembro de 2020. Brasília, 2020d. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6.625MC4.pdf Acesso em: 08 Jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM nº 597, de 08 de abril de 2004. Institui em todo o território nacional os calendários de vacinação. **Diário Oficial União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 abr 2004. Seção1, p. 46-7. Disponível em: https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=12/04/2004&jornal=1&pagina=46&totalArquivos=100 Acesso em: 09 Jul. 2021.

CNN BRASIL. **Bolsonaro: 'Vacina não será obrigatória e ponto final'**. 2020. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/10/19/bolsonaro-vacina-nao-sera-obrigatoria-e-ponto-final Acesso em: 08 Jul. 2021

FILÓ, Maurício da Cunha Savino; ANK, Jaíne Gláucia Teixeira. A vacinação compulsória contra o sars-cov-2 como instrumento concretizador do direito à saúde. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 149-172, 2021.

G1. **Presidente Jair Bolsonaro volta a dizer que vacina contra Covid não será obrigatória**. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/10/19/presidente-jair-bolsonaro-volta-a-dizer-que-vacina-contra-covid-nao-sera-obrigatoria.ghtml Acesso em: 08 Jul. 2021

GOMES, Carla Amado. **Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual**: casos da vida de um médico de saúde pública. Associação Acadêmica da Faculdade Direito, Lisboa, 1999.

HOBBES. Thomas. **Leviatã** (Clássicos Cambridge de Filosofia Política). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo** (Clássicos). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARUYAMA, Natalia. Liberdade, lei natural e direito natural em Hobbes: limiar do direito e da política na modernidade. **Trans/Form/Ação**, v. 32, p. 45-62, 2009. Disponível em:

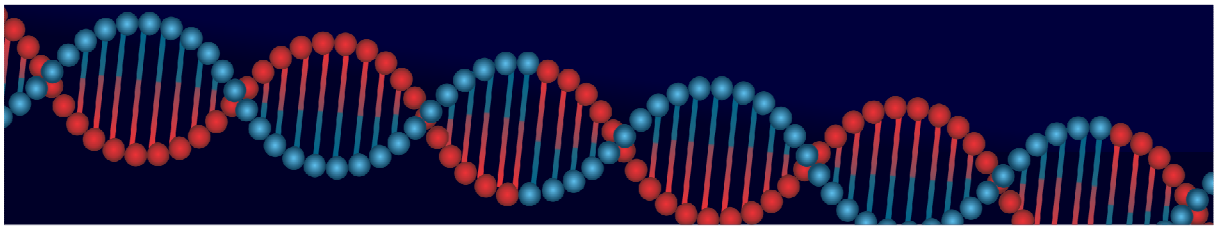
https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/transformacao/article/view/1006/907 Acesso em: 09 Jul. 2021.

OLIVEIRA, J. Interpretação do Direito: entre a despedida do método e o improvável retorno da prudência. *In*: GONTIJO, L.; MAGALHÃES, J.; MORAIS, R. **Rompimento democrático no Brasil: teoria política e crise das instituições públicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 189-206.

R7. **Bolsonaro reafirma que vacinação contra covid não será obrigatória**. 2021. Disponível em: https://noticias.r7.com/brasil/bolsonaro-reafirma-que-vacinacao-contra-covid-nao-sera-obrigatoria-22012021 Acesso em: 08 Jul. 2021

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002.

World Health Organization (WHO). **Virtual press conference on COVID-19 – 11 March 2020.** Genebra: WHO, 2020. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-full-and-final-11mar2020.pdf?sfvrsn=cb432bb3_2 Acesso em: 12 Jul. 2021.



(IN)DEFERIMENTO DE PEDIDO JUDICIAL DE ACESSO DE PACIENTE, ACOMETIDO POR COVID-19, A LEITO DE UTI: ESTUDO DE CASO DO TJ-CE*

*Juliana Lucena de Miranda Cavalcante***
*Roberta Marina Cioatto****

Resumo: Com a pandemia da Covid-19, os poderes Estatais se viram diante de mais uma problemática social de grandeza singular e amplitude global, sendo a judicialização de demandas relativas à saúde lançada a um novo patamar. Nesse sentido, este estudo buscou examinar decisões judiciais proferidas durante a pandemia do Covid-19, no intuito de se identificar os principais argumentos utilizados. Trata-se de estudo de caso. Os dados analisados foram buscados na jurisprudência do *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará no período de março a setembro de 2020. Destarte, os principais argumentos relativos ao deferimento da liminar disseram respeito a questões relacionadas aos princípios constitucionais da integralidade, universalidade de acesso, direito dos cidadãos à assistência à saúde e ao dever do Estado em prestá-las. Já a não disponibilização do acesso (decisão tomada pelo juízo *a quo*) baseou-se no princípio da isonomia, planejamento financeiro/orçamentário do Estado, além de conflitos entre direitos individuais e coletivos. De acordo com a doutrina, existem poucas discussões, inclusive acadêmicas, de análise de

* Trabalho desenvolvido a partir de recorte da monografia de conclusão de curso de Direito escrita pela primeira e orientada pela segunda autora, adaptado para submissão ao IV Congresso Nacional de Direito da Universidade Regional do Cariri - URCA sob o tema “Direito e COVID-19: os reflexos da pandemia nas questões jurídicas”.

** Mestre em Saúde Coletiva pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Especialista em Saúde Pública (UECE). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Paraíso (UNIFAP). Graduada em Enfermagem pela Universidade Regional do Cariri (URCA). E-mail: juliana@aluno.fapce.edu.br.

*** Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito com ênfase em Direitos Sociais e Políticas Públicas de Inclusão Social pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduada em Ciências Econômicas e em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Líder do Observatório em Saúde Pública e Patentes (OSPP). Professora do Centro Universitário Paraíso (UNIFAP).

decisões judiciais nesse sentido, não se vislumbrando unanimidade relativa a percepções individuais em relação a tais posicionamentos, o que torna imprescindível mais estudos nesse contexto.

Palavras-chave: Covid-19. Decisões Judiciais. Leitos de UTI.

Abstract: With the Covid-19 pandemic, the State powers were faced with yet another social problem of singular magnitude and global scope, with the judicialization of demands related to health being launched to a new level. In this sense, this study sought to examine court decisions issued during the Covid-19 pandemic in order to identify the main arguments used. It is a case study. The analyzed data were searched in the jurisprudence of the website of the Court of Justice of the State of Ceará in the period of March to September 2020. Thus, the main arguments related to the granting of the preliminary injunction were related to the constitutional principles of integrality, universality of access, citizens' right to health care and the State's duty to provide them. On the other hand, the non-availability of access (decision taken by the lower court) was based on the principle of isonomy, the State's financial/budgetary planning, as well as conflicts between individual and collective rights. According to the doctrine, there are few discussions, including academic ones, on the analysis of judicial decisions in this sense, and there is no unanimity regarding individual perceptions in relation to such positions, which makes further studies in this context essential.

Keywords: Covid-19. Court Decisions. ICU beds.

Introdução

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 196, que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos, além de assegurar acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O artigo 198 da CF criou o Sistema Único de Saúde (SUS), colimando satisfazer as demandas de saúde da população sem discriminações.

Com o advento da pandemia do COVID-19, os poderes do Estado se viram diante de mais uma problemática social, de grandeza singular e amplitude global. Como efeito, a

judicialização de demandas relativas à saúde foi lançada a novo patamar, agravado pela anterior carência de recursos. O Poder Judiciário, que antes determinava internações hospitalares, passou a decidir também sobre internações decorrentes da pandemia - um cenário atípico. Dessa forma, são necessários cuidados especiais na escolha de critérios determinantes que orientem a distribuição equitativa desse tipo de serviço. Compreender essas questões são essenciais no sentido de identificar os fundamentos, estimulando pesquisas científicas em temas inquietantes e tão presentes na vida dos brasileiros.

Assim, surgiu a indagação que direcionou este trabalho: Quais os principais argumentos utilizados nas decisões judiciais relacionadas à disponibilização de leitos de UTI a pacientes com covid-19 que levaram a sentenças contraditórias no caso em estudo? O objetivo geral foi examinar decisões judiciais conflitantes proferidas, em um mesmo caso, em relação à disponibilização de leito de UTI a paciente acometido por covid-19, no Ceará.

A pesquisa caracterizou-se como um estudo de caso de abordagem qualitativa. Buscou-se examinar decisões judiciais conflitantes relativas à disponibilização de leitos de UTI a pacientes com Covid-19. Parte dos dados foram colhidos por meio do *site* do Tribunal de Justiça do Ceará, na aba consultas e sistemas, escolhendo-se a opção jurisprudência, consultas de acórdãos. No campo pesquisa livre digitou-se as palavras chaves: “leitos de UTI” e “covid-19”. Marcados os campos origem “segundo grau” e “colégios recursais”, tipo de publicação “acórdãos” e “decisões monocráticas”, e ordenar por data de publicação (recorte temporal de março a setembro de 2020). Surgiram 16 decisões, sendo 6 acórdãos e 11 decisões monocráticas. A pesquisa resultou no aparecimento de diversas decisões relacionadas ao tema, sendo escolhida apenas uma, caso em que foram reformuladas as decisões em sentidos contrários, agravo de instrumento de nº 0625848-97.2020.8.06.0000 TJ-Ceará. A ação de obrigação de fazer que deu origem ao referido agravo foi autuada por meio físico perante a 2ª Vara da Comarca de Pacatuba-CE sob nº 0050310-47.2020.8.06.0137, tendo-se acesso à decisão mediante solicitação à respectiva unidade.

1. A decisão de indeferimento do pedido de leito

O paciente promovente foi entubado (entubação orotraqueal), em ventilação mecânica, necessitando, sob o risco de óbito, de disponibilização de leito de UTI em Hospital Público Terciário, em razão do quadro de insuficiência respiratória aguda grave provocada pelo covid-19. O autor, que tinha 68 anos de idade e encontrava-se internado há 4 dias no Hospital Municipal, apresentou laudo médico recomendando a transferência imediata para internação em unidade de tratamento intensivo, sob pena de iminente risco de morte.

Porém, não obteve êxito na esfera administrativa. Desta feita, a família decidiu recorrer ao poder judiciário, cuja tutela de urgência foi indeferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Pacatuba-CE, em decisão exarada em Ação de Obrigação de Fazer (autos nº 0050310-47.2020.8.06.0137).

De acordo com a decisão examinada, a fila precisa ser respeitada. Todos precisam ter o mesmo direito de atendimento e tempo de espera. Caso alguém consiga se adiantar na fila estará caracterizado o individualismo e benefício de um indivíduo em prol de outro.

O direito à saúde é igualitário para a formação do bem-estar social, cabendo ao Estado oferecer condições para que o cidadão possa receber o atendimento a que faz jus. Contudo, se um dos pacientes, na mesma relação linear de igualdade, consegue passar à frente na fila de aguardo por leitos de UTI, fica evidenciado o individualismo em razão da omissão estatal (OLIVEIRA JÚNIOR, 2021).

O agravamento no quadro da judicialização na saúde vem como consequência dessa crise sanitária, e se dá, quase exclusivamente, no campo da prestação de serviços curativos individualizados, não coletivos ou preventivos; uma judicialização voltada para a microjustiça, com crescimento exponencial, segundo o Conselho Nacional de Justiça - CNJ (MELO; HERCULANO, 2019). As limitações dos serviços de saúde são evidentes. Os leitos de UTIs são escassos, o número de profissionais de saúde é insuficiente para a demanda que se apresenta e o orçamento público para atender uma possível ampliação é limitado.

O desembargador João Barcelos de Sousa Junior, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, negou pedido de deferimento de liminar para a disponibilização de leito de UTI a paciente com covid-19 (AI Nº 5038768-65.2021.8.21.7000/RS). Fundamentou sua decisão relatando que o Poder Judiciário não tem o condão de modificar a realidade fática da grave situação que se instaurou e que, sob sua ótica, iria piorar em breve, pois não existiam mais vagas de UTI. Salientou ainda que a taxa de ocupação de leitos ultrapassava 100% - ou seja, a demanda superou a oferta de leitos disponíveis. Assim, diante da atual realidade, não havia o que ser determinado pelo Poder Judiciário, pois inexistiam vagas disponíveis.

Das 27 unidades da federação, apenas 7 estados tinham na época 1 leito de UTI Covid para menos de 9 mil habitantes, levando-se em conta a população estimada pelo IBGE para 2020 (PITTA, 2021). Percebe-se que esta limitação do sistema é geral. Ultrapassa a questão social, pois nem mesmo pessoas que usufruem de planos privados de assistência à saúde possuem garantia de disponibilização de leitos de UTI.

Ressalta-se, que a maioria das decisões judiciais têm indeferido as tutelas antecipatórias, principalmente devido à escassez de recursos e de leitos disponíveis. A já precária oferta sucumbiu diante da explosão da demanda. As demandas no âmbito da saúde constituem dramas vivenciados no Brasil mesmo antes da pandemia, agravados pela atual crise sanitária provocada pelo surgimento do novo coronavírus.

As decisões judiciais também apontaram para a necessidade de uma melhor gestão do Sistema Público de Saúde, principalmente neste momento de crise sanitária. A não uniformização dos posicionamentos e das orientações dos entes federativos acaba por agravar a crise, pois cada um deles atua conforme seus próprios entendimentos, conforme é destacado no agravo antes referido.

De acordo com argumentos utilizados nas decisões judiciais de indisponibilização de leitos, o processo de regulação assistencial por meio de demandas judiciais, na pandemia, em nada resolve a situação vivenciada pela população atualmente. Se todos de uma fila, aguardando leitos de UTI, ajuizassem ações na justiça, a fila continuaria a mesma. Tal situação implicaria apenas a alternância de responsabilidades de decisões do Poder Executivo ao Poder Judiciário. Neste viés, o

CNJ editou recomendação nº 66/2020 com o propósito de uniformizar ações judiciais e delegar aos gestores de saúde a prioridade das ações voltadas à contenção e ao tratamento da covid-19 (SOUZA NETTO, 2021).

Não se pode lançar mão de decisão salomônica e selecionar paciente sem antes estabelecer critérios técnicos, levando-se em consideração o princípio da igualdade. Principalmente neste momento, quando o coronavírus derrubou diferenças sociais, econômicas e faixas etárias estabelecidas entre concorrentes ao leito. Quer dizer, a vulnerabilidade espraiou-se de tal forma que o mais novo concorre em igualdade de condições com o mais idoso, assim como o mais rico com o pobre (OLIVEIRA JUNIOR, 2021).

No início da pandemia, quando já havia sinais de esgotamento do sistema, as associações médicas produziram protocolo ético e técnico para ajudar profissionais de saúde com relação a bases para internação de pacientes com covid-19 em leitos de UTI. Dessa forma, lançaram o Protocolo de alocação de recursos em esgotamento, com alguns critérios que deveriam orientar a tomada de decisão, tais como: gravidade, maior grau de sobrevida e capacidade do paciente. A versão antiga tinha ainda o critério da idade, os mais jovens eram prioritários. Esta versão, porém, foi refeita e este critério foi retirado (MADEIRO, 2020).

Outra importante discussão que se colocou em pauta foi o conflito entre direitos individuais e coletivos. Discussões sobre até que ponto os direitos individuais podem se sobrepor aos direitos coletivos. A parte autora não teria o direito individual de retirar uma parcela do orçamento da saúde para si, em meio a uma pandemia, deixando os demais e a coletividade desassistida. No conflito entre o direito individual e o coletivo da sociedade à saúde pública, deve prevalecer o dever do Estado de proteger a população.

John Marshall asseverou que “os tribunais são meros instrumentos da lei” e, na sua atividade, não podem ter vontade própria: “O Poder Judiciário nunca pode ser exercido com o propósito de dar efetividade à vontade do magistrado; (mas) sempre com a finalidade de realizar a vontade da legislatura, ou, em outras palavras, a vontade da lei” (OSBORN, 1824 *apud* GUEDES, 2021, p. 2).

Não se estimula o retorno a um legalismo formalista que reconhecia ao magistrado o papel absolutamente subalterno e desprezível de simples “boca da lei” (*la bouche de la loi*). O problema surge quando, a pretexto de realização maior da Justiça e de desígnios e valores sociais mais elevados, confere-se ao magistrado o poder de substituir a vontade política e a expressão de justiça do legislador pela expressão política e a vontade de justiça do próprio juiz (GUEDES, 2021).

O rápido crescimento das políticas de bem-estar (*welfare policies*) nas sociedades contemporâneas leva necessariamente a uma ampliação do âmbito de atuação dos tribunais, conferindo-lhes tarefas tradicionalmente não compreendidas como adequadas à função jurisdicional (GUARNIERI; PEDERZOLI, 2021).

2. A decisão de deferimento do leito

Inconformado com a decisão interlocutória de primeiro grau, o autor interpôs Agravo de Instrumento, autuado sob nº 0625848-97.2020.8.06.0000, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Em decisão monocrática, reformou-se o *decisum* do juízo *a quo*, deferindo-se a tutela de urgência requestada determinando que o agravado disponibilizasse, em 24 horas, leito de Unidade de Tratamento Intensivo em hospital com suporte necessário. O deferimento possuiu como fundamento de direito a possibilidade de concretização do direito à saúde, insculpido no rol do art. 6º, CF, como um direito fundamental e social e dever do Estado (art. 196, caput, CF c/c art. 2º, Lei n. 8.080/1990).

Referiu-se, ainda, que a disponibilização constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), valor informador da ordem jurídica brasileira e fonte ética de onde brotam todos os direitos fundamentais. Assim, dentre os principais argumentos que fulcraram o deferimento da liminar, interrelacionam-se os princípios constitucionais da integralidade e universalidade de acesso a serviços de saúde, ao direito dos cidadãos em recebê-los e ao dever do Estado em prestá-los. A não disponibilização do acesso aos serviços de saúde, nesses casos e de acordo com o entendimento, fere ainda o princípio da moralidade.

Destacou-se nessa decisão que, a partir da 2ª Guerra Mundial, o neoconstitucionalismo proporcionou resgate de valores para o mundo jurídico, expandindo a preocupação com a concretização dos direitos sociais, compreendidos como “obrigações de prestação positivas (...)” (QUEIROZ, 2006). Dessa forma, percebendo-se a valorização dos direitos sociais e de prestações positivas de responsabilidade do Estado, especialmente no que se refere ao direito à saúde, surge a preocupação com relação a quais instituições são responsáveis por proporcionar decisões políticas necessárias à efetivação desses direitos.

A Constituição Federal, no art. 196, afirma a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

De acordo com as argumentações expostas na demanda, o texto constitucional de 1988 é dirigente e a não consagração da saúde geraria problema atinente à inconstitucionalidade por omissão, já que há um dever específico, emanado do próprio texto constitucional, de realizar políticas públicas relativas à saúde. Apesar dessa intensa e abrupta demanda por serviços de alta complexidade, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais (SALES, 2020, p. 3) “consideram o direito à vida e à saúde, previstos no art. 5º e 6º da CF/88, direitos fundamentais que não poderão ser negados ou privados pelo Estado Democrático de Direito.”

A Constituição Federal em seu artigo 6º traz rol de direitos sociais que formam um parâmetro de aplicação do princípio da dignidade, de forma que, se cumpridos, presente se encontra a dignidade. Este é um atributo pessoal do ser humano, sendo todos merecedores de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condições socioeconômicas (MOTTA, 2020, p. 7).

Dessa forma, ao deferir as liminares e disponibilizar leitos de UTIs a pacientes que necessitavam de suporte ventilatório, de tecnologia de alta complexidade e alto custo, dava-se também a oportunidade, aos indivíduos e as suas famílias, de lutarem pela vida. Outro argumento que merece destaque nestas decisões satisfativas foi o direito a uma assistência integral à saúde, ou seja, uma assistência em todos os níveis de

complexidade. A população tem direito a uma atenção assistencial completa, que envolva serviços de promoção, prevenção, cura e reabilitação da saúde.

Ao estabelecer a integralidade como princípio do Sistema Único de Saúde (SUS), o sistema compreende a atenção à saúde como um serviço de contorno abrangente e ilimitado, com o fim de propiciar o atendimento pleno à saúde, alcançando todas as etapas do processo de adoecimento. Sob uma perspectiva mais abrangente, o entendimento sobre o princípio da integralidade busca cumprir os preceitos constitucionais de atuar sobre os condicionantes e determinantes sociais de adoecimento até a garantia da prestação de serviços da mais alta complexidade em saúde (ANDRADE JUNIOR, 2018).

A concretização do direito à saúde é um desafio, no Brasil, no sentido da existência de recursos insuficientes, associado a má administração, ocasionando um colapso no sistema de saúde pública o que colabora para a ampliação da intervenção do Poder Judiciário na garantia dos direitos da população (SILVA; PESSOA, 2019).
Assim, em meio a uma ocorrência fática em que se busca a concretização do direito à saúde, o Estado, frequentemente, se utiliza da aplicação do princípio da reserva do possível com o escopo de afastar o dever de efetivação desse direito social, sob o argumento de indisponibilidade de recursos financeiros nos cofres públicos. Entretanto, o direito à saúde faz parte do mínimo existencial, não podendo ser negado à população sob a justificativa de limitação financeira, ainda mais com tanta notícia de corrupção sendo noticiada na mídia, afirma Real (2018).

Conclusão

Assiste-se à crescente judicialização de demandas no âmbito da saúde, por meio das quais o poder judiciário é provocado para decidir sobre a disponibilização de serviços considerados essenciais. Por conseguinte, sua atuação implica regular a utilização dos serviços públicos de saúde, dando prioridade ao atendimento daqueles que buscam a justiça com o intuito de dirimir conflitos. Igualmente, diante da pandemia do covid-19, o poder judiciário foi provocado a decidir sobre problemas como a disponibilização de leitos de UTIs, dando origem a uma forma ainda mais atípica de

regulação assistencial, que deveria ser feita apenas por profissionais de saúde habilitados para tanto.

O estudo demonstrou que alguns juízos deferiram as liminares pleiteadas tendo como principais argumentos princípios constitucionais da integralidade e universalidade de acesso a serviços de saúde, ao direito dos cidadãos em recebê-los e ao dever do Estado em prestá-los. A não disponibilização do acesso aos serviços de saúde, nesses casos e de acordo com o entendimento, fere ainda os princípios da moralidade e da dignidade da pessoa humana. Além disso, o Estado teria o dever inequívoco de prestar tais serviços à toda a população, de forma igualitária e gratuita, consoante dispõe o art. 196 da Constituição.

Noutra seara, dentre as razões que motivaram as decisões judiciais desfavoráveis à disponibilização de leitos de UTIs, fundamentaram-se pelo entendimento de que o ato de disponibilização poderia ser considerado a burla na fila de espera; o aumento da judicialização na busca por esse tipo de serviço; a limitação de estrutura dos serviços de saúde; a alternância de responsabilidades de regulação do Poder Executivo ao Poder Judiciário e a necessidade de um gerenciamento eficiente do sistema de saúde. As decisões judiciais que foram examinadas nesse sentido enfatizaram que a parte autora não teria o direito individual de retirar parcela do orçamento da saúde para si, em meio a uma pandemia, deixando os demais e a coletividade desassistida.

Na realização deste estudo, não se buscou esgotar o tema, mas apenas examinar os fundamentos das decisões objeto da pesquisa. Outrossim, a proteção do mínimo existencial implica políticas públicas de caráter oneroso e, portanto, a reserva do possível deve ser entendida como a irrazoabilidade de se exigir da coletividade suportar o ônus de tais demandas. Se não bastasse, de que adiantam decisões de deferimento de pedido quando, na prática, apresenta-se inviável a sua concretização em um cenário de pandemia?

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, M. P. de; ALMEIDA, F. de M. Pandemia versus princípio da igualdade. **Nativanews,** 12 ago de 2020. Disponível em: http://www.nativanews.com.br/artigos/id-920357/pandemia_versus_principio_da_igualdade. Acesso em: 5 nov. 2020.

ANDRADE JUNIOR, G. J. de. Princípio da integralidade no Sistema Único de Saúde (SUS) os desafios do legislador na tentativa de limitar, sem vulnerar, o direito à saúde. **JUS**, mar. de 2018. Disponível em : https://jus.com.br/artigos/64902/principio-da-integralidade-no-sistema-unico-de-saudesus#:~:text=Ao%20estabelecer%20a%20integralidade%20como,etapas%20do%20processo%20de%20adoecimento. Acesso em 11 nov. 2020.

BRASIL. CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Agravo de Instrumento 0627920-57.2020.8.06.0000. Relator: Paulo Francisco Banhos Ponte, data de Julgamento: 14 de julho de 2020, 1ª Câmara Direito Público, data de publicação: 14 de julho de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, mar. 2021. Disponível em: http://www2.senado.leg.br. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. PARÁ. Justiça Federal da 1ª Região. 1ª Vara Federal Cível da SJPA. Sentença civil: nº 1012926-67.2020.4.01.3900. Henrique Jorge Dantas da Cruz
Belém/PA. 30 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília, DF, abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 66**. Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. Publicado em: 13 de maio de 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318. Acesso em: 10 abr. 2021.

GOMES, M. F.; FREITAS, F. O. Direitos fundamentais e dignidade humana. **Âmbito Jurídico**, 1 out. 2010. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-fundamentais-e-dignidade-humana. Acesso em: 31 maio 2021.

GUARNIERI, C.; PEDERZOLI, P. **The Power of Judges:** a comparative study of courts and democracy. New York: Oxford University Press, 2002, p. 4.

GUEDES, N. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. **Conjur**, 23 jul. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao. Acesso em: 24 abr. 2021.

MADEIRO, C. C. Sobrevida e capacidade: como se escolhem pacientes na fila de UTI. **UOL,** 5 maio 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/05/chances-sobrevida-e-idade-como-e-a-escolha-de-pacientes-na-fila-de-uti.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em: 24 abr. 2021.

MELO, J.; HERCULANO, L., C. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. CNJ, 18 mar. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/. Acesso em: 15 abr. 2021.

MOTTA, A. F. M. R. A dignidade da pessoa humana e sua definição. **Âmbito Jurídico,** 1 dez. 2013. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-definicao. Acesso em: 01 nov. 2020.
OLIVEIRA JÚNIOR, E. Q. de. De quem é o leito de UTI? **Migalhas,** 14 mar. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/leitura-legal/341689/de-quem-e-o-leito-de-uti?s=TW. Acesso em: 02 abr. 2021.

PITTA, I. Em um ano de pandemia, Brasil abre 1 leito de UTI Covid para cada 10 mil pessoas. **CNN Brasil,** 4 mar. 2021. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/03/04/em-um-ano-de-pandemia-brasil-abre-1-leito-de-uti-covid-para-cada-10-mil-pessoas. Acesso em: 24 de abril de 2021.

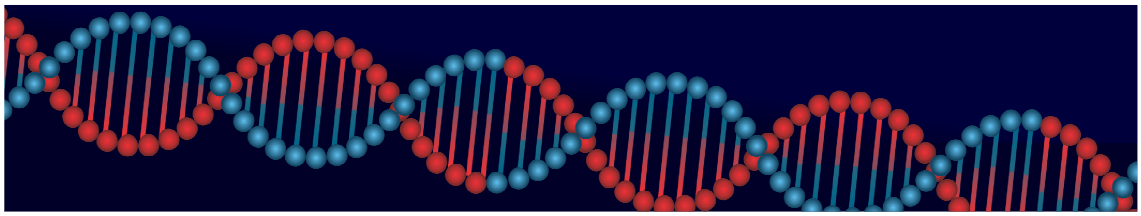
QUEIROZ, C. **Direitos fundamentais:** funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 6.

REAL, K. C. M. Q. V. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. **Jus.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/67283/direito-a-saude-e-o-principio-da-reserva-do-possivel. Acesso em 18 out 2020.

SALES, A. P. D. M. A lei 13.979/29 uma garantia do direito à vida e a saúde pública em tempos de covid-19. **Âmbito Jurídico,** 1 jul. 2021. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-lei-13-979-29-uma-garantia-do-direito-a-vida-e-a-saude-publica-em-tempos-de-covid-19. Acesso em: 05 nov. 2020.

SANTOS, L. **Vacina:** direito coletivo fundamental. Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 11 fev. 2021. Disponível em: http://idisa.org.br/noticias/vacina-direito-coletivo-fundamental?lang=pt. Acesso em: 3 abr. 2021.

SILVA, J. S; PESSOA, A. N. L. de S. Judicialização da saúde e seus impactos como meio de efetivação de direito fundamental. **Âmbito jurídico**, 10 dez. 2019. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/judicializacao-da-saude-e-seus-impactos-como-meio-de-efetivacao-de-direito-fundamental/. Acesso em: 25 nov. 2020



MEDIDAS DE PREVENÇÃO À COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL CEARENSE: UMA ANÁLISE DE SEUS RESULTADOS EM MEIO O CONTEXTO PANDÊMICO DOS ANOS 2020/2021

*Ramon dos Santos Ferreira**
*Raimundo Sérgio Queiroz da Silva***
*Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva****

Resumo: A crise sanitária decorrente da pandemia do novo Coronavírus pôs em risco a saúde pública a nível mundial, demandando dos Estados nacionais a implementação de medidas que contenham a disseminação do vírus. Sendo assim, observando a tutela do Estado e os dispostos acerca dos Direitos Humanos, faz-se indispensável a atuação normativa voltada para o combate à pandemia também nas penitenciárias, cuja realidade brasileira requer uma atenção relevante. Neste sentido, observando a superlotação dos presídios brasileiros, foram instauradas algumas medidas, tanto a nível nacional, como regional, buscando prevenir o impacto do vírus nas penitenciárias. Dada a importância da garantia de condições mínimas necessárias para que cada interno possa cumprir sua pena dignamente, o trabalho busca pesquisar quais medidas foram adotas pelo governo

* Estudante do curso de Direito na Universidade Regional do Cariri (URCA). Membro do Grupo de Estudos em Direitos Humanos Fundamentais (GEDHUF). Bolsista PIBIC/FUNCAP/URCA do projeto de pesquisa Cartografia Jurídica: análise das normas jurídicas que regularam a escravização de pessoas negras no período colonial e imperial brasileiros. E-mail: ramonsantos.ferreira77@gmail.com.

** Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal do Cariri (UFCA). Atualmente está cursando Direito na Universidade Regional do Cariri (URCA). Membro do Grupo de Estudos em Direitos Humanos Fundamentais (GEDHUF). Bolsista PIBIC/FUNCAP/URCA do projeto de pesquisa Práticas restaurativas no cumprimento de medidas socioeducativas por adolescentes em conflito com a lei. E-mail: sergioqueiroz.urca@gmail.com.

*** Professor do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA). Doutorando em Educação pelo PPGEd/UFRN; Mestre em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/UFPB. Membro/Pesquisador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos; Fundamentais (GEDHUF). Coordenador do projeto de pesquisa Cartografia Jurídica: análise das normas jurídicas que regularam a escravização de pessoas negras no período colonial e imperial brasileiros. E-mail: cristovao.teixeira@urca.br.

cearense e avaliar seus resultados. Trata-se de uma pesquisa de natureza básica, em que se realiza, com objetivo descritivo, uma abordagem quantitativa analisando dados estatísticos disponíveis em sites governamentais e jornalísticos, partindo dedutivamente a nível nacional, para então avaliar qualitativamente as medidas de combate ao Coronavírus nas penitenciárias cearenses. De acordo com dados coletados, e comparando com outros estados brasileiros, observa-se que, apesar da publicação de inúmeras medidas de prevenção à COVID-19 e do avanço na vacinação dos internos, as penitenciárias cearenses apresentaram uma situação crítica, demonstrando a ineficiência na execução de tais medidas.

Palavras-chave: Ceará; Pandemia da COVID-19; Penitenciárias; Medidas de prevenção.

Abstract: The health crisis resulting from the new Coronavirus pandemic has put public health at risk worldwide, requiring national States to implement measures to curb the spread of the virus. Thus, observing the protection of the State and the provisions regarding Human Rights, normative action aimed at combating the pandemic is essential also in prisons, whose Brazilian reality requires relevant attention. In this sense, noting the overcrowding of Brazilian prisons, some measures were put in place, both nationally and regionally, seeking to prevent the impact of the virus in prisons. Given the importance of guaranteeing the minimum conditions necessary for each inmate to serve their sentence with dignity, the work seeks to research what measures were adopted by the Ceará government and evaluate their results. This is a basic research, in which a quantitative approach is carried out, with a descriptive objective, analyzing statistical data available on government and journalistic websites, deductively starting at the national level, to then qualitatively evaluate measures to combat Coronavirus in prisons Ceará. According to the data collected, and comparing with other Brazilian states, it is observed that, despite the publication of numerous measures to prevent COVID-19 and the advance in the vaccination of inmates, the Ceará penitentiaries presented a critical situation, demonstrating the inefficiency in execution of such measures.

Keyword: Ceará; COVID-19 pandemic; Penitentiaries; Prevention measures.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 dispõe de uma série de princípios que fundamentam as normas do ordenamento jurídico brasileiro, uma delas, presente no inciso III do seu artigo 1º, é a dignidade da pessoa humana, em que se valoriza a importância de condições dignas exigíveis para a sobrevivência de qualquer pessoa. Deste princípio, decorre o inciso XLVII do artigo 5º, que garante, através de suas alinhas, a aplicação justa das penas para os infratores, vedando a pena de morte, pena perpétua, trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis. E, mais especificamente, deriva destes dispositivos a Lei de Execução penal em defesa de condições mínimas para que os internos das penitenciárias brasileiras possam cumprir sua pena justa e dignamente.

Dado o contexto pandêmico do Coronavírus, vivido desde o ano de 2020, surgem algumas questões que põe em risco a dignidade da pessoa humana com relação a determinados grupos, como é o caso da disseminação do vírus no sistema penitenciário brasileiro. Neste sentido, pretende-se desenvolver no presente trabalho o estudo acerca das medidas tomadas pelas instituições públicas, mais especificamente as cearenses, e como tais medidas refletiram nas penitenciárias.

É utilizado neste trabalho, com o objetivo descritivo, o método de pesquisa dedutivo, em que, partindo de informações gerais, a nível nacional, para os específicos do estado do Ceará, realiza-se uma análise quantitativa de dados de pesquisas estatísticas encontradas em sites jornalísticos e em sites de instituições governamentais. Em um segundo momento, busca-se analisar os dados coletados sobre o impacto da pandemia nos presídios cearenses, de maneira que, combinados ao estudo das medidas aplicadas pelas instituições, proporcione uma valoração qualitativa dos procedimentos realizados no sistema penitenciário cearense.

De modo geral, a seguinte pesquisa, de natureza básica, objetiva analisar e avaliar o desemprenho do sistema prisional cearense no combate à pandemia do novo Coronavírus. Para isto, faz-se necessário, primeiramente, a coleta de informações a nível nacional acerca das medidas a serem adotadas pelas penitenciárias. Para a partir destas medidas, analisar como tais resoluções e orientações serviram de fundamento para as

medidas adotadas no Ceará. E, por fim, apresentado os dados sobre população carcerária, a taxa de contaminação do Coronavírus e da vacinação nas penitenciárias cearenses, avaliar se houve resultados positivos, comparando a esfera nacional e regional.

2. A pandemia nas penitenciárias brasileiras

A pandemia do novo Coronavírus, que acometeu a grande maioria dos países há quase dois anos, desde o seu primeiro caso em dezembro de 2019 na cidade de Wuhan, na China, modificou estruturalmente as relações sociais (OPAS, 2020a). Diante dessa realidade atípica, coube, portanto, aos Estados, enquanto tutores da ordem e pacificação social, instaurar medidas que controlem e evitem a proliferação do vírus, garantindo assim, a segurança sanitária de sua população.

Segundo informações no site da OPAS (Organização Pan-Americana da Saúde), que atua como escritório da WHO (World Health Organization), uma das medidas preventivas mais eficazes contra a contaminação do novo Coronavírus é o distanciamento social, que evita contaminar e de ser contaminado pelo vírus (OPAS, 2020b), "achatando" assim a curva gráfica da contaminação. Neste sentido, com a intenção de manter o distanciamento físico da população, prefeitos e governadores brasileiros recorrentemente utilizaram-se de medidas de restrição de circulação de pessoas, como uma tentativa branda de *lockdown*[1], fechando o comércio não essencial e proibindo eventos que provoquem aglomerações de pessoas, além de determinar toques de recolher com policiamento, e recomendar o distanciamento físico.

Entretanto, por não haver alternativa senão conviver com mais várias outras pessoas, há comunidades que, mesmo com a instauração de tais estratégias, seguem expostas e sujeitas a contaminação do Coronavírus. É o caso, por exemplo, das penitenciárias brasileiras, que, segundo o site do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) encontrava-se já em 2019 com uma taxa de ocupação de 165,72% considerando os 1.408 estabelecimentos prisionais em atividade (CNMP, 2020). O que demonstra a superlotação presente nos presídios brasileiros. Por esse motivo,

[1] Termo em inglês que significa "confinamento" utilizado para se referir à medida de segurança para isolamento da população. Consiste no impedimento rígido da circulação de pessoas determinada por lei. Há controvérsias em sua utilização no Brasil devida a sua flexibilidade.

consequentemente, multiplica-se o risco de contaminação do vírus entre os detentos e servidores penitenciários.

Com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana presente no inciso III do artigo 1º, e também no inciso XLIX do artigo 5º da CF/88, a Lei de Execução Penal, dispõe na Seção III do Capítulo II, sobre a assistência à saúde dos presidiários, prezando pela prevenção e tratamento de suas doenças. Esses dispositivos versam sobre condições mínimas exigíveis para que haja a conciliação de direitos entre a punição do infrator e o seu direito à saúde e a vida (TSUNODA, BORGES, 2009, p 65). Sendo assim, tendo em vista o iminente risco à saúde dos internos com o advento da pandemia do novo Coronavírus, fez-se necessária a atuação governamental em prol do sistema prisional para que os mesmos tenham as mesmas garantias que teriam fora das penitenciárias (FEITOSA, 2019, p. 20).

É nessa vertente que em 29 de maio de 2020 foi publicado a portaria de número 22 pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, que trata de medidas necessárias para controlar os riscos de contaminação do Coronavírus nas penitenciárias brasileiras. Dentre as disposições constam as suspensões de visitas de parentes, de atendimentos de advogados, das atividades educacionais e de trabalhos, objetivando evitar ao máximo o contato dos detentos com as pessoas de fora, para diminuir o risco de uma possível contaminação (BRASIL, 2020).

O CNJ (Conselho Nacional de Justiça), com o mesmo intuito de evitar o colapso pandêmico dentro das penitenciárias, bem como nas instituições socioeducativas, emitiu a Recomendação Nº 62, de 17 de março de 2020. Essas recomendações, dirigidas aos Tribunais e magistrados, contém procedimentos que podem amenizar o impacto da pandemia nos sistemas socioeducativo e prisional, sobretudo nos integrantes de grupos de risco. Por exemplo, na alinha “a” do inciso I do artigo 5º é recomendado a saída antecipada de integrantes do grupo de risco dos regimes fechados e semiaberto (CNJ, 2020. n.p).

3. A pandemia nas penitenciárias cearenses

Cabe salientar que, considerando a característica federativa do Brasil, os estados federados possuem autonomia política para melhor administração do estado. Ademais, possuem a incumbência também de pôr em prática instruções e recomendações da União, através de seus órgãos. Assim, consonantemente às medidas emitidas nacionalmente, para reforçar e intensificar a importância dos cuidados contra a COVID-19 nas penitenciárias, fez-se necessária também a atuação a nível estadual pelos governadores, já que os assuntos penitenciários são de caráter concorrente segundo os termos do inciso I do artigo 24 da Constituição Federal brasileira.

No Ceará, em dezembro de 2019, quando os primeiros casos do novo Coronavírus eram noticiados em Wuhan, segundo dados disponíveis no site da SAP-CE (Secretaria da Administração Penitenciária do Ceará), as penitenciárias cearenses contavam com um total de 23.950 detentos, sendo 1.274 mulheres e 22.676 homens, distribuídos entre as unidades. Ainda segundo o mesmo site, no final de 2019 as penitenciárias cearenses contavam, no total, somente com 9.740 vagas disponíveis. Com mais de 14 mil detentos excedentes nas penitenciárias do Ceará, a superlotação das unidades necessitou de uma preocupação ainda maior tendo em vista o contexto pandêmico do Coronavírus (CEARÁ, 2019).

Diante de tal situação, em 17 de março de 2020, o Secretário da Administração Penitenciária emitiu no Diário Oficial do Estado a portaria de número 146, apresentando uma série de medidas para o enfrentamento da pandemia nas penitenciárias cearenses, as quais seguem em consonância com as medidas supracitadas, como, por exemplo, a suspensão de visitas sociais, de cursos profissionalizantes, atividades religiosas, dentre outras medidas (CEARÁ, 2020a).

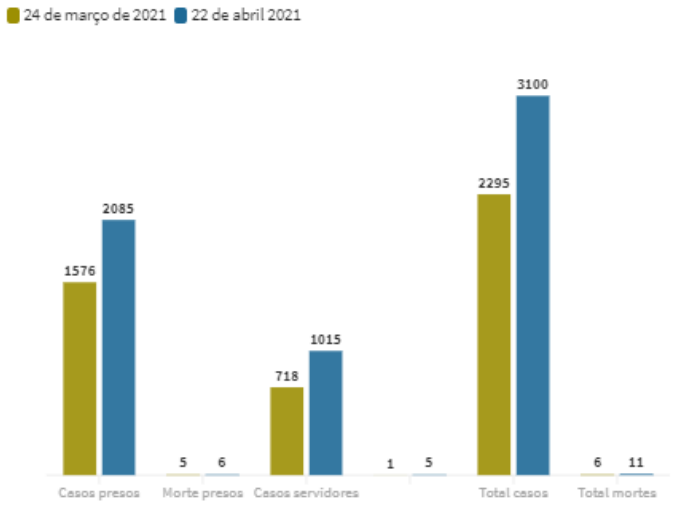
Seguindo o mesmo entendimento da portaria citada, o Governo do Estado do Ceará, em 10 de abril de 2020, emite uma Nota Técnica intitulada de “Orientações ao Sistema Prisional no Enfrentamento da COVID-19”, reafirmando a importância dos cuidados a serem tomados e apresentando sugestões aos estabelecimentos prisionais, destinadas à SAP, aos policiais penais e à equipe de saúde prisional. Nesta nota o Governo do Estado do Ceará orienta sobre a importância de reservar espaços para serem

utilizados quando, em caso de suspeita de infecção, os detentos precisarem ficar em quarentena, além de estabelecer também os devidos tratamentos necessários. Também recomenda a limitação de movimentação nos pavilhões por parte dos policiais penais, a utilização indispensável dos materiais de prevenção como as máscaras e a higienização constante das mãos (CEARÁ, 2020b).

Ainda assim, mesmo com todas essas e outras medidas adotadas pelas instituições cearenses, aconteceu que, segundo o site Publica, o Ceará apresentou um total de 100% de suas unidades prisionais com internos infectados. Ao passo que, a nível nacional, 14 estados apresentaram mais de 80% de suas penitenciárias atingidas pelo vírus (ressalvando os estados de Amapá, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e Tocantins que não disponibilizaram dados) (CICERO *et al*, 2021).

De acordo com dados coletados pelo jornal Diário do Nordeste, desde o início da pandemia até fevereiro de 2021, o Ceará teve um total de 2.085 internos que testaram positivo para COVID-19, e mais 1.015 casos entre policiais penais ou servidores, contando com 11 mortes no total. Números esses, resultados de um constante crescimento dos casos desde o primeiro caso em abril de 2020. Segundo a mesma pesquisa, entre os meses de março de 2021 a abril, houve um aumento de 35% de casos positivos e 83% nos casos de morte, que aumentou em 5 óbitos durante um único mês (MELO, 2021).

Gráfico 1 – Evolução da infecção do Coronavírus nas penitenciárias cearenses entre o mês de março e abril de 2021



Fonte: MELO (2021)

Observando a evolução da doença no sistema penitenciário, ao analisar o gráfico acima, e considerando também o andamento do plano de vacinação no Ceará, em abril de 2021, de acordo com o site da SAP-CE, iniciou-se a vacinação do grupo prioritário das penitenciárias, com os primeiros vacinados pertencentes à Unidade Prisional Irmã Imelda Lima Pontes, em Aquiraz. Com o andamento da vacinação, houve a inclusão de todos os internos como pertencentes ao grupo prioritário, e em meados de junho os vacinados já somavam 3.600 internos (CEARÁ, 2021).

Com este cenário, em uma entrevista ao jornal Diário do Nordeste, a juíza Larissa Braga Costa de Oliveira Lima, que participa do Comitê de Enfrentamento à Covid-19 nos Sistemas Prisional e Socioeducativo do Ceará apontou argumentos favoráveis às medidas adotadas em combate ao novo Coronavírus. Em suas palavras, “houve um aumento, mas não a ponto do Sistema Prisional não conseguir dar uma resposta. É uma situação grave e que exige muita cautela, mas o que pode ser feito me parece que vem sendo feito” (MELO, 2021).

A afirmação da magistrada é bastante relevante se analisarmos o avanço da vacinação dos detentos, cuja quantidade já chega a cerca de 15% da população carcerária cearense. São Paulo, por exemplo, ainda que avançado na vacinação da população em geral, dentre a sua população carcerária de 207.803 detentos, somente 13.130 presos foram vacinados, representando um percentual de cerca de 6% dos internos, um número bem baixo comparado com o desemprenho no Ceará (G1 SP, 2021)

Tais dados podem aparentar uma progressão significativa no combate à COVID-19 nas penitenciárias cearenses. Entretanto, ainda assim, nas penitenciárias cearenses a quantidade de infectados também foi um número bastante expressivo, chegando a marca de 9% dos detentos, ultrapassando o estado de São Paulo que apresentou uma taxa de 7,2%.

Se compararmos com as taxas de contaminação nos estados do Nordeste, o Ceará também se encontra em uma posição de alerta, ultrapassando o estado do Pernambuco, que possui a terceira maior lotação de presídios do país, com uma taxa de contaminação de Coronavírus de 7,3%, segundo pesquisas no G1 PE (MARINHO, 2021). Ainda na mesma pesquisa, o jornal informa que a média de contaminação nos

presídios brasileiros é de 8%, demonstrando ainda mais a situação crítica do estado do Ceará.

Em uma comparação internacional, a Colômbia apresentou um relativo aumento na superlotação dos seus presídios, demonstrando que o país "acatou as sugestões internacionais que identificaram a superlotação carcerária como um problema que deveria ser tratado e combatido de forma urgente" (ZAMORA; PEREZ, 2020), tendo em vista a recomendação de excarceração como medida de enfrentamento à contaminação do vírus nas penitenciárias, o que contribuiu bastante para a ineficácia de suas medidas de combate à COVID-19 em suas penitenciárias.

Os dados estatísticos demonstrados anteriormente podem representar uma alerta ainda maior se levarmos em consideração também os casos de contaminação não testados. Foi pensando nessa possibilidade que um "estudo realizado em 16 prisões dos Estados Unidos, entre abril e maio de 2020, verificou que a testagem em massa resultou em um aumento médio de 12,1 vezes no número de infecções por COVID-19 (..)" (CRISPIM *et al*. 2021. n.p) em comparação com os casos já confirmados pelos testes feitos por consequência dos sintomas.

Considerações Finais

Em face à pandemia do novo Coronavírus, é inegável a atuação normativa das instituições governamentais brasileiras, dada as inúmeras recomendações, notas técnicas e regulamentos emitidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e pelo CNJ de maneira que abrangesse todo o território nacional. E também pela atuação do Governo do Estado do Ceará, que, através do SAP-CE, seguiu as orientações repassadas aos entes federados.

Em comparação internacional, a aplicação das medidas de prevenção ao vírus nas penitenciárias no Brasil conseguiu evitar o colapso da saúde pública no sistema penitenciário, apresentando uma taxa média de infecção de 8%. Diferentemente do ocorrido na Colômbia, por exemplo, em que houve um aumento na lotação dos presídios em plena pandemia, em vertente contrária às recomendações internacionais de excarceração.

A nível estadual, especificamente no Ceará, observa-se q a aplicação de tais medidas, seja por falta de rigorosidade na aplicação, ou até por influência de fatores externos, fora do controle do governo, de acordo com os dados apresentados, conseguiu atingir sua finalidade em parte, tendo em vista que a situação poderia estar muito pior caso não as tivessem. Em comparação a outros estados brasileiros, como São Paulo e Pernambuco o Ceará apresentou uma taxa de contaminação um tanto superior, ficando um pouco acima da média da taxa de contaminação da COVID-19 nos presídios a nível nacional. Porém, em compensação o Ceará apresenta uma porcentagem de vacinação de detentos bastante avançada, com 15% dos internos vacinados até junho de 2021.

A população carcerária, independentemente da discussão moral, está sob tutela do Estado, que deve garantir a cada interno o cumprimento digno de sua pena. Apesar dos crimes cometidos, acima de tudo está a humanidade de cada um, e por isso, a proteção contra a contaminação do Coronavírus deve ser tratada também como prioridade do Estado. Desta forma, é primordial que haja uma fiscalização rígida por parte da sociedade, para se fazer se concretizar os cuidados necessários. Tais cuidados com a população carcerária, por se tratar de uma questão de direitos humanos, devem ser tomados também como prioridade pelo Estado, pois, condições dignas à saúde e à vida são requisitos mínimos para uma sociedade minimamente justa.

Referências Bibliográficas

9 EM cada 10 presídios de SP tiveram casos de Covid-19; apenas 6% dos detentos foram vacinados, diz secretaria. **G1 SP Online**. São Paulo, 06 de julho de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/06/9-em-cada-10-presidios-de-sp-tiveram-casos-de-covid-19-apenas-6percent-dos-detentos-foram-vacinados-diz-secretaria.ghtml. Acesso em 9 de julho de 2021.

BORGES, Débora Cristine de Almeida Borgs; TSUNODA, Fábio Silva. Direitos humanos e democracia no Brasil, Perspectivas para a segurança pública. In: de SOUZA, Luiz Antônio Francisco. **Políticas de segurança pública no estado de São Paulo**. São Paulo: Cultura América Editora, 2009. p. 63-76.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Portaria nº 22, de 26 de maio de 2020**. Brasília. 2020. Disponível em

https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-22-de-26-de-maio-de-2020-259215241. Acesso em 7 de julho de 2021.

CEARÁ. Secretaria da Administração Penitenciária. **Estatísticas do sistema penitenciário cearense**. Fortaleza, dezembro de 2019. Disponível em: https://www.sap.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/17/2020/01/BOLETIM-DEZEMBRO-2019.pdf. Acesso em 8 de julho de 2021.

CEARÁ. Secretaria da Administração Penitenciária. **3400 internos tomam primeira dose da vacina contra Covid**. Fortaleza, 18 de junho de 2021. Disponível em: https://www.sap.ce.gov.br/2021/06/18/3400-internos-tomam-primeira-dose-da-vacina-contra-covid-19/. Acesso em 9 de julho de 2021.

CEARÁ. Secretaria da Administração Penitenciária. **Portaria nº146/2020. Diário Oficial do Estado do Ceará**. Fortaleza, 17 de março de 2020a. Disponível em: http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20200317/do20200317p01.pdf. Acesso em 8 de julho de 2021.

CEARÁ. Secretaria da Saúde. Nota técnica. **Orientações ao Sistema Prisional no Enfrentamento da COVID-19**. Dispõe sobre as medidas de segurança a serem adotadas nas unidades penitenciárias do estado do ceará para prevenção e combate de possíveis casos de novo coronavírus (covid-19). Fortaleza, 10 de abril de 2020b. Disponível em: https://coronavirus.ceara.gov.br/project/nota-tecnica-traz-orientacoes-ao-sistema-prisional-no-enfrentamento-ao-covid-19/. Acesso em 8 de julho de 2021.

CÍCERO, José et al. Covid-19 atingiu mais de 80% das prisões em 14 estados. **Publica**. São Paulo, 10 de maio de 2021. Disponível em: https://apublica.org/2021/05/covid-19-atingiu-mais-de-80-das-prisoes-em-14-estados/. Acesso em 9 de julho de 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Projeto "Sistema Prisional em Números" mostra taxa de ocupação de 165% nos presídios brasileiros**. Brasília. 18 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/12922-projeto-sistema-prisional-em-numeros-mostra-taxa-de-ocupacao-de-165-nos-presidios-brasileiros. Acesso em 5 de julho de 2021.

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, 17 março de 2020a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em 8 de julho de 2021.

CRISPIM, Juliane de Almeida. Impacto e tendência da COVID-19 no sistema penitenciário do Brasil: um estudo ecológico. **SciELO**. Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/6Kh8xFNHmqTQHzncYCsJDPw/?lang=pt#. Acesso em 10 de julho de 2021.

FEITOSA, Amanda Alves. Superlotação carcerária à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. **Repositório Institucional**. 2019. Anápolis. 42 p. Monografia

(Trabalho de Conclusão de Curso) – Curso de Direito, UniEvangélica. Disponível em: http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/8582/1/monografia%20PRONTA%20PARA%20IMPRIMIR.pdf. Acesso em 7 de julho de 2021.

MARINHO, Bruno. Monitor da Violência: Pernambuco tem 2.467 presos e 449 servidores penitenciários com Covid-19. **G1 PE Online.** Recife, 17 de maio de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2021/05/17/monitor-da-violencia-pernambuco-tem-2467-presos-e-449-servidores-penitenciarios-com-covid-19.ghtml. Acesso em 9 de julho de 2021.

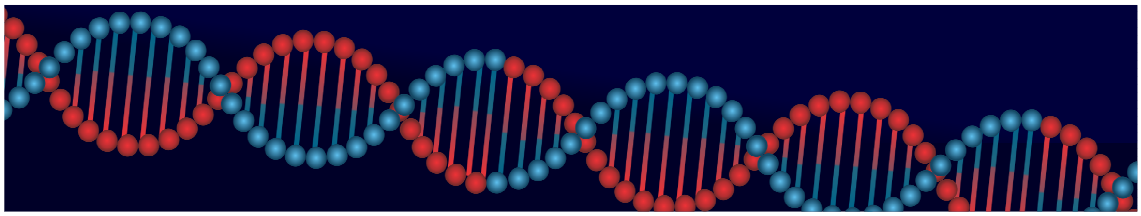
MELO, Emanoela Campelo. Casos de Covid no Sistema Penitenciário do Ceará aumentam 35% em um mês. **Diário do Nordeste Online.** Fortaleza, 3 de maio de 2021. Disponível em: https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/casos-de-covid-no-sistema-penitenciario-do-ceara-aumentam-35-em-um-mes-e-obitos-disparam-1.3080063. Acesso em 9 de julho de 2021.

MELO, Emanoela Campelo. Índice de Covid-19 nos presídios do Ceará cresce 21,6%. **Diário do Nordeste Online.** Fortaleza, 8 de agosto de 2020. Disponível em: https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/indice-de-covid-19-nos-presidios-do-ceara-cresce-216-1.2975086. Acesso em 9 de julho de 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Considerações para quarentena dos contatos de casos de COVID-19**. Orientação provisória. Brasília – Distrito Federal, 19 de agosto de 2020a. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52616/OPASWBRACOVID-1920101_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 6 de julho de 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Histórico da pandemia de COVID-19.** Brasília – Distrito Federal, 2020b. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19. Acesso em 6 de junjo de 2021.

ZAMARA, Sergio Andrés López; PEREZ, Stephanie Carolyn. Crise carcerária em tempos de pandemia. **LexCult.** Rio de Janeiro, ISSN 2594-8261, v.4, n.3, set./dez. 2020, p. 178-194.



NADA NOVO E TAMPOUCO NORMAL: A INSEGURANÇA ALIMENTAR NO NORDESTE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

*Bruna Prandi**
*Eric Ian Oliveira Guimarães***

Resumo: Não há nada de “novo” nos problemas enfrentados pelo país diante da pandemia do coronavírus, tampouco há algo “normal” na forma com que tais problemáticas são tratadas. O presente artigo propõe-se a analisar a insegurança alimentar no Nordeste como problema agravado pela pandemia do novo coronavírus e não criado por ela. Objetiva ser uma pesquisa descritiva, com o levantamento e caracterização do problema da insegurança alimentar no Nordeste, por sua vez, a abordagem utilizada neste trabalho foi a quantitativa, com o uso, análise e confronto das porcentagens levantadas por dois estudos acerca da insegurança alimentar no Brasil. Os métodos procedimentais escolhidos foram os da pesquisa documental, a partir do exame da normatização do direito à alimentação como direito social na Constituição Federal e sua presença em documentos internacionais, bem como a pesquisa bibliográfica, com a revisão de literatura sobre o tema. Inicialmente, será realizada uma discussão conceitual acerca da segurança alimentar. Posteriormente, serão analisados e confrontados os dados sobre a situação de insegurança alimentar no Nordeste contidos em duas pesquisas, pré e pós-pandemia. A partir deste confronto, será possível constatar o agravamento do problema, bem como a insuficiência do Auxílio Emergencial e a falta de políticas públicas efetivas, sendo urgente a recomposição do tecido social e o entendimento da fome no Nordeste como problema negligenciado e perpetuado pela omissão estatal e não como fenômeno espontâneo, natural ou incontornável.

* Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri, e-mail para contato: bruna.prandi@urca.br

** Graduando em Direito pela Universidade Regional do Cariri, e-mail para contato: eric.guimaraes@urca.br

Palavras-chave: Direito à alimentação. Direitos sociais. Fome. Nordeste.

Abstract: There is nothing “new” about the problems faced by the country in the face of the coronavirus pandemic, nor is there anything “normal” in the way these problems are treated. This article aims to analyze food insecurity in the Northeast as a problem that is aggravated by the new coronavirus pandemic and not created by it. It aims to be a descriptive research, with the survey and characterization of the problem of food insecurity in the Northeast. In turn, the approach used in this work was quantitative, with the use, analysis and comparison of the percentages raised by two studies on food insecurity in the Brazil. The procedural methods chosen were documental research, from the examination of the regulation of the right to food as a social right in the Federal Constitution and its presence in international documents, as well as bibliographical research, with a literature review on the subject. Initially, there will be a conceptual discussion about food security. Subsequently, data on the situation of food insecurity in the Northeast contained in two surveys, pre and post-pandemic, will be analyzed and compared. From this confrontation, it will be possible to observe the worsening of the problem, as well as the insufficiency of Emergency Aid.

Introdução

Este artigo se propõe a comparar os dados de segurança alimentar no Nordeste pré e pós-pandemia, a fim de analisar a problemática da insegurança alimentar como problema agravado, mas não novo. Tal exame inicia com a formalização do direito à alimentação na Constituição Federal e considerações sobre os direitos sociais, vistas no primeiro tópico deste artigo. Após, serão discutidos os dados da Pesquisa de Orçamento Familiar (POF) referente aos anos de 2017 e 2018, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IGBE), buscando compreender a situação de segurança e insegurança alimentar no Nordeste naquele biênio. Tais dados serão confrontados, no terceiro tópico deste trabalho, com o estudo mais recente de insegurança alimentar no país, o Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar, realizado pela Rede PASSEN em 2020, durante a pandemia.

Pretende-se, a partir da comparação destes dados, verificar a precarização da situação de insegurança alimentar no Nordeste, especificamente, como uma problemática antiga e, agora, agravada pela pandemia.

Esta pesquisa, caracterizada como descritiva, se propõe a verificar e analisar os dados dos dois estudos realizados e confrontá-los, de forma a averiguar os reflexos da pandemia em uma problemática pré-existente e ainda marginalizada pela agenda governamental. Segundo Gil (2008), é aquela que descreve um fenômeno ou objeto de estudo (população, empresa, governo, situação-problema) e estabelece relações entre as suas variáveis. A abordagem utilizada é a quantitativa, tendo em vista a quantificação dos dados coletados pelas duas pesquisas em estudo, que utilizaram questionários e produziram porcentagens para a análise das informações obtidas pelos entrevistados.

Na elaboração deste artigo, utilizamos como procedimentos técnicos a pesquisa bibliográfica, a partir da revisão de literatura existente sobre o tema e a pesquisa documental, analisando a previsão normativa do direito à alimentação na Constituição Federal e declarações internacionais e os dados obtidos pelas duas pesquisas relacionadas à segurança e insegurança alimentar no Brasil.

1. O direito à alimentação como direito social

Segurança alimentar, de acordo com o conceito dado pela Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), seria ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam sociais, econômica e ambientalmente sustentáveis (BRASIL, 2006). A partir deste conceito e com o objetivo de criar uma escala nacional para mensurar a situação da segurança alimentar no país, surge a Escala Brasileira de Segurança Alimentar (EBIA), criada por cinco instituições científicas nacionais em parceria.

A escala mede diretamente a percepção de insegurança alimentar e fome em nível domiciliar, tendo capacidade de mensurar a dificuldade de acesso à alimentação e sua dimensão social, sendo uma ferramenta de fácil aplicação e baixo custo, por meio de 14 (quatorze) questionamentos que versam desde a preocupação com a escassez de alimentos dentro de um domicílio, até a capacidade de compra de alimento pelos

moradores. A partir das respostas a estes questionamentos, a escala classifica quatro níveis: a segurança alimentar; insegurança alimentar leve; insegurança alimentar moderada e insegurança alimentar grave (IBGE, 2020).

O direito à alimentação surge como direito social positivado na Constituição a partir da Emenda Constitucional n° 64/2010 e, desta forma, tem caráter de aplicação imediata. No entanto, estar formalizado na Carta Magna como dever do Estado não garante sua efetivação. A fome, como negligência estatal, deixa o direito à alimentação fora da agenda governamental, criando a situação de insegurança alimentar em todo o país (Rede PENSSAN, 2021).

A citação ao direito à alimentação surge, pela primeira vez, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu artigo 25, como o direito a um padrão de vida adequado. Tal direito é reafirmado posteriormente no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em seu artigo 11. O órgão de monitoramento do PIDESC, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais classificou o direito à alimentação como vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana e indispensável para o gozo dos demais direitos humanos (CARVALHO, 2020).

O direito social, originado da luta de classes, refere-se à proteção daqueles indivíduos economicamente enfraquecidos, a classe trabalhadora, operária, é o direito à satisfação das necessidades básicas humanas. Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (1981):

> A consagração dos direitos individuais corresponde ao surgimento de uma paliçada defensiva do indivíduo perante o Estado. **A consagração dos direitos sociais retrata a ereção de barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos**. Enquanto os direitos individuais interditam ao Estado o amesquinhamento dos indivíduos, os direitos sociais interditam aos próprios membros do corpo social que deprimam economicamente ou que releguem ao abandono outros indivíduos menos favorecidos pela fortuna. (grifo nosso)

Destarte, o nascimento e fortalecimento dos direitos sociais não deve ser visto como negação dos direitos individuais, mas como forma de garantir o alcance destes. Os direitos de segunda dimensão surgiram para conferir vitalidade aos direitos de primeira dimensão, tendo em vista que são direitos compatíveis e complementares que se

necessitam reciprocamente para terem pretensão de efetividade ao se exigir, portanto, atuação complementar e não excludente (LEDUR, 1998). Pensamento este adotado pelo jurista Paulo Bonavides (2004), quando discorre:

> Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre-arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial.

O direito à alimentação, por sua vez, constitui um direito fundamental básico, aquele que permite o acesso aos recursos e aos meios para produzir ou adquirir alimentos seguros e saudáveis que possibilitem uma alimentação de acordo com os hábitos e práticas alimentares de sua cultura, região e origem étnica (VALENTE, 2002). Na Constituição Federal de 1988, foi introduzido, de forma expressa como dever do Estado, no ano de 2010, pela Emenda Constitucional n° 64, que muda a redação do artigo 6º, incluindo o direito à alimentação aos demais direitos sociais assegurados pela lei brasileira. Tal inserção foi resultado de uma frente parlamentar que elaborou duas Propostas de Emenda à Constituição e sua incorporação no texto constitucional se caracteriza como marco no reconhecimento formal à alimentação adequada.

Agora, como direito social, o direito à alimentação tem aplicação imediata, assegurada pelo artigo 5º, §1º, da Constituição Federal e, desta forma, constitui um direito social de imediata prestação sob a forma de preceito juridicamente obrigatório e vinculante, independentemente de qualquer interposição legislativa infraconstitucional (CARVALHO, 2020). Assim como garantido na norma constitucional, o Brasil, como signatário de acordos internacionais, tem o compromisso de assegurar o direito ao acesso à alimentos seguros e nutritivos.

No entanto, tais garantias previstas na lei brasileira e nos tratados internacionais não são suficientes para a efetivação deste direito pelo Estado, apesar de reconhecido normativamente, por razões ideológicas, técnicas ou políticas.

2. Uma análise pré-pandêmica

Ao longo dos últimos anos, o Brasil vivencia um processo crescente no que concerne ao desmonte das políticas públicas protetivas, principalmente as políticas públicas voltadas a garantia dos direitos sociais. A superexploração da força de trabalho frente aos baixos salários contribuiu para a precarização da qualidade de vida dos trabalhadores, contradições impostas pelo sistema capitalista.

O desmonte na proteção social pode começar a ser visto em 2016, a partir do processo, um tanto quanto duvidoso, de *impeachment* sofrido pela presidenta à época. Desde então, o país passa a sofrer um conjunto de reformas que interferiram diretamente em políticas públicas sociais como, por exemplo, a Emenda Constitucional n° 95 (BRASIL, 2016), responsável pelo congelamento nos gastos sociais pelos próximos 20 (vinte) anos.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizou, durante os anos de 2017 e 2018, a Pesquisa de Orçamento Familiar (POF), baseada na Escala Brasileira de Insegurança Alimentar (EBIA), que buscou identificar e classificar os domicílios brasileiros de acordo com graus de severidade de insegurança alimentar. Os dados, divulgados apenas no ano de 2020, versam sobre a composição dos orçamentos domésticos, participação em programas sociais de renda e perfil nutricional das famílias brasileiras durante os dois anos de entrevistas. Neste artigo, nos limitaremos a analisar os dados referentes ao Nordeste nos anos de 2017 e 2018 fornecidos pela POF.

De acordo com o documento, a Região Nordeste contava com apenas 49,7% de sua população em estado de segurança alimentar, ou seja, com, no mínimo, três refeições diárias durante os sete dias da semana (IBGE, 2020). Sendo assim, menos da metade da população nordestina teve, no biênio pesquisado, acesso regular à alimentação, seja de forma quantitativa e qualitativa. A Região Nordeste fica atrás apenas da Região Norte do país, que contabilizou 43% de sua população em nível de segurança alimentar.

Ainda de acordo com o estudo, o Nordeste brasileiro contava com alarmantes 13,4% da população em situação de insegurança alimentar moderada e 7,1% em

situação de insegurança alimentar grave, tais porcentagens significam mais de 3 (três) mil domicílios em situação de fome (IBGE, 2020). Enquanto levantamentos do próprio IBGE, relativos aos anos de 2004 a 2013 registraram um aumento progressivo no número de famílias em segurança alimentar, a POF do biênio 2017-2018 revelou que tal progresso foi revertido (IBGE, 2020).

A fome, por sua vez, não deve ser entendida como fenômeno espontâneo ou incontornável, uma vez que surge e se perpetua pela negligência estatal. A insegurança alimentar na Região Nordeste é culturalmente associada às causas naturais e condições climáticas, sendo que os efeitos de tais circunstâncias podem ser solucionados ou, pelo menos, minimizados pela ação do Estado.

Um ano após o estudo realizado pela POF, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), utilizando a Escala Internacional de Medida da Experiência em Insegurança Alimentar (FIES), realizou um monitoramento mundial sobre insegurança alimentar. No documento, apesar de utilizar diferentes pontos de corte em relação à EBIA, os órgãos levantaram que 20,6% da população brasileira sofria de insegurança alimentar moderada ou grave no ano de 2019 (FAO, 2020).

Ainda em um mundo pré-pandêmico e apesar dos dados alarmantes apresentados pela POF, referentes aos anos de 2017 e 2018, surge, como primeiro ato do novo governo, a Medida Provisória n° 870/2019 que, dentre outras modificações, extingue o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA). A partir deste momento, a política nacional de segurança alimentar e nutricional é de competência do Ministério da Cidadania. Tal incorporação da função do CONSEA ao Ministério citado retira a autonomia que detinha o conselho, parte fundamental no monitoramento das políticas públicas voltadas para a chamada Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (SSAN).

É neste cenário de crise econômica, social e política, que surge o novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o país passa a enfrentar de mesmo modo, uma crise sanitária. A Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar (Rede PENSSAN) realizou um estudo em mais de 2 (dois) mil municípios, das cinco regiões

do país, buscando analisar os níveis de vulnerabilidade da população brasileira, no contexto da insegurança alimentar durante o ano de 2021.

Tal inquérito possibilitou levantar que mais de 116 (cento e dezesseis) milhões de brasileiros convivem com algum grau de insegurança alimentar, de acordo com a EBIA e, destes, mais de 40 (quarenta) milhões não têm alimentos em quantidade suficiente (Rede PENSSAN, 2021). Tais dados tendem a piorar diante dos efeitos da pandemia nos lares brasileiros, tendo em vista que as desigualdades se tornam mais explícitas durante uma crise. Este pensamento é corroborado na doutrina, uma vez que seria previsível que a comida, tanto sua disponibilidade como o acesso a ela, viesse a ocupar o centro das preocupações e urgências no contexto de pandemia pela qual estamos passando, ao lado, e como complemento indispensável, dos cuidados com a saúde das pessoas infectadas, ou não, pelo vírus mais recente (MALUF, 2020).

3. Os efeitos da pandemia na insegurança alimentar no nordeste

Passemos a analisar os dados do Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar, realizado pela Rede PASSEN em 2020, no que tange aos efeitos causados pela pandemia do novo coronavírus na insegurança alimentar no Nordeste.

A insegurança alimentar começa pela falta de renda, uma vez que é impossível comprar suprimentos sem dinheiro. A partir deste primeiro aspecto, o inquérito aponta que 53,4% dos domicílios nordestinos tiveram redução de renda com o advento da pandemia e, em 20,4% deles, algum membro da família ficou desempregado. O documento mostra que a pandemia da covid-19 afetou de forma negativa as condições de geração de renda e trabalho em todas as regiões brasileiras, mas os percentuais das regiões Norte e Nordeste são os mais altos do país. Com a diminuição ou perda de renda, o índice de endividamento sobe nessas regiões, bem como o corte nas despesas de itens essenciais (Rede PENSSAN, 2021).

Nestas duas regiões, foi possível constatar os maiores números de domicílios que contavam com o auxílio de programas de renda, como o Bolsa Família. Na região Nordeste, foco desta análise, 33,4% dos lares receberam renda do programa social. O Auxílio Emergencial, criado com o objetivo de minimizar os efeitos da perda de renda

pelos brasileiros, foi solicitado e recebido por 57% dos domicílios nordestinos, porém, apenas 29,2% destes lares receberam de 07 (sete) a 09 (nove) parcelas do benefício.
Ainda assim, com o recebimento do Auxílio Emergencial e Bolsa Família, o índice de endividamento dos lares nordestinos ultrapassou os 30% do total de domicílios pesquisados, caracterizando que a política pública emergencial não foi suficiente para garantir a estabilidade financeira durante a pandemia. Os dados indicam elevada proporção de insegurança alimentar moderada ou grave nos domicílios em que as pessoas entrevistadas solicitaram e receberam parcelas do auxílio emergencial (Rede PENSSAN, 2021).

A pesquisa aponta que 13,8% dos nordestinos viviam em situação de insegurança alimentar durante o ano de 2020, caracterizando um aumento de 6,7% de acordo com os dados levantados pela POF no biênio 2017-2018. Os 49,7% de domicílios que viviam em estado de segurança alimentar em 2018 passam a ser 28,1% em 2020, uma redução de mais de 20% em dois anos. Se comparadas, as populações rurais e urbanas dentro da Região Nordeste, é possível identificar que a insegurança alimentar é maior no campo do que na cidade e nota-se, aqui, mais um indicador do papel decisivo cumprido pela garantia de renda básica vinculada ao valor do salário-mínimo, componente importante da correlação entre os valores dos rendimentos familiares e os níveis mais elevados de insegurança alimentar no Brasil, requerendo a definição de políticas públicas de renda, emprego e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede PENSSAN, 2021).

A crise econômica, que vinha revertendo o sucesso alcançado até 2013 na garantia do direito humano à alimentação adequada, ganhou impulso negativo maior em 2020 com o advento da pandemia, apesar da permanência de alguns programas sociais como o Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada, e a criação do auxílio emergencial com o objetivo de mitigar os efeitos da pandemia sobre o emprego e renda.

A comparação dos níveis de segurança e insegurança alimentar entre a POF 2017-2018 e o presente inquérito, mostra a gravidade da superposição da crise econômica e crise sanitária em todo o território nacional, sem uma adequada resposta advinda da política pública (Rede PENSSAN, 2021).

Considerações Finais

A partir dos dados levantados e, em comparação aos anos de 2017-2019, período pré-pandêmico, podemos concluir que vivemos o que tem sido considerado como uma sindemia, englobando tanto os efeitos da crise sanitária que afetam todas as dimensões da vida em sociedade, como também os determinantes da insegurança alimentar situados no aumento da pobreza em paralelo à maior concentração de renda e riqueza entre os segmentos sociais mais ricos (Rede PENSSAN, 2021). Desta forma, é inegável o retrocesso sofrido nos últimos cinco anos em relação aos dados de segurança alimentar apresentados pela POF e pelo inquérito.

Tal retrocesso atingiu todo o território nacional, no entanto, foi possível verificar que as desigualdades regionais, historicamente conhecidas e insuficientemente combatidas, estão presentes nas restrições à capacidade de acesso das famílias aos alimentos, acentuadas pela maior prevalência da insegurança alimentar grave nos domicílios rurais onde também ocorrem, com maior frequência, a baixa renda, escolaridade e maior insegurança hídrica, consequentemente menor acesso às políticas públicas.

A concessão do Auxílio Emergencial, como principal medida compensatória, mostrou-se insuficiente frente à necessidade devido à perda e diminuição de renda nos lares nordestinos durante a pandemia. Se faz primordial oferecer tal auxílio com valor significativo à população mais vulnerável, como forma de ajuda a conter o espraiamento da crise sanitária vivida, porém, é igualmente urgente a recomposição do tecido social por meio do debate democrático, informações fundamentadas e políticas públicas orientadas pelo princípio humanitário de inclusão e equidade.

O Estado, com seu aparato técnico, é capaz de minimizar a situação de insegurança alimentar atual, porém, segue investindo em políticas, de certo modo, apenas paliativas, que perpetuam o status atual. Conforme leciona Josué de Castro (1964), “[...] a luta contra a fome, concebida em termos objetivos, é o único caminho para a sobrevivência de nossa civilização, ameaçada em sua substância vital por seus próprios excessos, pelos abusos do poder econômico, por sua orgulhosa cegueira – numa palavra, por seu egocentrismo político”.

Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 57-58, p. 235, 1981.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 11ª edição, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2001.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.047, de 17 de outubro de 2005**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - Sisan com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, DF, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010**. Altera o art. 6o da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Diário Ofi cial da União: Seção 1, Brasília, DF, ano 147, n. 25, p. 1-2.

BRASIL. **Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - Sisan com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Diário Ofi cial da União: Seção 1, Brasília, DF, ano 143, n. 179, p. 1-2, 18 set. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Valerio de Oliveira Mazzouli. Coletânea de Direito Internacional/ Constituição Federal. 6.ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

BRASIL. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e Culturais, 1966. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito Internacional/ Constituição Federal.* 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008, p. 854-861

BRASIL. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Comentário geral nº 12:* **o direito humano à alimentação adequada**. Genebra, 1999, parágrafo 32. Disponível em: <http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf> Acesso em: 13 de julho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.346 de 15 set. 2006**. Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Diário Oficial da União. 18 set 2006.

BRASIL. **Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Princípios e diretrizes para uma política nacional de segurança alimentar**. Brasília: CONSEA; 2004.

CASTRO, Josué. **Geografia da Fome**. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1946. CASTRO, J. FAO, IFAD, UNICEF, WFP and WHO. 2020. **The State of Food Security and Nutrition in the World 2020. Transforming food systems for affordable healthy diets**. Rome, FAO. https://doi.org/10.4060/ ca9692en. Disponível em: http://www.fao.org/3/ca9692en/ ca9692en.pdf. Acesso em 06.07.2021.

IBGE. **Pesquisa de Orçamentos Familiares 2017-2018**. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf. Acesso em: 13.07.2021.

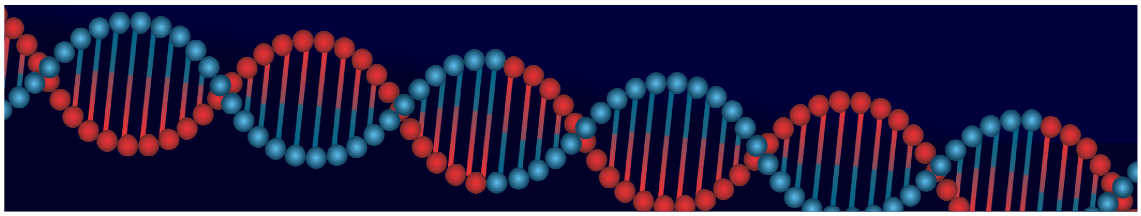
LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MALUF, Renato. **Comer em tempos de pandemia e após**. Jornal GGN. Disponível em: Comer em tempos de pandemia e após. Disponível em: https://jornalggn.com.br/artigos/comer-em-tempos-depandemia-e-apos-por-renato-s-maluf/. Acesso em: 06.07.2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito Internacional/ Constituição Federal.* 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008, p. 773-780.

UNICEF. **Impactos Primários e Secundários da Covid-19 em Crianças e Adolescentes**. Disponível em: https://www.unicef.org/ brazil/media/9966/file/impactos-covid-criancas-adolescentesibope-unicef-2020.pdf. Acesso em: 06.07.2021.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Do combate à fome à Segurança Alimentar e Nutricional: o direito humano à alimentação adequada**. Direito humano à alimentação adequada: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez Editora, 2002, p.40-43.



NECROPOLÍTICA NA PANDEMIA DA COVID-19: UM DESCASO SOBRE O DIREITO À SAÚDE

*Antonio Gessio Ferreira Lima**
*Fernando Tavares da Cunha***
*Lucas Neves e Sousa***

Resumo: O referido artigo pretende discutir sobre a necropolítica como política de Estado levando em consideração a situação brasileira na condução da pandemia da covid-19 e evidenciando o racismo estrutural que determinados grupos têm sofrido, sendo eles alvos de uma política desumanizante. Através de uma pesquisa de abordagem qualitativa por meio da revisão bibliográfica e documental os resultados podem ser avistados através de um estudo que pretende analisar áreas específicas e decisões do poder público relacionadas à pandemia, observando os dados e as pesquisas relacionadas à saúde é possível inferir o uso da necropolítica que tornou-se recorrente na sociedade moderna ao ser operada como uma tecnologia de domínio sobre a vida de determinados grupos.

Palavras-chave: Necropolítica; Direito à Saúde; Racismo Estrutural.

Abstract: This article intends to discuss about necropolitics as a State policy, taking into account the Brazilian situation in the conduct of the covid-19 pandemic and highlighting the structural racism that certain groups have suffered, as they are targets of a dehumanizing policy. Through a qualitative approach research through bibliographical and documental review, the results can be seen through a study that intends to analyze specific areas and decisions of the public authorities related to the pandemic, observing the data and researches related to health, it is possible to infer the The use of

[199] Graduando em Direito pela Universidade Regional do Cariri(URCA).gessio.lima.@urca.br

[200] Graduando em Direito pela Universidade Regional do Cariri(URCA). lucas.neves@urca.br

[201] Graduando em Direito pela Universidade Regional do Cariri(URCA). fernando.tavares1236@urca.br

necropolitics has become recurrent in modern society when it is operated as a technology to dominate the lives of certain groups.

Keywords: Necropolitics; Right to Health; Structural Racism.

1. Introdução

A presente pesquisa visa abordar o uso da necropolítica durante a pandemia de covid-19, que veio a provocar crises sem precedentes de maneira global e a escancarar um conjunto de descasos para com a população no sentido de não atenuar as consequências sobre direitos essenciais, por exemplo, a vida, liberdade e a saúde. E vai além, pretende-se evidenciar o que sustenta a necropolítica. Este termo é cunhado pelo filósofo camaronês, Achille Mbembe(2016), com o objetivo de aprofundar as concepções de Michel Foucault acerca do biopoder para explicar novas formas de controle sobre a vida.

Por outro lado, buscamos demonstrar que o descaso com as medidas de enfrentamento da pandemia por ações dos governos agravaram drasticamente o número de mortes de grupos específicos, os quais poderia ser evitado se desde o início levassem em consideração métodos calcados na ciência, no entanto a ausência de uma política de saúde clara e a falta de vacina foi essencial para criar o caos que o país vive atualmente, já que era mais importante para que os que estavam no poder uma forma de retornar à ‘’normalidade’’ pré-pandemia. Sobretudo utilizou-se de métodos não científicos que contribui para a disseminação do vírus entre a população e consequentemente provocando a morte desses indivíduos, dentre esses métodos estão a imunidade de grupo ou de rebanho, logo, essa estratégia exemplifica o uso da necropolítica.

Percebe-se que essa crise prejudica a humanidade, porém, em diferentes graus de impacto. É mediante essa desproporcionalidade que surge a noção de necropolítica aplicada na sociedade, principalmente proveniente do racismo estrutural, fator este que se consolida no sistema capitalista e prejudica grupos étnicos específicos.

Em suma, visa-se aqui apresentar através de uma pesquisa qualitativa como a pandemia de covid-19 implica o uso necropolítica, bem como destacar que o direito à saúde é negado para grupos específicos situados no sistema capitalista, enfatizando a influência do racismo dar materialidade a essas violações.

2. Uso da Necropolítica na pandemia

O termo necropolítica foi cunhado pelo autor camaronês Achille Mbembe para traduzir, ancorado nas ideias de biopoder e biopolítica, novos meios de controle sobre a vida de determinados indivíduos na atualidade que são impulsionados em um sistema que diferencia e decide quem vive e quem morre.

A necropolítica tornou-se recorrente na sociedade moderna ao ser operada como uma tecnologia de domínio sobre a vida de determinados grupos. Não foi diferente com a pandemia de covid-19, ao invés disso, aparece com frequência mediante uma política de morte. Está em curso diante desse cenário o intencional descaso perante a população sob o pretexto de deixar morrer quem, no ponto de vista do poder sobre os corpos(o necropoder), é descartável como se não valesse nada.

> Nesse ensaio, Achille Mbembe mostra que a morte, enquanto um objeto de gestão, foi apropriada pelo poder político, o qual não se limita apenas em indicar medidas sobre como a vida deve ser gerida, mas também apontar como devemos morrer e quem deve morrer. E mais: em certos territórios, os indivíduos vivem a partir de níveis tão mínimos de sobrevivência que a distinção entre vida e morte é muito sutil. Assim, o risco da morte torna-se presente o tempo todo. E essa é a marca central da necropolítica(BONTEMPO, 2020, p.559).

O termo cunhado pelo autor aperfeiçoa as concepções de biopolítica e biopoder de Michel em razão da nova roupagem atribuída às formas de extermínio presente na atualidade. Entendendo a necropolítica como um método de administração da vida do outro, com os novos contornos dados à teoria de Foucault, o Estado passa a se apropriar dela para pôr em prática a matança. Para Foucault, a biopolítica consiste na normalização da vida do indivíduo através de estratégias de poder, que no sentido de controle sobre a vida, passa a gerenciá-la a ponto de dominar com base em disciplinas.

> Isso significa que o poder deixa de se afirmar enquanto um poder de “matar a vida” e passa a fazê-lo enquanto um poder que “gerencia a vida”, que passa, agora, a ser exercido sobre a vida, fixando-se ao longo de todo o seu

> desenrolar. É esse poder que Foucault denominará biopolítica, a qual representa uma estratégia ao mesmo tempo de proteção e de maximização da força representada pela vida dos indivíduos, vida que passa a valer muito, "não em nome de uma pretensa filantropia, mas porque ela é essencialmente força de trabalho, isto é, produção de valor." Nesse contexto, a vida "só é útil porque é, ao mesmo tempo, sã e dócil, ou seja, medicalizada e disciplinarizada" (REVEL, 2006, p. 55-56).

Nas palavras do autor: 'estabelece como fio condutor de suas análises o estudo do biopoder, definindo-o como' o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais, vai poder entrar numa política, numa estratégia geral de poder'.(FOUCAULT, 2008a, p.3).

O elo entre pandemia de covid-19 e a necropolítica—objetivo de que se trata esta análise— se dá por meio de ações ou omissões que potencializam a morte de determinados indivíduos quando o Estado não fornece condições mínimas de sobrevivência em suas estruturas para atender as demandas da sociedade, pelo contrário, negligencia-os em detrimento desses grupos.

Nesse diapasão, a soberania é a tecnologia de poder da necropolítica usada para se obter objetivos pretendidos pelo Estado. Com ela, a necropolítica é legitimada em consonância com o ordenamento jurídico como naturalizada, ou seja, legalizada pelo sistema jurídico. Logo nessa concepção exerce o direito de matar, pois detém o poder de comandar a sua população.

Por outro lado, se até a pandemia o Estado não construiu estruturas de saneamento básico, políticas sociais e econômicas, programas de assistência à população, a partir dela o problema torna-se maior por não ter formas iniciais de proteção graças a recusa e negligência. Como resultado disso, há dificuldade de fazer com que a população em geral consiga evitar as principais formas de contágios.

Assim segue:

> As principais formas de contágio da COVID-19 são através de contato direto com secreções que carregam alguma carga viral, ou de contato indireto, através das gotículas de secreção suspensas no ar. Por este motivo, especialistas difundem que as principais medidas de combate à COVID-19 fundam-se no isolamento social e na higienização constante das mãos por água com sabão. Contudo, segundo a UNICEF (2020), água e sabão não são recursos de acesso universal. De acordo com Morado (2020), no Brasil, um quarto da população não tem água em casa, portanto, mais de trinta milhões

> de brasileiros não conseguem proteger-se apropriadamente do contágio da COVID-19, e este não é um problema exclusivamente brasileiro.
> Segundo Ribeiro (2008), 27% do consumo da água mundial é feito por apenas 16% da população, explicitando a desigualdade de uso e distribuição do recurso. Escolher, desde antes da pandemia da COVID-19, quem têm acesso à água ou não, verificar se como uma forma de exercício da necropolítica: sendo a água um recurso vital, provê-la e distribuí-la desigualmente no território determina quem morre e quem vive em meio a todos os cidadãos. (LIMA et al, 2020, p.208-209).

Com efeito, aos governantes cabe reduzir os impactos da pandemia de covid-19 na sociedade com políticas públicas que visem atenuar os efeitos e buscar voltar o quanto antes à normalidade, porém quando não assumem essas responsabilidades, substituindo-as por meios outros(como a imunidade de rebanho) põe em prática a necropolítica. Não bastasse tais omissões, a população sofre as consequências derivadas da pandemia, prolongadas até que a contaminação do vírus seja contida. Fome, pobreza e mortes são exemplos comuns na ordem do dia.

Por necropolítica, entende-se uma política de matança contra grupos específicos quando determina quem deve viver ou morrer. Para tanto, tal método aplica-se no contexto da pandemia, de forma a pôr em risco a vida de determinados indivíduos por meio de omissões ou instrumentalização direta de meios capazes de vulnerabilizar seus direitos. Essa diferenciação de importância de um grupo perante o outro se consolida no capitalismo, pois nele os indivíduos subjugados são descartados, uma vez que uma vida vale menos do que outra.

> Para reduzir o impacto econômico, governantes como Boris Johnson (Reino Unido), Jair Bolsonaro (Brasil) e Donald Trump (Estados Unidos da América) afirmam intenções de coibir o isolamento social, colocando suas populações em alto risco de contaminação, sendo os três países membros da lista dos 5 países mais afetados (em número de mortes e casos) pela COVID-19. Ambos governantes se valem de um discurso que propõe a chamada “imunidade de rebanho” (LIMA et al, 2020,p.209).

Nesse sentido, a pandemia de covid-19 evidencia o que já vinha acontecendo na sociedade moderna em relação à gestão de grupos específicos; mas que com esse fenômeno, fica nítido o descaso para com a população--que poderia ser evitado-- se fosse levado em consideração a gravidade do problema: a necropolítica. Neste ponto, à luz da Necropolítica, serão abordados os fatores causadores dessa tecnologia de poder, dando ênfase no direito à saúde e racismo estrutural.

3. Direito à saúde

O direito à saúde sempre foi o meio mais importante para garantir a plenitude do homem em todas as esferas de sua vivência. A própria declaração dos direitos do homem e do cidadão explana a importância dessa garantia nas suas alíneas mostrando que sem ela o homem não poderia ter se desenvolvido, por esse fator, que o direito à saúde está assegurado na declaração dos direitos do homem e do cidadão quando observamos o artigo 25º: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar. ”

Na declaração universal do homem e do cidadão em 1948 é garantido que todos os indivíduos acessem os direitos básicos e que eles não sejam perseguidos em seus países, dito isso, se observamos a constituição Brasileira de 1988 mais precisamente o capítulo II, do título I quando é mencionado os direitos sociais, o artigo 6º fala: “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. ” Assim a saúde é de suma importância para garantir que os sujeitos entrem em contato com qualquer outro direito básico.

No entanto, se levarmos em consideração a nossa sociedade observamos que alguns direitos são privados de uma determinada população e se engana quem acha que essas características são exclusivas de governos ditatoriais essas atitudes que ferem os direitos humanos e mostram resquícios de maldade

> O mal não está confinado às guerras ou às ideologias totalitárias. Hoje ele se revela com mais frequência quando deixamos de reagir ao sofrimento de outra pessoa, quando nos recusamos a compreender os outros, quando somos insensíveis e evitamos o olhar ético silencioso.
> (BAUMAN 2014, p.11)

O descaso pode ser mostrado através de um caso concreto. No dia 24 de Junho de 2021, segundo Camarotto et al (2021) foi convocado para depor à comissão parlamentar de inquérito o epidemiologista e pesquisador da universidade federal de Pelotas (UFPEl) e durante a exposição de um slide que mostrava a desigualdade do acesso à saúde e a facilidade da contaminação pelo COVID-19 para alguns povos mais precisamente os indígenas, negros e pardos a facilidade de infecção aumentava até 5

vezes mais do que a população branca.

Assim é perceptível o quanto a necropolítica se tornou uma saída viável para aqueles que usam o poder para benefício próprio, algo que é facilmente observado em qualquer outro governo que tenha essas características, pois, o slide mostrado pelo pesquisador citado anteriormente teria sido censurado pela organização do palácio do planalto em uma coletiva de imprensa anterior.

4. Racismo na pandemia

Como diz então o professor Almeida (2018), o racismo é sempre estrutural, Entendamos Racismo estrutural como um conjunto de práticas discriminatórias, institucionais, históricas, culturais dentro de uma sociedade que frequentemente privilegia algumas raças em detrimento de outras. Esse termo é usado para reforçar o fato de que há sociedades estruturadas com base no racismo, que favorecem pessoas brancas e desfavorecem negros e indígenas.

> Assim, detêm o poder os grupos que exercem o domínio sobre a organização política e econômica da sociedade. Entretanto, a manutenção deste poder adquirido depende da capacidade do grupo dominante de institucionalizar seus interesses, impondo a toda a sociedade regras, padrões de conduta e modos de racionalidade que tornam ‘normal’ e ‘natural’ o seu domínio. (ALMEIDA, 2018, p. 31).

Quando o assunto é a condução da saúde na pandemia da covid 19 não seria diferente, as consequências para a população negras e indígenas são devastadoras e demonstra como esses grupos sofrem o efeito do racismo estrutural em suas relações na sociedade, prejudicando assim a efetividade dos direitos e o acesso dessas políticas públicas. como podemos observar na pesquisa a seguir:

> Segundo professores da Universidade Federal do Pará (UFPA) Hilton Silva e a pesquisadora Emanuelle Góes, doutora em Saúde Pública pela Universidade Federal da Bahia, ambos membros do GT Racismo e Saúde da Abrasco, avaliaram os dados levantados pelo site da Agência Pública sobre a desigualdade racial na fila de vacinação. A reportagem divulgou diferentes cenários, mostrando os abismos responsáveis por distanciar negros e brancos na imunização contra a Covid-19. Até o momento, 3,2 milhões dos vacinados são brancos, ante 1,7 milhão de negros. De acordo com os levantamentos feitos pela Pública, 3,66% da população branca receberam a primeira dose da vacina e quando a mesma análise é feita entre a população negra, o percentual de vacinados cai para 1,48%.

Essa pesquisa evidencia o abismos entre negros e brancos no acesso a uma política pública de imunização, segundo Proença (2021) as populações negras sendo a maioria da população na faixa etária acima dos 60 anos, e sendo as que possuem mais comorbidades, e exposição ao vírus pelas suas condições socioeconômica e por habitarem em locais precários de saneamento básico e serem os que mais morrem vítimas da covid, não estão conseguindo ter o acesso necessário as vacinas, por conta da desigualdade de condições materiais e de locomoção que esses grupos de pessoas foram exposta durante toda as suas vidas.

Esse cenário se agrava ainda mais quando não há dos Governantes um direcionamento coordenado de uma política que observe as peculiaridades dessas populações, fato esse trazido a tona como já mencionado acima, pelo então epidemiologista Pedro Hallal em revelação no seu depoimento na CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) da Pandemia da Covid, que denuncia a sociedade que houve uma censura de informações na apresentação do relatório Epicovid-19, o qual ele trazia dados sobre o risco de contaminação das populações negra e indígena devido ao seu grau de vulnerabilidade.

Levando em consideração podemos mostrar que o Estado brasileiro tinha ciência do problema ao qual esses grupos estavam expostos, mas, no entanto, escolheu pelo não direcionamento de nem uma política pública específica para esses grupos, deixando assim segundo os dados do ministério da saúde uma massa de 537 mil mortos até o dia 15 de Junho e levando a data da presente pesquisa no qual VINÃS (2020) afirma que desses dados os pretos e pardos representam 57% dos mortos pela doença, enquanto brancos são 41%; o qual a chance de um negro morrer por coronavírus é 38% maior do que a de um branco um verdadeiro deixai matar, deixai morrer.

Considerações Finais

Com tudo isso podemos concluir que o uso da Necropolítica como uma política de Estado durante a pandemia da covid 19, É incompatível com o Estado democrático de Direito e com os Direitos humanos e fere os conjuntos de valores historicamente conquistados por toda a humanidade, valores esses formalizados nas declarações, tratados e constituições do nosso país, que encontra no racismo estrutural um obstáculo

para sua efetividade e o progresso da humanidade, em um país de maioria pretos e pardos é inaceitável e repugnante a ideia de que uma raça seja privilegiada em detrimento de outras, quando a única raça existente é a raça humana.

Em busca de uma solução, faz-se necessário atuar contra as estruturas estatais que reproduzem a necropolítica no contexto da pandemia de covid-19, reivindicando igual proteção de vida para todos, para tanto deve-se promover direito à saúde de qualidade tendo em vista que qualquer vida é indispensável, tem importância e valor. Por último, nesse sentido, insta exigir dos governantes comprometimento em obter resultados contra a pandemia, afastando-se de métodos ineficazes e sem comprovação científica.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural.** 7ed. São Paulo: Editora Jandaia, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira Moral.** 1ed. São Paulo: Companhia das letras, 2014.

BONTEMPO, Valéria Lima. **Achille Mbembe**: a noção de necropolítica. Belo Horizonte: Sapere aude, v. 11 – n. 22, p. 558-572, Jul./Dez.

FREITAS, Sara da Silva, BERG Tábata. **Deixar viver, deixar morrer**: biopolítica e necropolítica em tempos de pandemia. Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 76-86, jan./jun. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: Curso dado no Collège de France** (1977-1978). São Paulo: Martins Fonte

LIMA, C. M. S. et al. Necropolítica e biopoder nas estratégias de gestão da pandemia. **Revista de Geografia**, v. 10, n° 2, 2020, p.204-238.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 edições, 2018. 80 p.

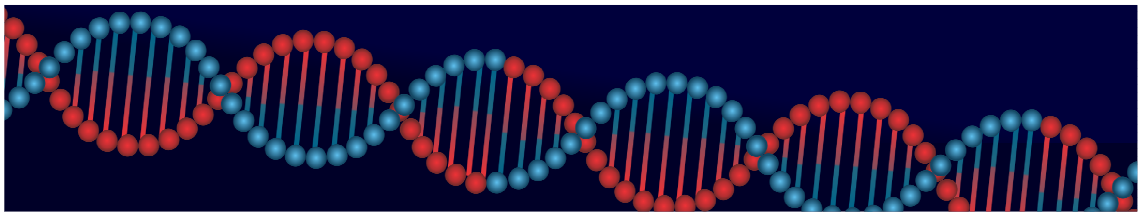
NAZARÉ, Fernando Campos. **A política de morte: uma análise sobre a subjugação do direito à vida pelo poder estatal, sob o aporte teórico de Achille Mbembe**. *Complexitas Rev. Fil. Tem.*, Belém, v. 4, n. 2 , p. 19-26, jul./dec. 2019.

PROENÇA, Adriana. **Integrantes do GT Racismo falam à Agência Pública o porquê negros são a minoria entre os vacinados** . Disponível em:<https://www.abrasco.org.br/site/gtracismoesaude/tag/covid-19/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

PROENÇA, Adriana. **População idosa negra e covid-19: por que invisibilizar e negar direitos?**. Disponível em:<https://www.abrasco.org.br/site/gtracismoesaude/2021/02/01/populacao-idosa-negra-e-c ovid-19-por-que-invisibilizar-e-negar-direitos//>. Acesso em: 14 jul. 2021.

REVEL, Judith. **Nas origens do biopolítico: de Vigiar e Punir ao pensamento da atualidade**. In. GONDRA, José; KOHAN, Walter Omar. Foucault 80 anos. Belo Horizonte: Autêntica, 2006, p. 51-62.

VINÃS, Diego. **Morrem 40% mais negros que brancos por coronavírus no Brasil** . Disponível em:< https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/06/05/negros-morrem-40-mais-que-brancos-por-co ronavirus-no-brasil/>. Acesso em: 15 jul. 2021.



O CONFLITO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E O DIREITO Á SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Cícera Fabiana Sousa Cruz
Teófilo Jeremias da Silva Costa

Resumo: O presente trabalho se propõe a um estudo do conflito acontecido durante a pandemia de Covid-19 entre os direitos à saúde e o direito à liberdade de locomoção. Partindo disso, o artigo aborda como resolver tal conflito afim de servir de base para resoluções de conflitos posteriores. O trabalho usa o método dialético, pois faz um conflito entre a aplicação dos dois direitos no ordenamento jurídico brasileiro, é um artigo básico, pois não se propõe mudar a realidade, buscando apenas entende-la e explica-la, o artigo também usa da ferramenta de revisão bibliográfica, analisando para isso, artigos, manuais, leis e decretos. O artigo é dividido em três tópicos, o primeiro trata do direito à liberdade de locomoção em espécie, discutindo seu conceito, aplicação e posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo, trata do direito à saúde, também em espécie, discutindo seu conceito, aplicação e lugar no ordenamento jurídico brasileiro. No terceiro e último tópico é tratado o conflito entre tais direitos diante à pandemia de Covid-19, discutindo formas de resolver tal conflito e qual direito deve ser mais resguardado frente o outro. Os direitos à locomoção e à saúde são direitos fundamentais, porém não são absolutos, desta forma, buscando salvar o maior número de vidas, o direito à locomoção deve ser limitado frente o direito à saúde nesse caso, pois o direito à vida, como alicerce da dignidade da pessoa humana, deve ser sempre respeitado.

Palavras-chave: Direito à liberdade de locomoção; Direito à Saúde; Covid-19; Lei n° 13.979/2020

Abstract: This paper proposes to study the conflict that occurred during the Covid-19 pandemic between health rights and the right to freedom of movement. Based on this, the article discusses how to resolve such a conflict in order to serve as a basis for resolutions of later conflicts. The work uses the dialectical method, because it makes a conflict between the application of the two rights in the Brazilian legal system, it is a basic article, because it does not propose to change reality, seeking only to understand it and explain it, the article also uses the bibliographic review tool, analyzing for this, articles, manuals, laws and decrees. The article is divided into three topics, the first deals with the right to freedom of locomotion in kind, discussing its concept, application and positioning in the Brazilian legal system. The second deals with the right to health, also in kind, discussing its concept, application and place in the Brazilian legal system. The third and final topic discusses ways of resolving such a conflict and which right should be more protected in the face of the other. The rights to locomotion and health are fundamental rights, but they are not absolute, thus, seeking to save the greatest number of lives, the right to locomotion should be limited in view of the right to health in this case, because the right to life, as a foundation of the dignity of the human person, must always be respected.

Keywords: Right to freedom of movement; Right to Health; Covid-19; Law No. 13,979/2020

Introdução

A pandemia de Covid-19 tem deixado a todos os Estados-nações, difíceis escolhas. Dessa forma, o presente artigo parte do conflito entre o direito à saúde e o direito à locomoção causada pela pandemia de Covid-19. Tais direitos, apesar de fundamentais, e de servirem como base para a proteção da dignidade humana, não são direitos absolutos, dessa forma o texto parte desse caráter não absoluto para discutir suas possíveis limitações em casos concretos.

Para isso o artigo usa como metodologia uma abordagem dialética, partindo dos conceitos de direito à saúde e direito à locomoção, colocando-os frente a frente em um embate no caso concreto, acontecido durante a pandemia. Se trata de um artigo básico,

pois não se propõe mudar a realidade, buscando apenas estuda-la afim de sanar possível discussões futuras, o artigo se utiliza da ferramenta de revisão bibliografia, tomando como base artigos científicos da área, jurisprudência, leis e decretos correlatos.

Assim, o presente artigo foi estruturado em três tópicos, o primeiro explana o direito à liberdade de locomoção, apresentando sua fundamentação legal, aspectos e um breve contexto histórico, o objetivo deste tópico é situar tal direito no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo, trata do direito à saúde, trazendo a sua definição legal disposto pelo órgão internacional especial, Organização Mundial da Saúde (OMS), seu contexto histórico, e sua situação e tratamento no ordenamento jurídico brasileiro. O último tópico traz por sua vez uma discussão sobre o conflito entre tais direitos fundamentais, em meio à pandemia de Covid-19, discutindo as limitações de um direito frente o outro e mostrando como essas limitações se baseiam e se fundamentam no ordenamento jurídico brasileiro, para isso foram usados a Lei n°13.979/2020, a Constituição Federal de 1988 e o Decreto 10.212/2020.

Conflitos entre direitos fundamentais acontecem regularmente em nível abstrato, porém eventos como a pandemia do novo coronavírus vem evidenciando ainda mais a importância de discutir tais conflitos também em nível concreto. Desta forma faz-se necessária uma discussão dos direitos à liberdade de locomoção e ao direito à saúde, tomando como norte a pandemia, preparando dessa forma o terreno acadêmico para futuras discussões do mesmo tipo.

1. O direito à liberdade de locomoção

O Direito à liberdade é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, divide-se por sua vez em diversos outros direitos, direito à liberdade de expressão, direito à liberdade religiosa, direito à liberdade de reunião, direito à liberdade de locomoção, etc. Este último direito é previsto, por sua vez, no inciso XV, art. 5, CF/88, que dispõe: “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"(BRASIL, 1988).

O direito à liberdade de locomoção, assim como todos os outros direitos

fundamentais, não é um direito absoluto, o seu exercício pode ser impedido ou suprimido no caso da vigência do Estado de Sítio, é o que prevê o inciso I do artigo 139 da Constitucional Federal, porém além dessa limitação expressa pela própria constituição, tal direito pode ser limitado de outras formas, seja pelo conflito com outros princípios constitucionais, seja por casos concretos, onde a urgência leva as autoridades públicas a diminuírem seu usufruto, como no caso da pandemia de Covid-19. A Constituição Federal, afim de coibir violações desnecessárias ao direito de liberdade de locomoção traz como um de seus remédios, o Habeas Corpus, instrumento processual, que gera uma ação constitucional que protege o indivíduo, tanto no caso de uma violação de liberdade de locomoção quanto em uma ameaça de violação. No primeiro exemplo, tem-se o Habeas Corpus reparatório, já no segundo tem-se o preventivo.

No Brasil, à liberdade de locomoção é assegurada já na Constituição de 1824, influenciada por sua vez pela Constituição Portuguesa de 1822, está última, conceituava liberdade como: “A faculdade que compete a cada um de fazer tudo que a lei não proíbe, enquanto que a conservação dessa liberdade depende da exata observância das leis” (PORTUGAL, 1822). A constituição brasileira por sua vez não conceituava o que era liberdade de locomoção, porém no inciso VI, do art 179, informava que: “Qualquer póde conserva-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.” (BRASIL, 1824). Essa definição não abarcava o conceito de direito à locomoção que seconhece hoje, contemplando apenas o direito de entrada e saída do território nacional.

Sarlet (2019) afirmará que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira no ordenamento jurídico brasileiro a abordar o direito à locomoção de forma genérica, não subdividindo-a em direitos específicos, como o de circulação, entrada e saída do território nacional, etc. Essa abordagem genérica tem, segundo o autor, duas dimensões, a primeira é a dimensão negativa, onde o Estado, e terceiros, devem se abster de influir na liberdade de locomoção alheia, nela, o indivíduo tem também a faculdade de se deslocar livremente e sem embaraços por todo o território nacional, desde que esteja seguindo a lei. A dimensão positiva, por sua vez, impõe ao Estado um dever de proteger tais direitos locomoção, impedindo possíveis violações a este direito, seja por parte de terceiros, seja pelo próprio Estado, tal dimensão obriga ainda ao Estado, promover a referida liberdade, investindo dessa forma em transportes públicos, criação e

manutenção de estradas, melhor mobilidade urbana, etc.

2. O direito à saúde

A Organização das Nações Unidas (ONU) por meio de uma comissão, desenvolveu a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) entre os anos de 1946 e 1948, onde em seu artigo 25, enumera a saúde como uma das condições necessárias à vida digna e reconhece-o como direito fundamental. A declaração incentivou também a criação de órgãos especiais, esses por sua vez, tinham como objetivo garantir que esses direitos considerados essenciais aos homens fossem protegidos não só no âmbito nacional, mas também no internacional. O órgão internacional especial designado para o cuidado do direito à saúde é a Organização Mundial da Saúde (OMS), logo no preambulo da sua constituição, a OMS definiu saúde como: “o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade” (OMS, 1946).

No ordenamento jurídico brasileiro, Ingo Wolfgang Sarlet (2019) fala que o direito à saúde é o que está mais próximo de outros direitos como o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana, além de ser fundamento para à proteção da integridade física e psicológica. A Constituição consagra tal direito em seu artigo 6, onde o coloca no rol dos direitos sociais. Por sua importância a CF/88 traz também uma seção destinada a tal direito. Na Constituição o direito à saúde vai assumir duas dimensões, uma negativa e outra positiva.

Na dimensão negativa, todo o indivíduo tem seu direito à saúde assegurados, não podendo o Estado ou terceiros intervirem nele, é também assegurado ao indivíduo, procurar autonomamente práticas e tratamentos que melhorem a sua saúde. Já a dimensão positiva é um dever do Estado, onde este deve fazer de tudo para promover e assegurar o direito à saúde de todos. Tudo isso é abordado pelo art. 196 da Constituição, que diz: “A saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988). Dessa forma para preservar o direito à saúde, é necessário que ninguém possa impedir outra pessoa de procurar por seu próprio bem-estar, da mesma forma, é vedado induzir outra pessoa a adoecer, parece uma ideia lógica, mas este entendimento é a razão das normas jurídicas que obrigam, por exemplo, a vacinação e também a notificação e até mesmo o

tratamento e o isolamento de certos doentes, controle do meio ambiente e das condições de trabalho.

De acordo com Ladeira (2009), "o reconhecimento de direitos sociais no corpo da Constituição Federal é a evidência de ter o Estado brasileiro adotado a configuração de um Estado Democrático de Direito", da qual tem como objetivo diferenciar aquela adotada pelos Estados liberais, já que determina garantir o direito à igualdade em aspectos formais e materiais. A Constituição Federal de 1988, dispõe no seu artigo 5°, que trata dos direitos e garantias fundamentais, que todas as pessoas são iguais perante a lei (BRASIL, 1988), ou seja, todos devem ter os mesmos direitos e não há distinção de qualquer natureza, inclusive as pessoas estrangeiras que residem no país, possuem o mesmo direito fundamental. Ingo Sarlet (2019) fala que o direito à saúde, apesar de ser um direito para todos, deve preferencialmente atender os mais necessitados, o autor inclusive debate se os mais ricos não deviam pagar por este atendimento.

3. A colisão entre o direito à liberdade de locomoção e o direito à saúde durante a pandemia de covid-19

Primeiramente, é importante observar que direitos fundamentais são capazes de entrar em conflitos, estes conflitos por sua vez, acabam na limitação de um destes direitos e as vezes, até dos dois. Nesses casos de colisão de direitos fundamentais, a ferramenta usada para que se crie um equilíbrio deve ser o princípio da proporcionalidade. O Supremo Tribunal Federal consolidou esse entendimento por meio do HC 82424/RS, mais especificamente no voto do ministro Marco Aurélio:

> [...] estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. (BRASIL, 2004)

Deve-se entender que os direitos fundamentais só entram em conflito quando há uma autêntica colisão desses direitos a um nível que afete diretamente o âmbito de proteção de outro direito. Dessa forma, não existe conflito de direitos fundamentais em nível abstratos, estes só acontecem em casos concretos. A pandemia do novo

coronavírus foi um desses casos, tal pandemia trouxe transformações no quadro social global, evidenciando uma necessidade maior da proteção do direito à saúde, sobre os demais direitos, como o da liberdade de locomoção.

No dia 6 de fevereiro de 2020, o congresso Nacional sancionou a lei n° 13.979, tal lei tomou como base resoluções da OMS sobre a possível pandemia, que até então era apenas uma epidemia, ou seja, uma preocupação localizada. Foi uma conduta antecipada por parte do Poder Legislativo já prevendo um possível surto do novo coronavírus. A lei dispõe de medidas para o enfrentamento da possível emergência de saúde pública.

No seu artigo 2°, a lei 13.979/2020 conceitua isolamento e quarentena. Isolamento é, segundo a lei, a separação de pessoas doentes ou contaminadas enquanto quarentena é a restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação. De certo modo, tal lei se assemelha a dispositivos do Estado de Sítio e do Estado de Defesa previstos na Constituição Federal, ela permite o exame compulsório de indivíduos, o isolamento e a quarentena compulsória, restrição de entrada e saída do território nacional ou de determinadas regiões (BRASIL, 2020a). Portanto, essa lei dá ao Estado o poder de tutelar a coletividade, trazendo aspectos bastante fortes que influenciam de forma bastante contundente o cotidiano da população.

Outra importante decisão foi tomada dias antes, onde no dia 30 de janeiro de 2020, o plenário da Câmara Federal aprovou o pedido de reconhecimento de estado de calamidade pública, por meio do Decreto n° 10.212, enviado pelo governo federal diante da possível pandemia do novo coronavírus, permitindo gastos extraordinários para controlar o progresso do vírus (BRASIL, 2020b). É importante ressaltar que a lei traz limites e transitoriedade, aplicando-se exclusivamente aos casos e, não obstante, ao período relativo à pandemia do novo coronavírus.

A pandemia de Covid-19, deixou ao Estado brasileiro difíceis escolhas, uma delas foi escolher qual direito deve prevalecer em detrimento do outro. Tal dificuldade de escolha se deu entre dois direitos, o da liberdade de locomoção e o direito à saúde. Limitando o primeiro, o administrador público estaria impactando negativamente a economia, pois fechando estabelecimentos não essenciais, como lanchonetes, lojas,

bares, etc., diminuiriam o fluxo de compra e venda. Caso não limitasse o primeiro, o administrador estaria por sua vez, limitando o segundo, colocando as pessoas em iminente perigo de contaminação e até de morte. Branco (2019, n.p.) discorrendo sobre as bases de nossa Constituição vai dizer que: “A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte[...]”. Dessa forma, para o autor, o princípio que deve prevalecer em um conflito será sempre o direito à vida, que só é possível ser resguardado, quando resguarda-se também o direito à saúde.

Viana e Torres Junior (2021) afirmam que a limitação do direito à locomoção frente o direito à saúde foi válido durante o período pandêmico, principalmente em momentos onde o número de casos aumentava consideravelmente, tendo em vista, uma posterior superlotação do sistema de saúde. Para reforçar o argumento, os autores citam exemplos de países como Itália e Reino Unido, que se recusaram a adotar medidas mais restritivas durante o início da pandemia na Europa, o que levou a um aumento alarmante do número de casos e um espetacular aumento no número de mortes, alguma destas que poderiam ser evitadas, caso não houvesse uma superlotação no sistema de saúde.

Dessa forma, para Viana, Torres Junior e Branco (2021; 2019) o conflito entre o direito à locomoção e o direito à saúde durante a pandemia de Covid-19, seguindo o princípio da proporcionalidade, teria como direito mais importante no caso concreto, o direito à saúde. Tal resposta não é fácil de se ter, pois o direito à locomoção, por ser um direito fundamental, é também um dos alicerces do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, dada a preponderância do interesse público sobre o individual, ações que assegurem uma melhor proteção a população geral, serão sempre melhores que ações que assegurem uma melhor proteção ao indivíduo, nunca restringindo este último a uma situação de inutilidade ou de total ineficácia.

Conclusão

Observar o conflito entre direitos fundamentais em casos concretos não é uma tarefa fácil, ainda mais em situações tão controversas quanto a pandemia de Covid-19. Porém, com a análise dos conceitos de direito à liberdade de locomoção e de direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, foi possível por meio de um exame minucioso

entender como este conflito aconteceu, e porquê. Dessa forma, estudando tais conceitos foi possível entender como tais direitos se posicionam e são usados no ordenamento jurídico brasileiro.

O conflito entre os dois direitos acontece primeiramente por conta do fato de que o usufruto de um afeta significativamente o usufruto do outro, porém tais usufrutos tem características diferentes. Com o uso do direito à liberdade de locomoção temos uma limitação do direito à saúde, pois a circulação de pessoas levará a uma maior incidência de contaminação, que consequentemente causará mais mortes. Já o uso do direito à saúde acontece na verdade, por uma ação negativa, ou seja, pelo não uso do direito à liberdade de locomoção, desta forma, ao restringir este último, está-se usufruindo do primeiro, pois afastaria os indivíduos do perigo de adoecer.

Foi-se constatado durante a pesquisa uma briga ideológica acerca de qual direito deveria prevalecer, o que não faz sentido, pois o que está em jogo são vidas, e estas devem ser protegidas a todo custo, desde que esse custo não seja maior que os ganhos, por isso deve haver uma proporcionalidade nos atos tomados pelos governantes e pelo Poder Legislativo, afim de proteger o máximo de pessoas interferindo o mínimo possível em outros direitos, tal proteção da vida humana só é possível com a proteção do direito à saúde, dessa forma a única maneira de assegurar tal, é restringindo o direito à locomoção e deixando as pessoas em casa.

A construção do artigo passou por algumas dificuldades como a falta de estudos aprofundados na área, porém com a utilização de manuais acadêmicos foi possível suprir essa lacuna, pois neles haviam uma extensa conceituação de tais direitos. A falta de jurisprudências correlatas também dificultou a escrita, pois estas seriam essenciais para fortalecerem e confirmarem o que foi exposto. Não obstante as dificuldades, é essencial discorrer sobre tal conflito, mesmo que partindo de conceitos teóricos e de leis, pois tais pesquisas servem de base para discussões mais aprofundadas no futuro.

Referencias Bibliográficas

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, 1824

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988

BRASIL. **Lei n° 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília, 2020a

BRASIL. **Decreto n°10.212**. Brasília, 2020b

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos. **Cadernos Jurídicos (EPM)**. São Paulo, v. 10, n. 32, p. 105-127, maio/ago. 2009. Disponível em: https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/CadernoJuridico/3764?pagina=3. Acesso em 18 de jul, de 2021

OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. Nova Iorque, 1946.

PORTUGAL. **Constituição Política da Nação Portuguesa**. Lisboa, 1822.

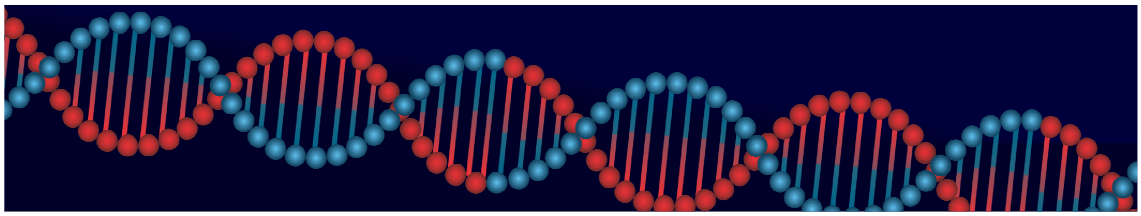
SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. N.P. *In*. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. *Versão Digital*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, n.p.

VIANA, João Pedro Teixeira de Faria; TORRES JUNIOR, José Kleider Franco. Conflito entre o direito de acesso à saúde e liberdade de locomoção e suas implicações na pandemia de covid-19. **Revista Juris UniToledo**. Araçatuba, SP, v. 06, n. 01, p. 226-245, jan./mar., 2021. Disponível em: http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3701. Acesso em 19 de jul. de 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direito à Vida. In: MENDES, Gilmar Ferreira;

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. *Versão Digital*. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

BRASIL. Supremo Ttribunal Federal. **HABEAS CORPUS n° 82.424-2/RS**. Siegfried Elwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Moreira Alves. Brasilia, 2004. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC& docID=79052. Acesso em: 20 de jul. de 2021



O CRESCIMENTO DO E-COMMERCE NA PANDEMIA DO COVID-19 E O DIREITO DO CONSUMIDOR

*Thifany Lima Vicente**
*Hildemberg Lima Palácio***
*Ana Ligia de Andrade Sousa****

Resumo: Diante da crescente expansão das tecnologias, o comércio foi aproximado cada vez mais de ferramentas que contribuíram para a evolução e desenvolvimento do mercado, sendo gradativamente elaboradas plataformas e instrumentos para o surgimento do e-commerce que, consequentemente, necessitou-se de regulação e proteção das relações de comércio virtual. O início de 2020 foi marcado pela pandemia de Covid-19, afetando todas as relações, inclusive a econômica. Diante da crise sanitária, com a necessidade do distanciamento social, houve o crescimento e maior busca por parte do consumidor do comércio eletrônico. Desta forma, o presente trabalho aborda, por meio de pesquisa bibliográfica, a relação do desenvolvimento do e-commerce no período da pandemia do Covid-19, analisando, a partir dos princípios norteadores do Direito, da Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) e pelo Decreto Nº 7.962 de 15 de março de 2013 (Lei do E-Commerce), o cenário atual, tendo em vista o equilíbrio das relações comerciais virtuais em tempos de crise sanitária.

Palavras-chave: Covid-19; E-Commerce; Direito do Consumidor.

Abstract: Given the expansion of the expansion of technologies, commerce was increasingly brought closer to tools that contributed to the evolution and development of

* Aluna do curso de direito da universidade regional do cariri (URCA), thifanylima123@gmail.com.

** Aluno do curso de direito da universidade regional do cariri (URCA), hildemberg.7@gmail.com.

*** Aluna do curso de direito da universidade regional do cariri (URCA), sousaligia56@gmail.com.

the market, with platforms and instruments being gradually developed for the emergence of E-commerce, which consequently required regulation and protection of virtual commerce relationships. The beginning of 2020 was marked by the Covid-19 pandemic, affecting all relationships, including the economic one. Faced with the health crisis, with the need for social distance, there was a growth and greater demand by consumers for electronic commerce. In this way, the present work approaches, through bibliographical research, the relation of the E-Commerce development in the period of the Covid-19 pandemic, analyzing, from the guiding principles of Law, of Law No. 8.078, of September 11th 1990 (Consumer Defense Code) and Decree No. 7,962 of March 15, 2013 (E-Commerce Law), the current scenario, in view of the balance of virtual trade relations in times of health crisis.

Keywords: Covid-19; E-Commerce; Consumer Law.

Introdução

Conforme a Organização Mundial de Saúde considera-se pandemia a disseminação mundial de uma nova doença com transmissão sustentada ou comunitária de pessoa para pessoa. Nesse sentido, constata-se que as dificuldades trazidas pelo vírus da COVID-19 ultrapassam os limites da enfermidade modificando inclusive as relações de consumo, principalmente, no que tange ao crescimento do mercado varejista de e-commerce.

Com o *lockdown*,[1] houve o impacto direto no faturamento e no funcionamento das lojas físicas, assim como no comércio de rua levando as empresas, independentemente de seu porte, a se reinventar. Diante disso, compradores e fornecedores começaram a fazer transações por plataformas digitais fomentando o crescimento vultoso do comércio por *marketing place*[2] de maneira quase que repentina.

[1] Lockdown: palavra inglesa em tradução literal significa bloqueio total ou confinamento

[2] Marketplace é um modelo de negócio que surgiu no Brasil em 2012, também é conhecido como uma espécie de shopping center virtual.

Desse modo, com o crescimento exponencial sem planejamento e treinamento de fornecedores e vendedores, somado ao desconhecimento por parte dos consumidores, constatou-se a necessidade de colocar em evidência o Código de Defesa do Consumidor-CDC, bem como outras leis que foram positivadas no sentido de proteger os integrantes desse tipo de relação comercial.

Diante disso, esta pesquisa pretende, de maneira sucinta, analisar e discorrer sobre o crescimento do e-commerce em meio a pandemia da COVID-19 e a proteção legal trazida pelo legislador a fim de coibir abusos, uma vez que o mercado digital, assim como qualquer outro, tem regras a serem obedecidas por aqueles que dentro das plataformas desejam fazer seus negócios.

1. Relação do e-commerce com o consumidor em tempos de pandemia

Com o advento da pandemia do COVID-19 muitos consumidores tiveram que se adaptar a uma nova realidade. Diante dessa situação, o e-commerce (comércio eletrônico) presenciou grande crescimento em vendas, já que, as lojas físicas foram obrigadas a fechar temporariamente devido ao *lockdown*.

Vale salientar que se trata de um mercado consideravelmente inabitual para alguns brasileiros, e, por mais que a Lei do E-commerce (Decreto Federal nº 7.962/2013)[3] disponha de regras a respeito dessa relação compra-venda online, ainda há falhas em realmente proteger o elo mais frágil (o cliente) em um ambiente onde a fiscalização é quase inexistente: a internet.

Em um ano de pandemia, segundo relatório da Mastercard, (Consumidor Moderno, 2021) o e-commerce brasileiro cresceu em torno de 75% em 2020 se comparado ao ano anterior. Proporcionalmente ao crescimento em vendas as tentativas de fraudes também subiram. De acordo com dados do Mapa Fraude da Clearsale (Economia IG) de março a dezembro de 2020, 3,2 milhões de tentativas de fraudes no e-commerce foram registradas, 45% a mais em relação a 2019.

[3] A qual regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

Destarte, vale ressaltar que essa vulnerabilidade é resultado da falta ou pouca informação do consumidor na hora de efetivar a compra ou até mesmo em pesquisar por produtos ou sites confiáveis, por vezes, aliada ao desconhecimento das regras que se aplicam ao e-commerce, as quais visam proteger o público consumerista. Ainda sobre o tema Karine Oliveira et. Al, discorre:

> O termo vulnerabilidade tem um amplo significado no que diz respeito à sua aplicação nas relações consumeristas e no âmbito do comércio eletrônico é visto que o consumidor é desprotegido, haja vista que essa modalidade de contratação gera uma relação desigual, pois o consumidor, por vezes, não conhece o fornecedor. Isto é capaz de gerar uma insegurança jurídica, ocasionando por vezes, a impossibilidade de citação em ação judicial, por exemplo (MORAES, 2009, p. 13 e ss.). Nas contratações realizadas pela internet, a vulnerabilidade do consumidor é agravada, pois essa modalidade de contrato oportuniza a contratação em massa, além de o consumidor enfrentar dificuldades relativas a vício ou defeito do produto diante distância entre o fornecedor e o consumidor, quando o fornecedor estiver localizado em local remoto (CANTO, 2015, p. 103 e ss). (KARINE et. Al, apud, MORAIS e CANTO, p. 173).

Nessa perspectiva, as transações comerciais realizadas em ambiente eletrônico geraram muita praticidade para os indivíduos num momento onde as lojas físicas não podiam funcionar, no entanto, diante da imprevisibilidade da pandemia da COVID-19 foi revelada também, a necessidade de preparação profissional por parte dos lojistas, por exemplo, no oferecimento de suporte técnico de qualidade o qual muitas vezes, erroneamente, é visto como gasto desnecessário; e a formação legal para o consumidor a fim de que direitos não sejam suprimidos ou lesados.

Sobre o último ponto supracitado, percebe-se o agravamento da desinformação ao identificar que a proteção legal para os consumidores das plataformas digitais ultrapassa os limites do Código de Defesa do Consumidor- CDC, uma vez que foram criadas normas, como Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/2014)[4] e Lei Geral da Proteção de Dados (nº 13.709/2018),[5] as quais são de extrema importância para a sociedade, no entanto, têm sua divulgação deficiente para a população geral.

Em síntese, o mercado de e-commerce encontra-se em ascendente e as pessoas, independentemente de idade ou classe social, hoje são suas consumidoras ativas. Dessa maneira, reluz a urgência de estruturação e treinamento dos empreendedores e empresas

[4] Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

[5] Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)

digitais para atender e solucionar com eficiência os problemas dos clientes, além de divulgação, por diversos meios, dos direitos inerentes ao consumidor e, para o equilíbrio da relação, uma fiscalização eficiente por parte dos órgãos governamentais instituídos para esse fim, buscando, efetivamente, proteger a licitude da relação comercial.

2. Princípio da informação ligado à relação de consumo no comércio digital

Dentre os princípios que protegem a relação consumerista existe um que merece destaque quando tal vínculo se dá por meio de plataformas digitais, redes sociais ou outra forma de *marketing place*: o da informação.

Quando se fala em informação deve-se deixar claro que está se referindo a um dos princípios que norteia a relação de consumo e como tal serve para direcionar aquele que deve decidir diante dos conflitos que visem, sobretudo, proteção jurisdicional uma vez que são utilizados como embasamento para o ordenamento jurídico.

O princípio da informação está estabelecido no artigo 6º do CDC na seguinte redação: "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem." (BRASIL, 1990).

Diante de tal positivação legal cria-se para o fornecedor de produtos em ambientes virtuais o dever de construir um ambiente seguro, no qual sejam protegidas as identidades das partes e a autenticidade das informações devendo, esta última, ser suficiente para a tomada de decisão em adquirir um produto ou não, sob consequência da nulidade contratual.

Corroborando com o alegado, afirmou o acórdão proferido na apelação nº 2007.001.38520, que tramitou na 17ª Câmara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, o qual teve como relatora a Desembargadora Maria Inês da Penha Gaspar:

> "DIREITO DO CONSUMIDOR. MERCADORIA ADQUIRIDA VIA COMÉRCIO ELETRÔNICO (INTERNET). […] Propaganda enganosa, nos termos do artigo 37 da Lei Consumerista**.** Falha na descrição do produto no site da empresa, que omitiu a informação de integrar o produto uma linha mais barata da empresa fabricante. Contrato que deve ser desfeito, e devolvidas à autora as quantias já pagas. […]" (BRASIL, 2007 apud CAMPOS, 2013)

Desse modo, apesar da proteção principiológica alegada, fartamente legislada dentro e fora do CDC e decidida frente aos Tribunais verifica-se que na realidade as sansões por sua desobediência não existem e isso colabora para o prejuízo sustentado pelo consumidor, que por diversas vezes não obtém o conhecimento sobre o seu direito e quando o tem depara-se com a impunidade.

3. Lei do e-commerce

E-commerce ou comércio eletrônico é a comercialização de itens através de dispositivos móveis ou com interface virtual. Surgiu aproximadamente em 1970 nos Estados Unidos como troca de arquivos de solicitações de pedidos entre empresas. Nesse período o acesso à internet não era tão abrangente como atualmente, mas à medida que as tecnologias foram sendo desenvolvidas, o e-commerce foi sendo atraído e utilizado pela população em geral. No Brasil registra-se o início em 1995. (VIANA, 2014).

Ao longo desse período algumas barreiras estão sendo ultrapassadas, por mais que haja insegurança e pouco acesso à informação, a desconfiança do consumidor em comprar à distância tem sido deixada de lado por causa da necessidade que a pandemia de Covid-19 trouxe à realidade dos consumidores. Atualmente existem meios atenuadores de fraldes nas compras pela internet (há a comunicação e avaliações dos próprios consumidores acerca dos produtos e fornecedores), todavia, exige-se maior conhecimento de ferramentas e interfaces que a grande maioria das pessoas não conhecem, deixando-as, desse modo, ainda mais vulneráveis.

Diante desse cenário, fez-se necessário expandir ou aumentar o alcance do Código de Defesa do Consumidor (CDC). As relações de compra e venda passaram a acontecer não mais somente presencialmente, mas também virtualmente. Dessa forma, o consumidor, tido como a parte mais frágil, necessita de maior proteção.

Em 15 de março de 2013 foi sancionado o Decreto Nº 7.962, que regulamenta a Lei nº 8.078 (Código do Consumidor) para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:

Nos Arts. 1º e 2º enfatizam que haja o máximo de informação possível do produto para que facilite o processo de compra do cliente e reduza as possíveis dúvidas que ele venha a ter, como mostra o Art. 1º, inciso I: “informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;” e o Art. 2º, inciso III:

> Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; (BRASIL, 2013)

Já no Art. 4º relata que deve estar em lugar disponível e acessível ao cliente, o contrato de compra, o resumo da compra antes de concretizá-la, dados para acompanhamento da compra e entrega dos produtos, um canal eletrônico de atendimento, sendo recomendado que haja resposta rápida e segurança.

Outro aspecto importante é tratado no Art. 5º do referido decreto: o direito ao arrependimento. Se o cliente quiser devolver um produto, sendo realizada a compra de forma não-presencial, no caso, E-commerce, depois de receber a mercadoria ele tem até sete dias para solicitar o cancelamento contratual e realizar a devolução dos produtos sem qualquer motivação ou custos. Esse artigo veio para reforçar o que já está expresso no CDC no Art. 49 e Parágrafo único:

> Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.
> Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados. (BRASIL, 1990)

Diante do exposto, vale salientar que o Decreto 7.962 foi regulamentado para complementar o que já era assegurado pelo Código Consumerista, de modo a trazer maior segurança, informação e transparência ao consumidor também em compras e aquisições de serviços à distância ou em plataformas virtuais.

Conclusão

Hodiernamente o e-commerce tem se tornado uma ferramenta de compra cada dia mais comum. O seu crescimento exponencial, deve-se ao advento da pandemia do

COVID-19, principalmente com sistema de *lockdown* estabelecido no país como forma de contenção do novo vírus.

Diante desse crescimento repentino, o e-commerce falha em oferecer segurança mínima na relação compra e venda, agravando ainda mais a situação com a falta de preparação dessas lojas para tal demanda, e, também, com a falta de informação legal do consumidor quanto aos seus direitos, violando assim o princípio da informação.

Ao observar o cenário atual, pode-se perceber que embora existam leis que regulamentem a relação consumerista não há punibilidade ou responsabilização de empresas que burlam tais dispositivos legais, gerando insegurança jurídica para o cliente (sujeito vulnerável).

Sendo assim, este artigo buscou mostrar a importância do treinamento para empreendedores e empresas digitais, cada vez mais necessário, bem como, a divulgação dos direitos do consumidor na era digital, abordando, ainda, como são necessárias a fiscalização e a real punibilidade para a redução de fraudes e potenciais prejuízos para os clientes.

Referências Bibliográficas

BRASIL, **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

BRASIL, **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

Ecommerce: o setor que cresceu 75% em meio à pandemia. Consumidor Moderno (2021).
Disponível em:<**https://www.consumidormoderno.com.br/2021/02/19/e-commerce-setor-cresceu-75-crise-coronavirus/**>. Acesso em: 12 jul. 2021.

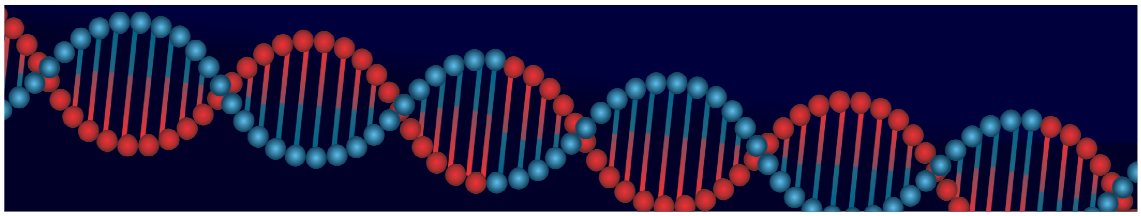
OLIVEIRA, Karine C. D. et al. **A Intervenção Estatal Para a Proteção do Consumidor**. Derecho y Cambio Social, n. Nº 64, abr-jun 2021. 166-182. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divu

lgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/2021_Periodicos/Derecho-y-Cambio_n.64.pdf#page=166>. Acesso em: 13 julho 2021.
RAMOS, Rahellen. **Lockdown: o que é e como funciona?** Politize, 2020. Disponível em:< **https://www.politize.com.br/lockdown/?https://www.politize.com.br/&gclid=CjwKCAjwruSHBhAtEiwA_qCppt8hnmfL8sAcjWkqYg3X7babD_4k6aI0RX7bMvn4RbHr8Uc1KLVaFRoCFBEQAvD_BwE**>. Acesso em: 13. jul. 2021.

Tentativas de Fraudes em Compras Pela Internet crescem 45% na pandemia. Economia IG (2021). Disponível em:<**https://www.consumidormoderno.com.br/2021/02/19/e-commerce-setor-cresceu-75-crise-coronavirus/**>. Acesso em: 12 jul. 2021.

VIANA, Joice, **A evolução do ecommerce no Brasil e as perspectivas desse mercado para o futuro**, 29 de outubro de 2014.Disponível em: <https://mundocarreira.com.br/mercado-de-trabalho/evolucao-e-commerce-brasil-e-perspectivas-desse-mercado-para-o-futuro/> Acesso em: 14 de julho de 2021.

ZACHO, Ricardo. **O que é Marketplace?** – veja as vantagens e desvantagens. Ecommerce Brasil**,** 2017. Disponível em:<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/marketplace-vantagens-e-desvantagens/>. Acesso em: 13. jul. 2021.



O *HOMO SACER* NA PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DAS RELAÇÕES ENTRE CAPITALISMO E ESTADO DE EXCEÇÃO NO CONTEXTO DO COMBATE AO VÍRUS

Eric Ian Oliveira Guimarães[*]
Bruna Prandi[**]

Resumo: O presente estudo busca analisar as implicações sociais, políticas e jurídicas da pandemia no Brasil a partir da política de enfrentamento adotada pelo Governo Federal. Para tanto, aborda-se um conjunto de ações e declarações no âmbito da Administração Política Federal a partir de 2020 e a adoção da denominada imunidade de rebanho enquanto política de combate ao vírus. Analisa-se a diferença social e econômica do perfil das vítimas fatais do Coronavírus à luz do mito da democracia racial e da invisibilidade social. Investiga-se como ocorre a naturalização do Estado de Exceção, em especial a partir da figura do *homo sacer*, e suas relações com o sistema capitalista de produção. A metodologia utilizada no presente artigo é a pesquisa bibliográfica para chegar à conclusão de que o Poder Político, priorizando o interesse econômico em detrimento da coletividade, a partir da naturalização do Estado de Exceção, exclui aqueles que não mais são úteis ao sistema do capital.

Palavras-chave: Pandemia, Estado de Exceção, *Homo sacer*.

Abscract: This study seeks to analyze the social, political and legal implications of the pandemic in Brazil based on the confrontation policy adopted by the Federal Government. Therefore, a set of actions and declarations within the scope of the Federal

*Graduando em Direito na Universidade Regional do Cariri – URCA. E-mail: eric.guimaraes@urca.br

**Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA. E-mail: bruna.prandi@urca.br

Public Administration from 2020 and the adoption of the so-called herd immunity as a policy to combat the virus are addressed. The social and economic difference in the profile of fatal victims of Coronavirus is analyzed in light of the myth of racial democracy and social invisibility. It investigates how the naturalization of the Exception State occurs, especially from the figure of the homo sacer, and its relations with the capitalist production system. The methodology used in this article is the bibliographic research to reach the conclusion that the Political Power, prioritizing the economic interest over the collectivity, from the naturalization of the Exception State, excludes those who are no longer useful to the capital system.

Keywords: Pandemic, Exception State, Homo sacer.

1. Introdução

A irrupção da pandemia do novo Coronavírus ocorreu no Brasil no ano de 2020, sendo este um dos países mais afetados pela doença em todo o mundo. Em um contexto de imensa desigualdade social, altíssimos índices de desemprego e de redução de políticas públicas estatais, o contexto pandêmico escancarou as já existentes mazelas crônicas da sociedade brasileira.

O Governo Federal, liderado pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro, atuou a partir da negação da ciência, da gravidade da doença e com cruel indiferença frente às mais de meio milhão de mortes no país, “enfrentando” a pandemia da COVID-19 a partir do descumprimento das normas de proteção estabelecidas pelas autoridades sanitárias globais, seja através do desrespeito às normas de isolamento social ou à divulgação e distribuição em massa de medicamentos sem eficácia comprovada no combate ao vírus.

Na direção oposta dos estudos científicos, o Presidente da República criticava as medidas de isolamento social, como o *lockdown* – que consiste no fechamento das atividades não essenciais – que visavam impedir a disseminação do vírus, ao passo em que defendia a reabertura do comércio e retomada da “vida normal” sob a alegação de que a economia não poderia ser paralisada.

Desde o início da pandemia no Brasil, o chefe do Executivo passou a defender abertamente o denominado “isolamento vertical” (MAIA, 2020), que consiste na retirada dos idosos e daqueles que possuem doenças de risco pré-existentes do convívio social, de forma que os demais possam continuar a voltar aos seus trabalhos e movimentar a economia nacional.

Criticada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), a imunidade de rebanho consiste, em suma, na ideia de que controle da disseminação de uma doença se daria em razão da imunização da população, o que poderia ocorrer em razão da vacinação em massa ou da contaminação em massa, tendo o diretor do programa de emergências da OMS, Mike Ryan, ao ser questionado acerca do assunto, afirmado que humanos não são gado (OMS..., 2020)

Através de estudo realizado por pesquisadores da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP) em parceria com a organização não-governamental (ONG) Conectas Direitos Humanos, foram mapeados analisados os atos da Administração Pública Federal no combate à pandemia da COVID-19, ocasião em que confirmaram a hipótese inicial de que o governo federal agiu no sentido de buscar a imunidade de rebanho através do contágio como forma de combate à pandemia (GOVERNO..., 2021).

Em matéria publicada pela revista internacional “*Reuters”,* fora exposta uma reunião entre técnicos do Ministério da Saúde em março de 2020 na qual Solange Vieira, titular da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), declarou que “é bom que as mortes se concentrem entre os idosos… isso melhorará nosso desempenho econômico, pois reduzirá nosso déficit previdenciário” (ASSESSORA..., 2020)

No mesmo sentido, Paulo Guedes, ministro da economia, em reunião do Conselho de Saúde Complementar em 27 de abril de 2021, declarou que o Estado quebrou e que “Todo mundo quer viver 100 anos, 120, 130 (anos), não há capacidade de investimento para que o Estado consiga acompanhar" (COSTA, 2021).

Ocorre que a opção apontada pelo referido estudo como a escolhida pelo governo federal no enfretamento à pandemia, ao passo que tem um reduzido custo

econômico em razão da ausência de investimento em políticas públicas distribuidoras de renda com vistas à promoção do isolamento social, bem como de campanhas de conscientização acerca das medidas protetivas e distribuição de itens de combate ao vírus, possui um altíssimo custo social-humanitário, porquanto significa que a maior parte da população brasileira teria de se infectar com o vírus, o que traria um elevado número de mortes.

Nesse sentido, o presente artigo busca investigar quem seriam os "destinatários" da estratégia adotada pelo governo a partir da análise do perfil das vítimas da pandemia, bem como a relação de tal política com o Estado de Exceção e a figura de exclusão representada pelo *homo sacer* (AGAMBEN, 2007). A pesquisa parte da hipótese de que o Poder Político, orientado politicamente pelo capitalismo, descarta aqueles que não mais são necessários para a manutenção do capital.

2. As vítimas da pandemia e o mito da democracia racial

Em consonância com o plano de "enfrentamento" defendido pelo Presidente da República, verifica-se que em sua grande maioria, as vítimas fatais do vírus da COVID-19 são pessoas que estão mais expostas ao convívio social, em especial àquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade, seja esta de natureza sanitária, tais como idosos, pessoas que possuem problemas crônicos de saúde ou profissionais de área de saúde, ou de ordem econômico-social, tais como moradores da periferia, trabalhadores que necessitam de transporte público para locomoção e pessoas privadas de liberdade ou em casas de asilo.

Em estudo desenvolvido pelo Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro demonstra que morreram mais pretos e pardos (55%) por covid-19 do que brancos (38%) no Brasil (GRAGNANI, 2020).

Analisando tais números aliados à dados de renda e escolaridade, tem-se uma discrepância ainda maior: a taxa de mortalidade para pretos e pardos sem escolaridade é de 80,35%, enquanto a dos brancos com nível superior é de 19,65%. Em um país que

um negro tem 17% de chance a mais de morrer pelo vírus do que um branco, a democracia racial se reputa como uma utopia distante de ser alcançada.

Constata-se, assim, que tais grupos compreendem grande parte da população brasileira, considerando que somente a exposição aos meios de transportes coletivos – que, geralmente, são superlotados – aumenta consideravelmente a possibilidade da classe proletária entrar em contato com o vírus. Em um país de acentuada desigualdade social como o Brasil, tal situação resulta em uma enorme discrepância das vítimas fatais do vírus, na qual os pobres – classe composta majoritariamente por pessoas pretas – são imensa maioria.

É inegável que, em termos científicos, a pandemia tem o condão de atingir a todos, porquanto o vírus não distingue o indivíduo em razão de classe, cor ou etnia. Entretanto, considerando a mencionada diferença de mortes em razão da classe social, é fundamental que haja uma reflexão ao analisar tal afirmação no sentido social.

No contexto histórico brasileiro, marcado pela escravidão do negro até o século XIX – a qual aboliu-se sem que fosse dado o suporte material necessário à efetiva introdução do novo "homem livre" na sociedade capitalista –, a desigualdade política, social e econômica encontra-se fortemente enraizada no âmbito da vida republicana, ainda que os mecanismos discriminatórios sejam cada vez mais sofisticados e encobertos pelo manto da juridicidade (CONRADO, 2004).

Em sua obra denominada "A integração do negro na sociedade de classes", Florestan Fernandes (1978) analisa o lugar ocupado pelo negro durante a transição da ordem escravocrata para a sociedade de classes capitalista, em especial na cidade de São Paulo, destacando que, na sociedade de classes capitalista, o negro é visto como fruto da escravidão, sendo incluído no mercado de trabalho de forma estigmatizada e estereotipada.

O autor destaca que as amarras e obstáculos à inserção do negro na sociedade não foram suprimidos após a abolição da escravatura. Assim, ainda que o negro fosse legalmente livre, perduravam as relações típicas da sociedade escravagista. Nesse

sentido, a democracia racial seria um mito que evidenciaria as amarras de inserção do negro à sociedade capitalista.

Portanto, através da chamada “imunidade de rebanho”, o Estado, sob o manto do funcionamento da economia, passa a descartar aqueles que não são necessários ao sistema de produção capitalista – analfabetos, presidiários, idosos, entre outros – ao passo em que, mesmo diante da maior crise sanitária dos últimos tempos, os demais devem prosseguir trabalhando normalmente à serviço de um bem considerado pelo sistema capitalista como maior que a própria vida do proletário, o capital.

Na obra “Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro”, Raymundo Faoro (2001) analisa que, na sociedade brasileira, o poder político – orientado a partir do capitalismo – rege e governa em favor de interesses particulares, definindo uma estrutura institucional de dominação sob as classes populares que se perpetua, em toda a história do país, a partir dos mesmos detentores do poder.

Estes seriam um estrato da sociedade composto por instituições privadas, grupos econômicos e aliados políticos que desfrutam de condições privilegiadas no âmbito estatal por serem detentores do poder econômico, político e social, formando um patronato político que governa o Estado em favor de seus interesses egoísticos, afastado e impenetrável aos interesses da coletividade.

O Poder Estatal passa a ser utilizado como instrumento de manutenção e servidão ao sistema capitalista, preterindo os interesses da coletividade aos interesses dos detentores do capital, de forma que “o poder do Estado moderno não passa de um comitê que administra os negócios comuns da classe burguesa como um todo” (MARX; ENGELS, 1998, p. 10).

Os indivíduos que não são úteis ao capital são, além de marginalizados, invisíveis aos olhos do sistema. Em sua obra “A invisibilidade da desigualdade brasileira”, Jessé Souza (2006) aduz que a invisibilidade social é reproduzida através da naturalização de processos de humilhação, lesão e morte de pessoas que não interessam ao sistema – no presente contexto, aqueles que não interessam ao sistema de produção capitalista e que, na fala do ministro da economia, oneram o Estado ao permanecerem

vivos.

3. O estado de exceção e o *homo sacer*

No atual contexto político-jurídico brasileiro, as lesões aos princípios constitucionais e o desrespeito aos direitos fundamentais passam a ser corriqueiros durante a produção legislativa e a prática estatal, caracterizando o denominado Estado de Exceção (AGAMBEN, 2004), o qual utiliza a suspensão da ordem jurídica como técnica governamental para controlar e excluir aqueles que seriam considerados como descartáveis pelo aparato estatal.

Na concepção trazida por Giorgio Agamben, a política ocidental estaria fundada na relação exclusão-inclusão, representada pelo *homo sacer*, figura do direito romano "incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão" (AGAMBEN, 2007, p. 15), caracterizada pela contradição da vida, ao mesmo tempo, matável e insacrificável, de forma que, ainda que o ordenamento jurídico proíba, quem mata o *homo sacer* não será punido pelo aparato estatal. (AGAMBEN, 2007).

Dessa forma, a exclusão passa a ser institucionalizada e estruturada pelo Estado para a manutenção do controle social e político dos marginalizados e invisíveis. Nesse sentido, "o Estado a assume, formulam-se justificativas para o seu uso e o direito é a sua narrativa legitimadora" (PIRES, 2021, p. 99)

O capitalismo se estrutura necessariamente nessas polaridades, incorporando a exceção como regra. Não há experiência de superação das explorações capitalistas granjeada por meio democrático-eleitoral. As formas sociais necessárias à reprodução do capitalismo têm peso estrutural determinante contra as eventuais formas políticas democráticas destoantes. (MASCARO, 2013)

As crises do sistema capitalista, portanto, não seriam esporádicas, mas estruturais. Firmado na exploração, o regime econômico do capital encontra sua base na luta de classes e de grupos sociais contrapostos, sendo necessária a manutenção das formas e instituições sociais que compõem o Estado, expoente fundamental na reprodução do modelo capitalista de produção (MASCARO, 2013)

Percebe-se, portanto, que o Estado, ao excluir do convívio social grupos sociais não integrados ao sistema do capital, amplia o conceito de estado de exceção – instrumento político por meio do qual o direito prevê a sua própria suspensão, representando um liame entre a legalidade e a arbitrariedade, entre a democracia e o absolutismo (AGAMBEN, 2004) – para compreender a exceção como política governamental utilizada hodiernamente como forma de supressão dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos em favor de interesses privados, em regra, relacionados às classes que detêm o capital.

Portanto, as crises estruturais do capitalismo têm como consequência a sobreposição do interesse do capital ao interesse público, configurando um retrocesso no que tange às conquistas sociais estabelecidas no seio jurídico. É nesse sentido que o exercício efetivo da democracia passa a ser mais exceção do que regra (MASCARO, 2013). Instaura-se, portanto, um verdadeiro estado exceção econômico (BERCOVICI, 2006)

Nesse contexto, não é possível delinear com precisão em que momento exatamente instaura-se o estado de exceção, em especial porque este encontra-se legitimado no ordenamento jurídico. É nesse sentido que Pires (2021) afirma que os estados de exceção modernos são fantasmagóricos, dissimulados e fragmentados, porquanto “o estado de exceção contemporâneo que se assoma sobre a sociedade faz-se fragmentado, ora escondido, outras vezes camuflado sobre a pantomimas democráticas, e, sistematicamente, sufoca a soberania popular [...]” (PIRES, 2021, p. 25).

Ao flexibilizar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, o Estado, além de instaurar o Estado de Exceção, determina que é o inimigo. Ao decidir sobre a Exceção, soberano é aquele que, suspendendo o Estado de Direito, determina quem é o inimigo a ser combatido pelo Estado (SCHMITT, 2015). “O inimigo é condição à existência do Estado de Exceção”. (PIRES, 2021, p. 128)

Não é necessário que inimigo a ser eleito pelo soberano seja mau, reprovável ou de fato uma ameaça ao estado ou à sociedade, mas tão somente que nele haja algo capaz de aglutinar a sociedade em torno do medo. Dessa forma, o inimigo pode ser uma pessoa, uma ideia, uma imagem ou um grupo. Tal como o Estado de Exceção, o inimigo

deve ser volátil, podendo ser facilmente substituível. O que importa é que hajam sempre inimigos (PIRES, 2021).

No Brasil contemporâneo, em especial no contexto da pandemia, muitos são os inimigos: a ciência, o Sistema Único de Saúde – SUS, a vacina, o meio ambiente, as instituições, os grupos minoritários, tais como mulheres, negros e a comunidade LGBTQIA+, pessoas privadas de liberdade, a imprensa, o "marxismo cultural" – utilizado como elemento de justificação para o ataque contra as universidades públicas – a imagem do pedagogo Paulo Freire, reconhecido e estudado internacionalmente, às homenagens à vereadora Marielle Franco, militante engajada na defesa dos direitos das minorias que fora brutalmente assassinada em 2018, a urna eletrônica, dentre outros.

Uma das características marcantes do Estado de Exceção é a sua fragmentação, porquanto não necessariamente o soberano – aquele que decide sobre a exceção – é o chefe de Estado, podendo o processo decisório sobre a exceção estar dividido entre diversos atores.

Assim, o soberano pode ser, em um momento de combate à pandemia do Coronavírus, um secretário executivo que determina ao Ministério da Saúde que os presidiários sejam retirados do grupo prioritário do Plano Nacional de Imunização – PNI, conforme informou a ex-diretora do PNI ao ser ouvida na Comissão Parlamentar de Inquérito (BORGES; MATOS; RESENDE) em julho de 2021.

Em sua grande maioria, as penitenciárias brasileiras são ambientes insalubres, desprovidos de estrutura suficiente para garantir as medidas de higiene pessoal e isolamento social em razão da superlotação e, portanto, reputa-se como um local propício à proliferação do vírus.

A postura de buscar retirar os presos dos grupos prioritários, adotada inicialmente pelo Governo Federal durante a divulgação do Plano Nacional de Imunização e revista após uma série de críticas, demonstra a percepção governamental dos penitenciários enquanto *homo sacer* (AGAMBEN, 2007), ou seja, como aquele que não é valido sacrificar, mas aquele que matá-lo não será punido.

Considerações Finais

Especialmente diante de uma crise sanitária como a causada pelo vírus da COVID-19, não se pode deixar de evocar o respeito aos direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana e a garantia desta enquanto princípio ético norteador da política estatal, que deveria ser guiada pelo bem-estar da sociedade, da proteção da vida comum e da sobreposição do interesse público ao privado.

Entretanto, verifica-se que a política de enfrentamento da pandemia adotada pelo Poder Político – priorizando o interesse do capital ao coletivo –, sob o pretexto da economia e da redução de gastos, ter o menor impacto possível no aspecto financeiro, promovendo um precipitado retorno à normalidade apesar do contexto sanitário alarmante e descontrolado que assola o país.

Assim, a grande parte das vítimas fatais de Coronavírus enquadram-se dentro de um padrão: pobre, negro e periférico. No mesmo sentido, o poder político abre mão da proteção a grupos marginalizados socialmente, tais como os presidiários, e a morte de idosos passa a ser vista como uma forma de desonerar os gastos previdenciários estatais. Passa-se, assim, a naturalizar a morte de grupos sociais vistos como invisíveis.

O Estado de Exceção, fundado na suspensão do direito e na constante lesão aos direitos fundamentais, reputa-se fortemente presente nas sociedades capitalistas, porquanto a exceção é a regra no sistema do capital (MASCARO, 2013) em razão da necessidade da manutenção das instituições capitalistas, de forma que o Poder Político passa a ser utilizado como instrumento de servidão do capital (ENGELS; MARX, 1998)

Uma das condições para a existência do Estado de Exceção é o inimigo (PIRES, 2021). Nesse sentido, ao servir a interesses econômicos em detrimento da coletividade, o Poder Político define que o inimigo no contexto da pandemia é todo aquele que não se encontra incluído ou não mais é útil ao sistema de reprodução do capital, quais sejam: idosos, pessoas privadas de liberdades, analfabetos e até proletariados – que são facilmente substituíveis para o sistema capitalista – o capital define a inclusão do indivíduo na sociedade.

Nesse sentido, o conceito de *homo sacer* (AGAMBEN, 2007) que remete à figura do direito romano arcaico a quem não era lícito sacrificar, mas aquele que o matava não seria punido pelo Estado, representa a figura da inclusão sob o manto da exclusão, de forma que os grupos mencionados, enquanto invisíveis e excluídos do convívio social e do sistema do capital, são tratados pelo Poder Político como seres insacrificáveis e, ao mesmo tempo, matáveis.

Portanto, é fundamental que se compreenda que o combate à pandemia, ainda que necessite de ações individuais, depende majoritariamente da dimensão política, reputando-se cada vez mais necessário o debate acerca da exclusão econômica e sua relação com as taxas de mortalidades pelo vírus da COVID-19 e com as políticas públicas adotadas pelo Governo Federal.

A análise sociopolítica dos impactos da pandemia e de suas relações com o sistema capitalista, o Poder Político e o Estado de Exceção é de extrema importância para que se possa contribuir para a criticidade do pensamento coletivo no sentido de lutar por uma sociedade consolidada a partir da democracia, do respeito aos direitos e garantias fundamentais, dos direitos sociais e da solidariedade.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Boitempo, São Paulo, editora Boitempo. 2004.

_____. ***Homo sacer***: o poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

Assessora de Guedes acha que morte de idosos por coronavirus é bom para Reforma da Previdência. **FENAE**. 29 de maio de 2020. Disponível em: https://www.fenae.org.br/portal/fenae-portal/noticias/assessora-de-guedes-acha-que-morte-de-idosos-por-coronavirus-e-bom-para-reforma-da-previdencia-8A19A304729E25E30172AB2DF2726EDB-00.html. Acesso em: 08 de julho de 2021.

BERCOVICI, Gilberto. **O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. Pensar Revista de Ciências Jurídicas. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/780>. Acesso em: 23 de maio de 2021.

BORGES, Beatriz; MATOS, Marcela; RESENDE, Sara. **Ex-gestora diz que Elcio Franco pediu retirada de presos da lista de prioridades na vacina da Covid**. Globo. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/cpi-da-covid/noticia/2021/07/08/cpi-ex-

gestora-diz-que-se-negou-a-tirar-presos-da-lista-de-prioridades-na-vacinacao-da-covid.ghtml. Acesso em: 09 de julho

CAMPOS. Gastão Wagner de Sousa. **O pesadelo macabro da Covid-19 no Brasil: entre negacionismos e desvarios.** Trabalho, Educação e Saúde, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, 2020, e00279111. DOI 10.1590/1981-7746-sol00279. Disponível em: https://www.scielo.br/j/tes/a/sQgGPbjSPqPSqYnsZxWvxwf/?lang=pt. Acesso em: 09 de julho de 2021.

CONRADO, Mônica Prates. **A questão racial no brasil sob a perspectiva de Gilberto Freyre e Florestan Fernandes.** Revista Humanitas, v. 20, n. 1/2, 2004, p. 83-98. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60777777/GF_e_FF_em_Humanitas20191002-71031-g529tt.pdf?1570070011=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DA_QUESTAO_RACIAL_NO_BRASIL_SOB_A_PERSPEC.pdf&Expires=1626104158&Signature=MZppfpvhtw6wm0tFps4ToiP0kZOGr7wjJxaB0nB2h7fQ~Xral6qNOkMfgerXT1tOEcpngkyANAeQLIed8fvuexiSVMyfVNeBNg1Kt0H1mCHmSWTnryTJ9fkwm1WJDyS~2rTS397cHFKG1sIIzUBTAZboJaVJV~6SuArWiuPSeuOwiaHeoB8AGSKyq3hb69SmIjpTRXzxiv2Wu0QDQ9tL9gjQWMAOAtg3pUKQ6Nf8rlS1LtTqKRXt1gRilAPQej1b3olfTif7w9ESMFnoRplq4xIcWNH~N2RGB69XzF0uV3gNHlh3QEEORlABet1GsNMn0JPjzN3k74dI6~AMzRQVwA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 09 de julho de 2021.

COSTA, Mariana. Guedes culpa aumento da expectativa de vida pela situação do setor de saúde. **Estado de Minas Economia**. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2021/04/27/internas_economia,1261017/guedes-culpa-aumento-da-expectativa-de-vida-pela-situacao-do-setor-de-saude.shtml. Acesso em: 08 de julho de 2021.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERNANDES, F. **A Integração do negro na sociedade de classes.** 3. ed. São Paulo: Ática, 1978.

GOVERNO 'optou por favorecer a livre circulação do coronavírus', aponta estudo entregue à CPI da Covid**. G1. Globo**. 07 de junho de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/06/07/governo-optou-por-favorecer-a-livre-circulacao-do-coronavirus-aponta-estudo-entregue-a-cpi-da-covid.ghtml. Acesso em: 07 de julho de 2021.

GRAGNANI. Juliana**. Por que o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres no Brasil e no mundo.** BBC Brasil. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53338421. Acesso em: 08 de julho de 2021.

MAIA, Gustavo. **Bolsonaro defende isolamento vertical e sugere que país pode sair da normalidade democrática**. O Globo. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-defende-isolamento-vertical-sugere-que-pais-pode-sair-da-normalidade-democratica-24327038. Acesso em: 08 de julho de 2021.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Trad. Victor Hugo Klagsbrunn. In: REIS FILHO, Daniel Aarão (org.). Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998.

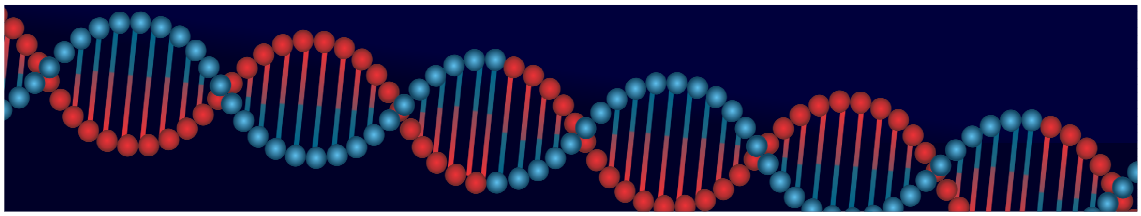
MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo, SP. Boitempo, 2013.

OMS critica 'imunidade de rebanho': 'Humanos não são gado'. **R7**. 11 de maio de 2020. Disponível em: https://noticias.r7.com/saude/oms-critica-imunidade-de-rebanho-humanos-nao-sao-gado-11052020. Acesso em: 07 de julho de 2021.

PIRES. Luis Manoel Fonseca. **Estados de Exceção:** A usurpação da soberania popular. São Paulo. Editora Contracorrente. 2021.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político.** Trad. Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2015.

SOUZA, Jessé (Org). **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: UFMG, 2006



OS IMPACTOS DO DIREITO DIGITAL NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA E O ACESSO À JUSTIÇA

*Tainara Santos de Oliveira**

Resumo: O presente artigo discorre sobre o avanço do Direito no âmbito tecnológico no Brasil, principalmente neste período de pandemia, que possibilitou a oportunidade de as pessoas terem acesso à Justiça, mesmo quando o distanciamento social se fez necessário. Surgiram muitas questões sobre o alcance desse acesso, da proteção das pessoas na *internet*, os problemas e vantagens surgidas com esse cenário, bem como as dúvidas sobre como se dá o funcionamento desses sistemas digitais. O objetivo será o de abordar tanto as vantagens como desvantagens desses serviços *online*, bem como analisar quais pessoas são alcançadas por eles. O método usado neste artigo foi o dedutivo, pois partiu-se de uma análise geral de como a tecnologia é utilizada nas diversas áreas até se chegar ao âmbito jurídico. Trata-se de uma pesquisa teórica que busca apresentar dados sobre a impacto da *internet* na vida das pessoas e, principalmente durante o período pandêmico que vem sendo vivenciado atualmente. Por fim, após toda a explanação do assunto é possível perceber a relevância de se adaptar aos novos meios de comunicação e relações sociais modernas.

Palavras-chave: Direito Digital; Tecnologia; Acesso à Justiça; Pandemia.

Abstract: This article discusses the advancement of Law in the technological field in Brazil, especially in this period of pandemic, which allowed people the opportunity to have access to justice, even when social distancing was necessary. Many questions arose about the reach of this access, the protection of people on the *internet*, the

* Graduanda do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri, Campus Iguatu, 9º semestre. Integrou o projeto de Extensão "Direitos Humanos na Escola: educação em/para Direitos Humanos no Ensino Médio do município de Iguatu/CE". tainara.oliveira21@urca.br

problems and advantages arising from this scenario, as well as doubts about how these digital systems work. The aim will be to address both the advantages and disadvantages of these *online* services, as well as analyze which people are reached by them. The method used in this article was deductive, as it started from a general analysis of how technology is used in different areas until reaching the legal sphere. This is a theoretical research that seeks to present data on the impact of the *internet* on people's lives, especially during the pandemic period that is currently being experienced. Finally, after all the explanation of the subject, it is possible to see the relevance of adapting to new media and modern social relations.

Keywords: Digital Law; Technology; Access to justice; Pandemic.

Introdução

De 2020 até agora o mundo inteiro teve que lidar com novas situações, com o aparecimento de uma doença que ninguém sabia nada sobre e assim as pessoas, as empresas, os pequenos negócios tiveram que se reinventar e uma das maneiras mais efetivas para isso foi através dos meios tecnológicos. A sociedade não parou e, mesmo com a pandemia, inúmeros direitos continuam sendo afetados, bens jurídicos lesionados e as pessoas necessitam e têm direito ao Acesso à Justiça, como descreve a Constituição Federal (1988) em seu art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A população como um todo teve que adaptar-se aos recursos possíveis, disponíveis e que fossem efetivos. Foi diante desse cenário que houve um avanço no âmbito do Direito Digital. Essa ciência dedica-se ao estudo e ao trabalho com situações jurídicas na área tecnológica em todos os seus setores, seja em relação aos sistemas jurídicos virtuais, o acesso *online* a processos ou o contato com clientes, juízes ou advogados através da *internet*. É um ramo do Direito que está avançando bastante, que foi e está sendo de extrema relevância durante esse período de pandemia por conta da COVID-19.

Os meios de acesso à justiça mais utilizados foram as videochamadas, audiências por videoconferências, pessoas entrando em contato com advogados através de aplicativos e vários outros meios. Alguns sistemas jurídicos já eram utilizados antes para andamentos de processos, protocolos de ações, comunicação e movimentação processual, destacando-se assim a grande contribuição dos instrumentos tecnológicos.

Mas quais os problemas enfrentados com essa tecnologia? Quais as garantias de privacidade que existem? Todas as pessoas foram beneficiadas com esse modo de acesso à justiça? Quais os pontos positivos dessas medidas? O objetivo deste artigo é refletir sobre essas questões e apresentar argumentos, para que as pessoas possam ter confiança nesses novos métodos e para que aqueles que os desenvolvem possa melhorar as falhas que venham surgir. Para esclarecer esses e outros pontos foi utilizada uma pesquisa teórica com apresentação de alguns dados e argumentos a cerca do assunto. A pesquisa foi realizada através de artigos, matérias e documentários de estudiosos e doutrinadores do Direito Digital. Em síntese, o artigo desenvolveu esses aspectos da relação do campo jurídico e do tecnológico em busca de melhorias para a população que utiliza os serviços e precisam deles.

1. Desvantagens

Os tópicos a seguir apresentarão alguns pontos negativos relacionados à tecnologia que podem causar alguns danos à população.

1.1. Insegurança de dados e violação da privacidade

Quando o assunto são meios digitais e tecnológicos, um dos maiores medos das pessoas está na segurança dos dados e da privacidade. Com o uso de redes digitais públicas houve muitos casos de invasões por “crackers” (indivíduos que invadem computadores ou programas com propósitos ilegais) em reuniões de diferentes campos, seja durante as aulas a distância, congressos ou até mesmo audiências, muitas foram prejudicadas por causa deles, além de golpes aplicados sobre aqueles que não possuem muito domínio com as redes digitais e outras ações que violam a privacidade dos usuários. No Brasil já existe uma lei para punir os ilícitos que ocorrem na internet, trata-

se da Lei nº 12.737/2012, conhecida como “Lei de Crimes Informáticos” ou “Lei Carolina Dieckman”.

A Lei de Crimes Informáticos tipificou algumas condutas e incluiu os arts. 154-A e 154-B ao Código Penal para que houvesse a responsabilização dessas pessoas mal intencionadas que invadem computadores e dispositivos de outras pessoas sem autorização. Assim dispõe o art. 154-A do Código Penal:

> Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita

com pena de detenção e multa. É um crime que somente se procede mediante representação, por isso é de extrema importância que as pessoas que tiveram seus dispositivos atacados por “*crackers*” denunciem os casos para que não fiquem impunes e, consequentemente, evite-se que ocorram novamente.

Além da Lei nº 12.737/2012, foi criada também a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) que estabeleceu inúmeras condições e métodos para que os dados pessoais de usuários de diversos serviços (não somente os digitais) fossem mantidos em segurança para evitar a violação da privacidade. Em seu art. 7º, a lei estabelece algumas regras que permitem a coleta de dados, entre elas estão os incisos I e II: “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador”, logo, se não forem verificadas essas e outras normas, o sujeito que tem acesso às informações poderá ser punido na forma da lei.

Mesmo havendo meios de responsabilização para essas condutas, muitas pessoas não denunciam por acreditarem no conceito popular de que a “*internet* é terra sem lei” e que ninguém seria punido, até mesmo porque as informações são fáceis de serem manipuladas e apagadas e acredita-se que não há como penalizar esses atos. No entanto, como já foi visto, existem leis, normas e diversos métodos, tanto para resgatar informações mesmo se forem apagadas, para localizar os dispositivos que coletaram

ilegalmente os dados, quanto para, após apuração da autoria, haver a sanção respectiva dos atos.

1.2. Falta de acesso à internet

A atualidade é considerada a “Era Digital”, pois tudo envolve tecnologia e inteligências digitais e vai-se criando o hábito de alocar essa tecnologia em diferentes tipos de serviços públicos e privados. Por causa dos cuidados com a Covid-19 e para evitar aglomerações em estabelecimentos públicos, diversos serviços públicos foram disponibilizados virtualmente. “A carteira de trabalho, carteira de trânsito e até mesmo o certificado internacional de vacinação e profilaxia são documentos disponíveis para serem solicitados pela internet. A medida é mais uma ação de transformação digital que pretende facilitar o acesso aos serviços”, de acordo com informações do site do Governo Federal.

No entanto, segundo dados de 2019 do IBGE (Instituto Nacional de Geografia e Estatística), cerca de 17,3 % da população brasileira não tem acesso à internet e por motivos variados. São eles: o serviço de internet ou os aparelhos que permitissem o acesso muito caros, ninguém na residência sabia usar internet, o serviço para acesso à internet não estava disponível para algumas localidades e outros. Assim, verifica-se que embora haja esse crescimento tecnológico, muitas pessoas não podem ter acesso, o que dificulta a participação dessa parcela da sociedade nesses meios atuais.

Foi por meio da pandemia que se agravaram as desigualdades sociais e a vulnerabilidade de algumas regiões do Brasil ficou mais evidente. Inúmeras famílias sem terem os mantimentos básicos de higiene para que pudessem se proteger do vírus, como sabão, álcool, máscaras e em algumas casas faltou, inclusive água. Então, ter acesso à internet e sistemas digitais estava muito fora da realidade e do alcance dessas pessoas e isso afetou bastante o acesso à educação, aos programas sociais, à justiça e outras atividades que, em sua maioria, estavam sendo online.

Outro fator que impede que as pessoas não utilizem serviços e plataformas digitais é a falta de alfabetização. Pessoas que não sabem ler, ou que são analfabetos

funcionais, têm grande dificuldade de entender o uso de aplicativos e sistemas (os jurídicos, por exemplo) e acabam ficando desamparados ou com certa desconfiança.

1.3. Respostas automatizadas

O Direito, por ser uma ciência social, requer humanidade em suas ações. Cada ser humano é único e demanda necessidades distintas. Todos os dias surgem novidades na sociedade, um exemplo claro disso foi o Coronavírus que surgiu de repente e exigiu das pessoas uma reação rápida sobre como lidar com as mais diversas situações. Em meio à essa pluralidade de acontecimentos, o computador torna-se uma ferramenta bastante limitada.

A Constituição Federal (1988), não à toa, estabelece em seu art.133 que o advogado é indispensável para o efetivo exercício em busca da Justiça, assim embora os sistemas tecnológicos sejam bastante úteis eles não são suficientes para todas as ocasiões. Questões jurídicas requerem análises do caso concreto, próprias de cada pessoa. Nas redes digitais ocorre a existência de respostas automáticas, programadas sem individualizar os casos e isso gera injustiças e um possível não atendimento a fatos requeridos aos quais buscava-se uma solução.

Percebe-se que a contribuição dos meios computacionais é enorme, mas devem agir em conjunto com operadores do Direito para resultados eficazes e efetivos. “Em um mercado cada vez mais tecnológico e dinâmico, a tecnologia é uma aliada para ajudá-lo na adaptação a estas novas necessidades e à nova realidade imposta” (BARBOSA, 2010), buscando assim uma harmonia entre ambos.

2. Vantagens

Após analisar as desvantagens, é indispensável que se verifique também a importância e os benefícios que os meios digitais trazem para os diversos campos da sociedade, de acordo com os esclarecimentos que serão vistos a diante.

2.1. Celeridade

O Direito por ser pautado em relações humanas, gera uma indispensabilidade da análise do caso concreto e por isso a presença de um advogado, ou aplicador do direito será imprescindível em determinados casos. E os meios tecnológicos servem para aprimorar o sistema jurídico, tornar os procedimentos mais céleres por conta do funcionalismo dos programas cibernéticos.

Como já foi ressaltado, as demandas judiciais não pararam por causa da pandemia e muitos processos e procedimentos precisavam ser feitos. A Constituição Federal (1988), no art. 5º, inciso LXXVIII assegura a todos o direito a um processo de duração razoável e que seja o mais célere possível. Por isso a enorme necessidade de achar métodos sem contato pessoal (para evitar a transmissão da Covid-19) e assim poder dar continuidade nas pendências e questões jurídicas que surgiram, sendo os meios tecnológicos os mais eficientes para resolver boa parte das questões, evitando-se assim o prolongamento dos processos.

2.2. Maior alcance de pessoas

Embora, como já foi apresentado, ainda haja grandes limitações ao acesso à internet, através desses métodos virtuais é possível se comunicar com alguém do outro lado do mundo em questão de segundos, logo, há uma eliminação de barreiras territoriais e uma maior conexão e comunicação entre as pessoas sem que, necessariamente, precisem sair de casa.

Durante o momento pandêmico houve um grande crescimento do chamado “home office”, que somente era visualizado em relação a algumas profissões, mas que se disseminou nos diversos âmbitos profissionais onde a presença do profissional no ambiente de trabalho era dispensável e atividade laboral poderia ser realizada em seu domicílio e só precisava possuir uma boa conexão com a internet e um dispositivo eletrônico.

De acordo com Mello (2020), em uma matéria da Agência Brasil,

> o trabalho em casa foi estratégia adotada por 46% das empresas durante a

> pandemia, segundo a Pesquisa Gestão de Pessoas na Crise covid-19. O estudo elaborado pela Fundação Instituto de Administração (FIA) coletou, em abril, dados de 139 pequenas, médias e grandes empresas que atuam em todo o Brasil (MELLO, 2010)

Visto isso, constata-se que o emprego de ferramentas virtuais, onde a comunicação com os clientes, usuários, e até pacientes que tinham atendimentos, consultas e serviços feitos à distância, trouxe bons resultados para as empresas e para os que utilizavam os serviços. Ressalte-se também que o contato não necessitava da locomoção dessas pessoas até a unidade física o que facilitava bastante a vida das pessoas (aqui remete-se, por exemplo, às pessoas que precisam pegar transportes públicos e passar horas no deslocamento para chegar a esses locais e assim terem direito ao atendimento).

2.3. Adaptação à atualidade

O Direito acompanha a sociedade e seus momentos históricos, os avanços, os acontecimentos e é inegável que hoje, como já mencionado, vive-se a chamada "Era Digital". Uma grande parte da população possui acesso à *internet* ou algum meio eletrônico e a toda sua extensão virtual, as pessoas têm acesso a inúmeros tipos de serviços, de informações, e ainda com a possibilidade de atendimentos e comunicação em tempo real com profissionais de diversas áreas, como consultas com profissionais de saúde durante a pandemia.

Assim, diante do cenário atual é incoerente aos juristas que se mantenham inertes, sem buscar inovações e atualizações compatíveis com a complexidade e peculiaridade das situações vivenciadas na contemporaneidade. Aqui no Brasil, durante a pandemia, os advogados, juízes e demais profissionais do Direito se utilizaram de ferramentas de uso geral dos profissionais como o *Google Meet*, *Zoom*, *Skype* e outros, para a realização de conferências, audiências e outros contatos que necessitavam de som e imagem. Como também usaram sistemas *online* e jurídicos próprios que são mais utilizados entre os sujeitos que lidam com o Judiciário.

Assim "aqueles que são visionários e cientes das novas realidades que virão terão uma vantagem sobre os demais. A chave é evoluir e se adaptar às mudanças"

(SALMERÓN; ZAMORA, 2018), por isso a especialização e o aprimoramento do Direito Digital é indispensável para que o advogado possa estar atualizado e apto para lidar com os novos hábitos e acontecimentos sociais.

2.4. Organização e cruzamento de dados

Em meio a inúmeras vantagens em utilizar os meios digitais nos diversos campos da sociedade, outra que se observa é a facilidade de organizar dados, informações e tarefas. Como Herculano (2021) explica, é possível criar, através dos meios tecnológicos, vários modelos de interpretação de materiais informativos e bases de dados que ficariam agrupados e facilitariam o trabalho dos profissionais.

No âmbito jurídico existem sistemas que reúnem os processos de acordo com comarcas, com a competência, com a matéria e vários outros parâmetros que ajudam na organização. Há ainda a possibilidade de cruzamento de dados que permite o operador do direito atestar a veracidade de uma informação direto do seu computador e obter outras em um pequeno espaço de tempo e sem muita burocracia. Importante ressaltar que os profissionais que utilizam esses métodos devem sempre atentar-se à segurança e confiabilidade desses programas.

Ainda sobre os benefícios que os meios tecnológicos trazem em relação à organização, pode-se citar que

> A tecnologia dá ao advogado uma gama de possibilidades, desde mapeamento e quantificação de passivos judiciais para correto contingenciamento ou, ainda, comparativo do comportamento deste passivo a entendimentos jurisprudenciais separados por região ou comarca, até cálculos estatísticos sofisticados elaborados via programação, para identificar a probabilidade de êxito de uma determinada demanda, considerando as provas e documentos que corroboram as teses de defesa do caso concreto (BARBOSA, 2020).

E são diversas as possibilidades e contribuições desses métodos modernos de interação de informações através da inteligência artificial.

3. Quem tem acesso aos meios digitais?

O Brasil é um país de grande extensão territorial, muita diversidade, mas também de enorme desigualdade. No que tange os meios digitais não é diferente. O acesso à *internet* está intimamente ligado às questões econômicas, sociais e também regionais do país, assim inúmeras pessoas de determinados grupos sociais, sem condições econômicas não podem acessar plataformas digitais, como também regiões menos desenvolvidas não possuem uma boa cobertura digital que possibilite a navegação nas redes sociais e demais programas e sistemas disponíveis.

Em matéria feita por Martha Raquel (2020), com dados de pesquisa feita pelo Centro Regional e Estudos para Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic), ela esclarece que tratando-se de grau de instrução, cerca de 23% da população analfabeta ou que frequenta o ensino infantil tem acesso à *internet*; entre as pessoas com 60 anos ou mais somente quatro a cada dez acessam as redes digitais; em relação a renda, entre os mais pobres apenas seis a cada dez utilizam *internet*; e ainda, sobre a população que moram na zona rural, a taxa de acesso é de apenas 53% das pessoas.

Os fatos apresentados caracterizam grandes danos para essas pessoas que viverão atrasadas no âmbito tecnológico em relação a outras que possuem amplo acesso. Durante a pandemia com diversos serviços restritos a esses meios, várias pessoas foram prejudicadas, e inclusive as crianças e adolescentes, uma vez que a maioria das aulas eram transmitidas por plataformas digitais. A falta de *internet* somado a necessidade de acesso foi, inclusive, matéria do Fantástico, programa de televisão, que mostrou o jovem Arthur Mesquita de 15 anos do estado do Pará subindo em uma árvore para melhorar o sinal de *internet* para assim assistir a aula.

É preocupante, pois deveria existir uma democratização, uma interação para que todos pudessem participar do avanço tecnológico. No setor jurídico, isso caracteriza um prejuízo que abrange direitos que deixam de ser atendidos, porque não há a oportunidade para fazerem parte da sociedade digital. As pessoas que têm acesso pleno já são aquelas que possuem bons recursos econômicos, que sempre tiveram seus direitos garantidos por conta da classe social. E isso ressalta ainda mais as desigualdades e discriminações existentes.

Conclusão

Diante de todo o avanço tecnológico, das situações atuais que demandam cada vez mais agilidade e rapidez das respostas, além da precisão e confiabilidade delas, se confirma a necessidade de atualizar-se e trabalhar de acordo com os meios efetivos disponíveis. Uma vez que, a sociedade avança e os profissionais precisam acompanhá-la.

O trabalho do advogado e dos demais profissionais do Direito, embora priorizem relações pessoais, de contato físico e uma análise mais próxima das pessoas, precisam adaptá-las aos meios digitais a fim de somar os recursos para alcançar melhores resultados de acordo com cada caso.

Com a pandemia e a consequente exigência de soluções, foi por meio da *internet* que uma boa parte das questões adversas foram solucionadas e foi possível promover o acesso aos direitos da população bem com uma eventual restituição daqueles que foram prejudicados. Isso também faz com que os profissionais avaliem e desenvolvam mais formas de adaptar mais mecanismos para a realidade de seus interesses profissionais.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de Novembro de 2012.** Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 03 de Jul. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de Agosto De 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 11 de Jul. de 2021.

BARBOSA, Felipe Carrijo. **Tecnologia e a advocacia contemporânea.** É notório que a advocacia mudou e a tecnologia contribui para que o advogado se adapte a essas novas necessidades. Jota.Info, Opinião e Análise, 02 de Jul. de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tecnologia-e-a-advocacia-contemporanea-02072020>. Acesso em 03 de Jul. de 2021.

GOVERNO FEDERAL. **Mais de 1,8 mil serviços públicos podem ser acessados sem sair de casa.** A carteira de trabalho, carteira de trânsito e certificado internacional de vacinação e profilaxia estão entre os serviços mais acessados. Publicado em: 17 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/03/mais-de-1-8-mil-servicos-publicos-podem-ser-acessados-sem-sair-de-casa>. Acesso em: 21 de Jun. de 2021.

HERCULANO, Lenir Camimura. **Automação traz celeridade para a tramitação de processos judiciais.** Conselho Nacional de Justiça. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/automacao-traz-celeridade-para-a-tramitacao-de-processos-judiciais/>. Acesso em: 09 de Jul. de 2021.

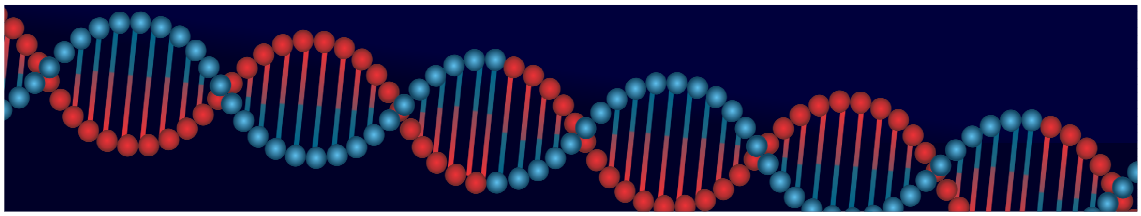
IBGE – Instituto Brasileiro de geografia e Estatística. **Uso De *Internet,* Televisão E Celular No Brasil.** IBGE Educa, [s.d.]. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-*internet*-televisao-e-celular-no-brasil.html>. Acesso em: 21 de Jun. de 2021.

Jovem sobe no alto de árvore para melhorar sinal de internet e assistir aulas no Pará. **Fantástico,** 21 de Mar. de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/03/21/jovem-sobe-no-alto-de-arvore-para-melhorar-sinal-de-internet-e-assistir-aulas-no-para.ghtml>. Acesso em: 08 de Jul. de 2021.

MELLO, Daniel. **Home office foi adotado por 46% das empresas durante a pandemia.** Segundo pesquisa, 67% tiveram dificuldades no início do teletrabalho. Agência Brasil, 28 de Jul. de 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-07/home-office-foi-adotado-por-46-das-empresas-durante-pandemia>. Acesso em: 21 de Junho de 2021.

SALMERÓN, Miriam Guardiola; ZAMORA, Manuel. **10 tecnologías que cambiarán la Abogacía.** Las 10 tecnologías disruptivas que cambiarán nuestra forma de entender la Abogacía: nuevos retos y desafíos jurídicos. Disponível em: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-nuevas-tecnologias/10-tecnologias-que-cambiaran-la-abogacia/>. Acesso em 26 de Jun. de 2021.

RAQUEL, Martha. **Quem são as pessoas que não têm acesso à *internet* no Brasil?** Uma a cada cinco pessoas não tem *internet* própria e compartilha rede do vizinho. **Brasil de fato.** Salvador – BA, 2020. Disponível em < https://www.brasildefato.com.br/2020/08/10/quem-sao-as-pessoas-que-nao-tem-acesso-a-*internet*-no-brasil>. Acesso em: 09 de Jul. de 2021.



OS LIMITES DO PODER DE POLÍCIA: O DIREITO DE IR E VIR NA PANDEMIA DE COVID-19

*Teófilo Jeremias da Silva Costa**
*Cinthia Hellen Soares de Barros***

Resumo: Há uma forte discussão, no ordenamento jurídico brasileiro, sobre os limites da sujeição dos interesses individuais em prol dos interesses coletivos. Diante disso, o presente artigo propõe a análise dos limites do Poder de Polícia frente ao direito de ir e vir durante a pandemia de Covid-19. Considerando isso, o texto aborda a importância de se discutir tais limites como uma forma de combater o autoritarismo e o desvio de poder. O trabalho utiliza a abordagem dedutiva, partindo do conceito geral de Poder de Polícia para o caso específico de sua limitação relacionado ao direito de ir e vir durante a pandemia. Pode-se dizer que se trata de um artigo básico e não se propõe mudar a realidade. Como técnica de pesquisa foi utilizada a revisão bibliográfica. O artigo está estruturado em três eixos, nos quais abordam, respectivamente, o Poder de Polícia, suas características, meios de atuação e seus limites no plano teórico e prático, discutindo como estes funcionaram durante a pandemia. O Poder de Polícia é limitado, principalmente, pela lei e pelos princípios constitucionais, não sendo diferente durante a pandemia de Covid-19. Nesse contexto, tais delineamentos estão fixados na Lei n° 13.979 de 2020, a partir dos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da preponderância do interesse público em detrimento do privado. No decorrer da pesquisa constatou-se uma preocupação com possíveis atos autoritários, o que não ficou

* Graduando em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Membro do Grupo de Estudos em Direitos Humanos Fundamentais (GEDHUF), coordenado pelo Professor Me. Cristovão Teixeira Rodrigues Silva. E-mail: teofilo.costa@urca.br

** Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). E-mail: cinthiahellen.soares@urca.br

constatado dada a observância das normas jurídicas no uso de medidas sanitárias mais restritivas pelo Poder de Polícia e pela Administração Pública.

Palavras-chave: Poder de Polícia; Limitações; Direito de ir e vir; Lei n° 13.979/2020; Covid-19

Abstract: There is a strong discussion, in the Brazilian legal system, about the limits of the subjection of individual interests in favor of collective interests. Therefore, this article proposes an analysis of the limits of Police Power in relation to the right to freedom of movement during the Covid-19 pandemic. Considering this, the text addresses the importance of discussing such limits to fight authoritarianism and the misuse of power. The paper uses a deductive approach, starting from the general concept of Police Power for the specific case of its limitation related to the right to freedom of movement during the pandemic. It can be said that this is a basic article and does not intend to change reality. The bibliographic review was used as a research technique. The article is structured in three axes, which respectively address the Police Power, its characteristics, means of action, and its limits in theoretical and practical terms, discussing how these worked during the pandemic. Police Power is mainly limited by law and constitutional principles, not being different during the Covid-19 pandemic. In this context, such outlines are established in Law No. 13,979 of 2020, based on the principles of legality, proportionality, and the preponderance of the public interest over the private one. During the research, a concern with possible authoritarian acts was found, which was not verified given the observance of legal norms in the use of more restrictive sanitary measures by the Police Power and the Public Administration.

Keywords: Police Power; Limitations; Right to freedom of movement; Law No. 13.979/2020; Covid-19

Introdução

No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se havido fortes querelas acerca dos limites da submissão dos interesses individuais em benefício dos interesses coletivos. Assim, o presente trabalho parte da necessidade de se estudar os limites do Poder de

Polícia frente o direito de ir e vir durante a pandemia de Covid-19. Nesse sentido, o texto versa sobre importância de se discutir tais limites como uma forma de combater o autoritarismo e o desvio de poder.

A metodologia do artigo tomou como base uma abordagem dedutiva, pois parte de um conceito geral, que é o Poder de Polícia, e foi até o caso concreto, que são os seus limites frente o direito de ir e vir durante a pandemia de Covid-19. Trata-se de um artigo básico, no qual a proposta é uma análise e diagnóstico da realidade. O artigo usa também da ferramenta de revisão bibliográfica, se baseando nisso para construir a sua argumentação.

Quanto à divisão, o artigo foi estruturado em três tópicos de apresentação. O primeiro, esmiuça o conceito de Poder de Polícia como instituto do direito administrativo, apresentando seu conceito legal, aspectos, características e meios de atuação. O segundo, elenca as limitações do Poder de Polícia em espécie e como o direito de ir e vir sofre limitação quando confrontado com outros direitos fundamentais. Por fim, analisa como o Poder de Polícia foi limitado no campo prático, durante a pandemia de Covid-19 e sua submissão quanto ao direito de ir e vir.

A pandemia de Covid-19 evidenciou a importância de tratar os limites do Poder de Polícia não só no campo teórico, mas também em casos concretos. Diante disso, faz-se necessária uma discussão sobre a legalidade deste poder em tempos de emergência e de como ele deve ser usado para que não fustigue os direitos fundamentais, uma vez que os últimos não podem ter seu conteúdo esvaziado em detrimento das restrições impostas pelo Poder de Polícia.

1. O poder de polícia no ordenamento jurídico: Aspectos gerais

O Poder de Polícia é um instituto do Direito Administrativo e o seu uso, conceito e meios de atuação começaram a serem debatidos, com maior frequência, durante a pandemia. Essa recorrência se deu pelo constante uso nos atos administrativos que procuravam controlá-la. Seu conceito foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional:

> *Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (BRASIL, 1966)*

Di Pietro (2020), partindo do princípio da legalidade, afirma que o Poder de Polícia se reparte entre o Poder Legislativo e Poder Executivo, isso se dá graças ao sistema de freios e contrapesos. O Poder Legislativo, nesse sistema, é o responsável pela criação das leis, enquanto o Poder Executivo é o responsável por aplicá-las, dessa forma, o Legislativo cria as normas que fundamentam e limitam o uso do Poder de Polícia, enquanto o Executivo aplica tais normas em casos concretos.

Essa repartição entre poderes desemboca em dois tipos diferentes de atuação. O primeiro meio de atuação do Poder de Polícia é o chamado ato normativo, ele se encontra na esfera legislativa, o principal ato normativo é a lei, por meio dela são criadas, segundo Di Pietro (2020, n.p.) "limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação", também é por meio da lei, continua a autora, que "são definidas as infrações administrativas e respectivas sanções". O segundo meio de atuação do Poder de Polícia é por meio dos chamados atos administrativos, é a aplicação da lei em casos concretos, compreende medidas preventivas e repressivas e tem por finalidade coagir e coibir os indivíduos a não praticarem atividades lesivas ao Estado ou a terceiros.

O Poder de Polícia tem como principais características a discricionariedade, a autoexecutoriedade, a coercibilidade e a indelegabilidade. A discricionariedade está baseada no princípio da legalidade e sustenta que todo o exercício deste poder tem como fundamento e cláusula de limitação a lei, é o que informa o inciso II, art. 5, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

A autoexecutoriedade está atrelada a situações de urgência que se prevê prejuízo

para o interesse público, nesses casos, a administração pública pode adotar, independente de autorização judicial, as medidas coativas necessárias. O fato dessas medidas serem tomadas em situações de urgência não impede uma posterior apreciação por parte do Poder Judiciário. A coercibilidade decorre da autoexecutoriedade e se fundamenta no princípio da exigibilidade, onde o Estado pode impor obrigações a terceiros. Por último, a indelegabilidade, onde o exercício do Poder de Polícia não pode ser delegado à iniciativa privada, por se tratar de atividade típica do Estado.

2. O poder de polícia frente o direito de ir e vir no Brasil

Direito, do ponto de vista subjetivo, é a faculdade que um indivíduo tem de agir dentro das regras impostas pelo Estado, é também o poder dado aos cidadãos para cobrar o cumprimento de seus direitos (NOVA, 2004). Esse conceito engloba a ideia de limites e garantias, tira-se então a lição de que tudo que é garantido pode ser limitado e de que nenhuma limitação pode acabar com uma garantia.

Não é diferente com o Poder de Polícia, que, ao limitar direitos fundamentais, deve observar a razoabilidade da subordinação do interesse privado em prol do interesse público (MOURA, 2020). Devido ao fato de o direito administrativo ter uma relação intrínseca com a legalidade, a medida de polícia, assim como todo ato administrativo, possui limitações determinadas por lei, referindo-se à competência, à forma, aos fins, os motivos ou objeto de sua atuação.

Os fins do Poder de Polícia dependem do caso concreto, mas, de maneira geral, buscam resguardar sempre o interesse público, dessa forma, suas limitações estão sempre ligadas aos casos em que existe desvio de poder, devido, na maioria das vezes, ao afastamento da finalidade pública. Com relação a competência e o procedimento, faz-se necessária a observância das normas legais. Quanto ao objeto, as limitações podem ocorrer mesmo quando a lei deixar espaço para escolha da autoridade, uma vez que o Poder de Polícia não deve ultrapassar determinados limites, a fim de fazer cumprir o interesse público. É importante ressaltar que o Poder de Polícia não busca a destruição dos direitos individuais, ele na verdade assegura o seu exercício, só limitando-o quando em conflito com os interesses coletivos, porém nunca os reduzindo a uma total ineficácia (DI PIETRO, 2020).

O Poder de Polícia pode ser vinculado ou discricionário, ele é vinculado quando a lei não deixa margem para escolha do administrador, entendendo-se que o legislador já apreciou os aspectos referentes à oportunidade, conveniência, interesse público e equidade (DI PIETRO, 2020). Já no discricionário, a lei permite escolha diante de alternativas no caso concreto, onde a análise dos aspectos anteriormente citados (competência, forma, fins, motivos e objeto) fica a cargo do administrador. Trata-se, portanto, de uma liberdade limitada por lei.

O direito de ir e vir está relacionado não só com à liberdade de locomoção propriamente dita, como também com a de circulação, positivada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, inciso XV, expressando 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." (BRASIL, 1988). Porém, o direito de locomoção pode ser restringido mesmo em tempo de paz, é o que entende o Supremo Tribunal Federal em sede de Habeas Corpus (BRASIL, 2008), onde afirma o caráter não absoluto desse direito. Dessa forma, no caso concreto deve ser feita uma ponderação analisando os direitos em conflito, podendo o direito de ir e vir submeter-se a outro, desde que a situação exija.

Ao limitar o direito de ir e vir em benefício do interesse público, o Poder de Polícia não pode restringi-lo totalmente, uma vez que a própria Constituição Federal reserva proteção para os direitos e garantias individuais em uma de suas cláusulas pétreas, art. 60, §4, inciso IV. Portanto, o exercício do Poder de Polícia não pode restringir um direito individual ao ponto de torná-lo inexistente. No caso do direito de ir e vir, as pessoas não podem ser simplesmente impedidas de se locomover e circular em definitivo, pois uma restrição dessa natureza implicaria no exaurimento deste direito e total submissão perante o poder público.

3. Limites do poder de polícia frente o direito de ir e vir durante a pandemia de Covid-19 no Brasil

A Covid-19, nome popular do vírus Sars-CoV-2, desencadeia uma grave pneumonia em seus infetados. O vírus teve seus primeiros casos notificados em meados de dezembro do ano de 2019, na cidade de Wuhan, China. Três meses após esses

primeiros casos, no dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a considerar a então epidemia de Covid-19 como uma pandemia, ou seja, uma ameaça global (ROMANO, 2021).

Apesar de não ser um vírus altamente letal, matando cerca de 2% (dois porcento) da população infectada (LEDO, 2021), o vírus possui uma alta taxa de hospitalização, chegando ao ponto de que 15% (quinze porcento) dos infectados necessitassem de internação clínica (SCHIRATO; SCHIRATO, 2020). Essa alta taxa de internados foi o que elevou o alerta por parte das autoridades sanitárias, que precisaram buscar soluções para evitar um colapso do sistema de saúde e mortes por negligência.

O cenário caótico da pandemia de COVID-19 levou os Estados e a administração pública a fazerem escolhas. Três caminhos de atuação figuraram-se: a primeira alternativa era simplesmente não fazer nada, apoiando a chamada imunidade de rebanho, a segunda alternativa era chamada de isolamento vertical, e consistia no isolamento apenas das pessoas que se enquadrassem em algum grupo de risco, a terceira e última alternativa era o isolamento social obrigatório. A alternativa seguida pelo Congresso Nacional foi a terceira, com a implementação da Lei nº 13.979 de 2020, tal opção também foi acompanhada pela maioria dos entes sanitários nas esferas estaduais e municipais, contabilizando apenas uma minoria que se recusou a seguir tal alternativa.

Das três opções, o isolamento social obrigatório era a que mais intervia no direito de ir e vir, tinha como fundamento manter as pessoas em casa, impedindo dessa forma a disseminação do vírus e uma possível superlotação do sistema de saúde. A Lei n° 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020), apelidada de lei federal da pandemia, trouxe em seu art. 3° medidas de Poder de Polícia que interviam em uma série de direitos ligados a liberdade, entre elas a de ir e vir. As intervenções no direito de ir e vir acontecem nos incisos I, II e VI do artigo 3° e são elas respectivamente: isolamento, quarentena e restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, seja na entrada e saída do país ou na locomoção interestadual e intermunicipal.

O isolamento social, principal medida para conter a pandemia, foi conceituado no art. 2°, inciso I, da Lei n° 13.979 de 2020: “isolamento: separação de pessoas doentes

ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias, ou encomendas postas afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus" (BRASIL, 2020).

É importante diferenciar isolamento social de *lockdown.* Isolamento, como a lei informa, é apenas a separação de pessoas doentes e contaminadas do convívio social, já o *lockdown* é a forma de limitação mais intensa do direito de ir e vir. De modo geral, a palavra de origem inglesa é usada para expressar uma situação na qual as pessoas estariam impedidas de se deslocar livremente em uma área devido a uma emergência (GARCEL; SOUZA NETTO, 2020).

No caso da pandemia, essa restrição de locomoção justifica-se pela necessidade de impedir a propagação do vírus, entre as medidas pode-se citar o fechamento de fronteiras nacionais, limitação do número de pessoas em espaços públicos, bem como o fechamento de lojas, restaurantes e instituições de ensino. Apesar de ser a medida mais radical imposta pelos governos, *o lockdown*, também chamado de confinamento ou fechamento total, permite flexibilizações, por exemplo a manutenção dos conhecidos serviços essenciais como a compra de alimentos e remédios.

Apesar do grave caos sanitário e da necessidade da supressão do interesse individual em detrimento do interesse coletivo, o Poder de Polícia não pode, de forma alguma, superar algumas limitações. Vermeule (*apud* RIQUETI; REUPKE, 2020) diz que o direito administrativo conterá inevitavelmente buracos negros e buracos cinzentos, entende-se os buracos negros como lacunas, ou seja, espaços em branco na lei sobre determinados temas, e buracos cinzentos, que são as antinomias, ou seja, áreas embaçadas ou conflituosas da lei. Por conta destes buracos, pode o aplicador de tal poder se valer de brechas no ordenamento jurídico para cometer injustiças e atos autoritários, desta forma é essencial que se observe o que é ou não razoável, seguindo assim a Constituição.

De maneira geral o Poder de Polícia é limitado, não só pela legislação infraconstitucional, mas também é limitado pela própria Constituição. Pela legislação infraconstitucional, o Poder de Polícia pode ser controlado de forma total, no caso de ser vinculado, ou pode ser controlado de forma parcial, subsistindo, dessa forma, a

discricionariedade, onde o gestor pode escolher entre uma série de alternativas limitadas qual é a melhor para o caso concreto. Pela Constituição, o Poder de Polícia é controlado por meio do princípio da proporcionalidade, que observa por sua vez três subprincípios, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (DI PIETRO, 2020). A limitação dada pela lei não exclui o uso da proporcionalidade devendo subsistir as duas.

A proporcionalidade, como vista anteriormente, possui três subprincípios, a adequação, que diz que o ato de Poder de Polícia deve efetivamente atingir o objetivo pretendido, a necessidade, que analisará se o ato de Poder de Polícia é entre todos os outros existentes o menos restritivo, e a proporcionalidade em sentido estrito, que proporcionará uma conformidade entre os fins e os meios tomados.

Com base nisso, pode-se fazer três perguntas em relação ao caso concreto: o ato de Poder de Polícia, *lockdown*, que está sendo usado é realmente adequado para promover os direitos coletivos (direito à vida e direito à saúde)? (Adequação). É necessário usar o *lockdown*, ou há outra solução menos invasiva ao direito de ir e vir e as liberdades individuais? (Necessidade). O Direito à saúde e à vida é tão importante ao ponto de justificar o uso do *lockdown*? (Proporcionalidade em sentido estrito).

O *lockdown* é realmente o meio adequado para promover os direitos à vida e à saúde, pois manter as pessoas isoladas diminuiu a infecção e posteriormente a internação, diminuindo assim o número de mortes. Também é o meio mais eficaz e menos invasivo para assegurar tais direitos, pois medidas menos restritivas que o *lockdown* não foram capazes de conter a doença, dessa forma, sua intervenção no direito de ir e vir é justificada. Por último, ele também foi proporcional em sentido estrito, já que o direito à vida e à saúde, são, nesse contexto pandêmico, mais necessários de proteção que o direito de ir e vir.

O uso do Poder de Polícia na forma de *lockdown*, como apresentado, é limitado, e deve ser proporcional, desta forma o mesmo deve seguir a lei, mais especificamente a Lei n° 13.979 de 2020, além disso, Riquete e Reupke (2020) desenvolvem uma série de outras limitações que o Poder de Polícia deve seguir em casos concretos sendo eles a excepcionalidade do perigo, seja atual ou iminente, caráter transitório, boa-fé das

autoridades, direitos ou interesses a preservar, sujeição a mecanismo de controle e prestação de contas. Tais limitações não são definitivas e devem variar de caso em caso, ademais, todos atos de Poder de Polícia devem sempre se sujeitar a uma possível análise posterior por parte do Poder Judiciário, onde serão julgadas possíveis irregularidades e desvios ou abusos de poder.

Conclusão

Enxergar os limites do Poder de Polícia em casos concretos não é fácil e isso não foi diferente durante a pandemia de Covid-19. Com a análise preliminar do conceito de Poder de Polícia e de como este está estruturado no ordenamento jurídico brasileiro, foi possível, por meio da análise crítica de suas características e meios de atuação entender os seus limites. Conhecendo agora esses limites, fez-se um estudo de como estes funcionaram na prática durante a pandemia.

Os limites do Poder de Polícia são *a priori* dois, a lei e os princípios constitucionais. Pela lei o Poder de Polícia é limitado quanto à competência, à forma, aos motivos, fins e objetos, podendo ter caráter vinculado, quando a lei não deixa alternativas para a escolha do administrador, ou discricionário, quando a lei deixa margem para apreciação. Na pandemia de Covid-19 o Poder de Polícia foi limitado pela Lei nº 13.979 de 2020, que definiu sua atuação, e lhe serviu de fundamento.

Pelos princípios constitucionais, o Poder de Polícia é limitado pelo uso do instrumento da proporcionalidade que tem como critérios a adequação, que define que o intérprete deve fazer uso do meio mais apropriado para atingir o fim estabelecido; a necessidade que determina que esse meio deve ser o menos gravoso para o exercício do direito; e por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, onde os prejuízos decorrentes da decisão devem ser menores que os benefícios dela resultantes.

Há, no Brasil, uma preocupação quanto ao regresso do absolutismo, tal preocupação mostra-se infundada tendo em vista que o uso do Poder de Polícia na imposição de medidas sanitárias mais restritivas seguiu à risca a lei nº 13.979 de 2020 e os princípios constitucionais da legalidade e da predominância do interesse público. A

discussão acerca do tema não terminou, haja vista que a pandemia ainda não cessou no Brasil.

Apesar de ser um tema novo e com poucos estudos aprofundados na área, o artigo conseguiu satisfatoriamente situar o Poder de Polícia no ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvendo seus limites e sua atuação no caso concreto e de como este se submeteu ao direito de ir e vir. A maior dificuldade da pesquisa foi a ausência de decisões jurisprudenciais que confirmassem a proporcionalidade do uso do Poder de Polícia em sede de transitado em julgado dado o caráter recente de tais processos. Não obstante, é importante discorrer sobre o tema mesmo que partindo de conceitos teóricos e da própria lei.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília, DF, 1966.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **LEI N° 13.979**. Brasília, 2020. Disponível em: https://tinyurl.com/3t29v7nc. Acesso em: 13 de jul. de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 94147**. Partes: João Carlos Ferreira L. de Souza e Eduardo Corrêa D. de Almeida. Relator: Ministra Ellen Gracie. Rio de Janeiro, 27 de maio de 2008. Disponível em: https://tinyurl.com/82zzexe5. Acesso em: 10 jul. 2021

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33 ed. Versão Digital. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, José. Do “stay home” ao “lockdown” o impacto das medidas de distanciamento no Brasil e no mundo. **Revista de Teoria da Democracia e Direitos Políticos**. V.6, n.2, p. 98-118, jul./dez. 2020. Disponível em: https://tinyurl.com/6z3f4bwh. Acesso em: 10 de jul. 2021

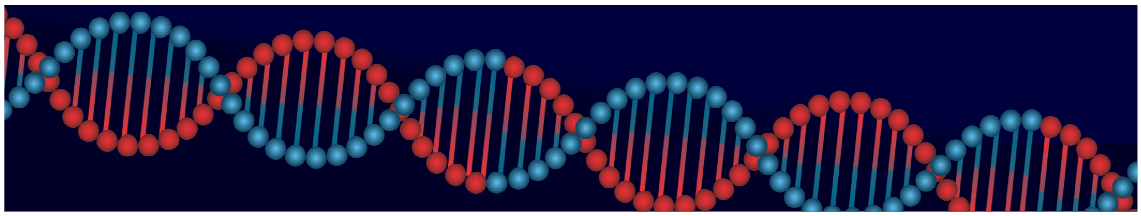
LEDO, Maria Eduarda. Taxa de mortalidade do Coronavírus pode ser inferior a 2%. **Instituto D’or**. 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/z8xwx2hx. Acesso em: 11 de jul. de 2021

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Limites do Exercício do poder de polícia à luz dos direitos fundamentais: análise das medidas restritivas adotadas durante a pandemia do covid-19. **Revista Estudos Institucionais**. V.6, n.4, p. 935-952, set./dez. 2020. Disponível em https://tinyurl.com/ymx6pd7p. Acesso em: 12 de jul. 2021.

NOVA, Felipe d'Oliveira Vila. Considerações gerais acerca do direito subjetivo. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: https://jus.com.br/artigos /6004. Acesso em: 20 jul. 2021.
RIQUETI, Guilherme; REUPKE, Erika. Intervenção do poder de polícia nos direitos fundamentais: direito de ir e vir em tempos de pandemia. **Revista da ESMESC**. Florianópolis, v. 27, n. 33, p. 287-314, 2020. Disponível em: https://tinyurl.com/y26kk9p8. Acesso em: 13 de jul. de 2021.

ROMANO, Rogério Tadeu. O caos sanitário e o exercício do poder de polícia. **JUS**. 2021. Disponível em: https://tinyurl.com/nrw75r8x. Acesso em: 11 de jul. de 2021

SCHIRATO, Vitor; SCHIRATO, Sérgio. Poder de polícia em tempos de pandemia: proporcionalidade nas restrições impostas ao direito de ir e vir? Uma abordagem interdisciplinar. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. São Paulo, v.4, n. 14, p.1-16, jul. 2020. Disponível em: https://tinyurl.com/4kadmdhn. Acesso em 10 de jul. de 2021.



OS REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE MÃO DE OBRA EXCLUSIVA

*Robson Gomes**

Resumo: Com este trabalho, objetiva-se conceituar e caracterizar os contratos administrativos, com um ligeiro destaque às cláusulas necessárias do instrumento pactuado, para, em seguida, expor a sua mutabilidade diante das circunstâncias vivenciadas ao longo da sua execução. Será demonstrado, a partir disso, que os contratos firmados pela Administração Pública devem se ajustar à realidade atual, de modo a não comprometer a saúde financeira das partes contratantes, especialmente das empresas contratadas. Logo após, diante da decretação da situação de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, serão apresentadas algumas medidas tomadas pelo Poder Público com o intuito de promover o reequilíbrio da balança contratual, a exemplo da Medida Provisória nº 1.046/2021. É válido concluir que o estudo a seguir é fruto eminentemente de uma pesquisa bibliográfica, com uma finalidade qualitativa, visto que tem por supedâneo uma análise crítica das informações contidas em livros e sítios eletrônicos facilmente acessíveis.

Palavras-chave: Contratos Administrativos, Supremacia do Interesse Público, Mutabilidade, Covid-19.

Abstract: This paper aims to conceptualize and characterize the administrative contracts, with a slight emphasis on the necessary clauses of the agreed instrument, to then expose its mutability in light of the circumstances experienced during its execution.

* Especialista em Direito Constitucional pela URCA, Servidor Público do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará, robson.jus@outlook.com.br

From this, it will be demonstrated that the Contracts signed by the Public Administration must adjust to the current reality, so as not to compromise the financial health of the contracting parties, especially the contracted companies. Soon after, given the decree of the situation of public calamity resulting from the Covid-19 pandemic, some measures taken by the Government will be presented in order to promote the rebalancing of the contractual balance, such as Provisional Measure nº 1.046/2021. It is valid to conclude that the following study is the result of an eminently bibliographic research, with a qualitative purpose, since it has as its substitute a critical analysis of the information contained in easily accessible books and websites.

Keywords: Administrative Contracts. Supremacy of Public Interest. Mutability. Covid-19.

Introdução

A priori é cabível afirmar que a Administração Pública possui missões institucionais a serem cumpridas, seja o direito à educação, seja o direito à saúde, ou ainda qualquer outra prerrogativa de ordem constitucional. Para alcançar essa finalidade, os entes públicos necessitam de suporte às suas atividades, cuja concretização pode se dar com a contratação de fornecedores ou prestadores de serviços para a realização de suas carências essenciais (limpeza, vigilância patrimonial, etc.).

Por esse motivo, nas seções seguintes, são apresentadas reflexões acerca dos contratos estabelecidos entre a Administração Pública e o setor privado, do interesse público frente ao interesse privado e de como faz-se necessário, sempre que possível, estabelecer um equilíbrio nesses contratos a fim de permitir que as empresas contratadas consigam atender às demandas definidas previamente nos instrumentos contratuais e editalícios.

Esse cenário contratual será lido sob a perspectiva decorrente da pandemia da Covid-19, que inegavelmente impôs uma nova ordem de coisas para todo o mundo e que acabou por refletir mediata ou imediatamente nos contratos administrativos firmados pelo Poder Público.

1. Contrato Administrativo

O Poder Público, para o desempenho de suas atividades, necessita do auxílio de empresas que serão responsáveis pela entrega de um bem específico ou a prestação de um determinado serviço. Essa parceria se concretizará por meio do processo licitatório para a escolha justa e isonômica do fornecedor.

Reforça essa concepção Mazza (2012) ao afirmar que a Administração Pública firma diversas relações jurídicas com particulares. Quando tais conexões têm natureza contratual e são submetidas aos princípios e às normas do Direito Administrativo, estar-se-á diante de contratos administrativos. Inclusive, de acordo com Justen Filho (2016, p. 506-507),

> Existe uma definição legal ampla contida no art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, estabelecendo que se considera "contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada". Prefere-se definir contrato administrativo, em sentido amplo, como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 506-507).

Convém pontuar que existem os contratos administrativos e os contratos privados da Administração. Os primeiros são regidos pela verticalidade pelo fato de que eles gozam de prerrogativas (cláusulas) exorbitantes durante a execução do instrumento; já os últimos são orientados pela horizontalidade uma vez que as partes, contratante e contratada, encontram-se em igualdade de condições. Di Pietro (2020), nesse ponto, discorre que nos contratos administrativos a Administração se vale do seu poder de império.

Quanto aos contratos administrativos, especificamente, apesar de a Administração ter a prevalência na relação contratual, considera-se a contratação um ato bilateral, pois é necessária a anuência da contratada, não sendo um ato deliberadamente imposto pelo Poder Público. Ao concordar com as cláusulas contratuais, a empresa sujeita-se a todas as obrigações contidas nos documentos da licitação (termo de referência ou projeto básico, edital de licitação, instrumentos de avaliação dos serviços, contrato em si, etc.).

Entre essas obrigações, destaca-se a prestação de garantia por parte da contratada com a finalidade de resguardar a Administração Pública em caso de eventuais prejuízos ao erário durante a execução do serviço, podendo ser de até 5% do valor do contrato, conforme dispõe o art. 56, § 2º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Ademais, a empresa submete-se às possíveis sanções administrativas em caso de descumprimento parcial ou total das cláusulas previamente estabelecidas no instrumento contratual, segundo preconiza o art. 87 e seguintes, da Lei nº 8.666/1993.

Pontue-se também que a própria Lei nº 8.666/1993 arrola requisitos e exigências para a escorreita formalização do instrumento contratual, preocupando-se, inclusive, com as cláusulas necessárias a constarem do acordo. Já foram rapidamente apresentadas duas no parágrafo anterior (a prestação da garantia contratual e as sanções/penalidades administrativas aplicáveis às contratadas), sendo, nas próximas linhas, discutidas maiores considerações sobre o referido ponto.

1.1. Cláusulas necessárias ao Contrato Administrativo

A Lei nº 8.666 elenca em seu art. 55 as cláusulas necessárias ao contrato administrativo. Dentre elas, destacam-se o objeto contratual e os elementos que o caracterizem. Essa descrição integral do objeto do contrato faz-se indispensável, pois orienta o que a empresa contratada deve oferecer e não permite que objetos alheios à contratação sejam entregues à Administração Pública.

Além disso, o art. 61 da Lei nº 8.666/93 traz que todo contrato administrativo deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a obediência dos contratantes às normas estabelecidas na lei e às cláusulas contratuais.

É importante destacar que essas cláusulas são obrigatórias ao contrato administrativo, visto que elas proporcionam transparência ao procedimento da contratação. O art. 61, da já citada lei, no seu parágrafo único, ratifica essa transparência ao impor a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na

imprensa oficial como condição indispensável para sua eficácia (princípio da publicidade - art. 37, *caput*, da CF/1988).

1.2. Preservação do interesse público e reequilíbrio das relações contratuais

A Administração Pública, por meio das diversas normas que norteiam a estrutura e o funcionamento dos seus órgãos, define as diretrizes de como se estabelecerá as relações seja com os entes públicos, seja com o setor privado. É buscando delimitar o funcionamento dessas relações que a Administração manifesta sua autoridade perante as diversas entidades que compõem o esqueleto do Estado.

A imposição da Administração Pública quanto à aplicação do seu interesse em detrimento do interesse privado emerge fundamentalmente da necessidade de se atender ao bem-estar da coletividade. De acordo com Di Pietro (2020, p. 221) o princípio da Supremacia do Interesse Público "está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação."

Ainda, nesse sentido, é possível observar a aplicação desse princípio em variados ramos do direito que norteiam a execução das atividades da Administração Pública. No Direito Administrativo, mais especificamente na legislação relacionada a contratos administrativos, é evidente a prevalência do interesse público sobre o privado quando da instituição das denominadas cláusulas exorbitantes, como reza o art. 58, da Lei nº 8.666/1993.

Outro exemplo, que merece destaque, trata-se da designação por parte da Administração quanto a representante para acompanhamento da execução do contrato. De acordo com Oliveira (2020, p. 289)

> No exercício da fiscalização, o representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando, se for o caso, a regularização das faltas ou defeitos observados (art. 67, § 1.º, da Lei). Quando as decisões e providências escaparem da competência do fiscal, elas deverão ser solicitadas aos superiores (art. 67, § 2.º, da Lei) (OLIVEIRA, 2020, p. 289).

Cabe ressaltar que a atuação desse representante se dará nos limites impostos pela legislação vigente e nas instruções normativas elaboradas pelos órgãos e entidades públicas. Tais documentos visam nortear a prática das atividades de fiscalização e de gestão de contrato, delimitando a margem de atuação desse profissional perante a relação contratual firmada entre Administração Pública e o particular.

1.2.1. Do equilíbrio do contrato

Ao passo em que na legislação possa predominar diretrizes sancionadoras do poder estatal sobre as instituições privadas, há também normas que visam estabelecer um equilíbrio nessa relação. Isso se dá, sobretudo, no interesse da Administração quando da aquisição de bens ou serviços advindos do setor privado e direcionados a atender o funcionamento do ente público e, consequentemente, ao interesse da coletividade.

É nesse contexto que Di Pietro (2020, p. 131) traz à luz dessa reflexão o princípio da razoabilidade sobre o qual a autora afirma:

> Isto não implica negar o princípio da supremacia do interesse público. Na realidade, a razoabilidade ou proporcionalidade (como preferem alguns), pressupõe a existência de um interesse público a ser protegido. A razoabilidade exige relação, proporção, adequação entre meios e fins. Quais fins? Os que dizem respeito ao interesse público. (DI PIETRO, 2020, p. 131).

Não obstante a Administração Pública possuir prerrogativas ou privilégios nas suas relações contratuais com o setor privado, é evidente a necessidade de se estabelecer ajustes no transcurso da execução de um contrato administrativo, já que a dinâmica de funcionamento de um órgão ou ente público está atrelado a fatores internos e externos (econômicos, políticos, sociais etc) que, por vez, influenciam direta ou indiretamente no desenvolvimento das atividades institucionais.

Na Lei nº 8.666/1993, ao tratar da seção relacionada à alteração dos contratos, o legislador demonstrou sua preocupação em expor na norma algumas situações que evidenciem a necessidade da Administração Pública da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, conforme descrito no art. 65, inc. II, alínea *d*, da lei supracitada:

> para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do

> equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual (BRASIL, 1993).

A ocorrência das hipóteses mencionadas anteriormente pode trazer imensuráveis prejuízos ao particular e, por conseguinte, suspender a prestação de um serviço, interromper o fornecimento de um bem ou provocar a extinção do contrato pactuado entre as partes. Em todas essas situações, o interesse público será direta ou indiretamente afetado. Assim, é salutar que a Administração descreva em seus instrumentos contratuais (termo de referência, contrato etc.) cláusulas que visem salvaguardar o elo público-privado.

Desse modo, o reequilíbrio contratual torna-se elemento indissociável na relação estabelecida entre o ente público e o particular. Por isso, é relevante que tanto a Administração Pública quanto a empresa contratada mantenha uma constante comunicação a fim de se antecipar, na medida do possível, aos prováveis entraves decorrentes não somente das hipóteses supracitadas, mas também de fatores completamente alheios às partes e que possam interferir no bom andamento da relação contratual.

1.3. Os reflexos da pandemia do coronavírus nos contratos administrativos

A Organização Mundial da Saúde (OMS), no dia 11 de março de 2020, diante da calamidade pública em escala internacional, declarou a situação de pandemia decorrente do contágio da doença causada pelo novo coronavírus (SARS-COV-2). A partir disso, a humanidade precisou se adaptar às restrições sanitárias impostas pelos órgãos e agentes responsáveis para o combate a essa doença, que até o momento ainda ceifa milhares de vidas todos os dias.

A pandemia do novo coronavírus refletiu em todas as relações públicas e privadas, especialmente nos contratos administrativos. Assim, inobstante os instrumentos contratuais firmados pela Administração Pública tenham a prerrogativa das cláusulas exorbitantes, a situação de calamidade pública instaurada exigiu das

entidades públicas um novo olhar para as suas tratativas com as empresas contratadas, especialmente quanto à execução dos serviços terceirizados.

Nesse passo, o Poder Público desenha estratégias para o reequilíbrio das suas relações com o setor privado com a aplicação da Teoria da Imprevisão, especialmente em situações de excepcionalidade, como a pandemia. Ao fazer isso, a Administração Pública encontra-se amparada no princípio da continuidade dos serviços públicos, importante corolário para a preservação do interesse público. Inclusive, Cunha Júnior (2018) assim disserta sobre o princípio em comento:

> É um dever da Administração Pública não só prestar os serviços públicos, mas disponibilizá-los aos administrados continuamente, sem interrupções. Este princípio impede a interrupção na prestação dos serviços públicos, que, enquanto importante e essencial atividade administrativa, não podem sofrer solução de continuidade (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 56).

Pois bem, decorre disso o fato de que o desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos envidado pelo novo coronavírus não compromete somente a saúde financeira das empresas que tenham firmado relações com a Administração Pública, mas também as necessidades institucionais desta. Com efeito, a entidade pública, para bem desempenhar suas atividades em suas dependências, carece, por exemplo, dos serviços de limpeza e conservação, que normalmente são contratados através dos procedimentos licitatórios albergados pela Lei nº 8.666/1993 e também pela Lei nº 10.520/2002.

Por esse motivo, desde o ano de 2020 até o momento, verifica-se que a Administração Pública criou instrumentos normativos com a finalidade de compensar a crise econômica enfrentada pelo setor privado. Para isso, foram publicadas Medidas Provisórias que previram flexibilizações para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, bem como outras ações com a mesma finalidade.

1.3.1. Medidas Trabalhistas para o enfrentamento do Estado de Calamidade Pública

A Medida Provisória (MP) nº 1.046, de 27 de abril de 2021, dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância

internacional decorrente do coronavírus. Trata-se de ações que poderão ser adotadas pelos empregadores com o objetivo de promover a preservação do emprego e a própria sustentabilidade das empresas.

Para isso, o art. 2º da MP nº 1.046/21 arrola como possíveis práticas a serem adotadas: o teletrabalho; a antecipação de férias individuais; a concessão de férias coletivas; o aproveitamento e a antecipação de feriados; o banco de horas; a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho; e o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS (BRASIL, 2021).

Especificamente com relação à postergação do recolhimento do FGTS dos empregados, reza o art. 20 da MP supramencionada que a suspensão da exigibilidade se refere às competências de abril, maio, junho e julho de 2021, com vencimento em maio, junho, julho e agosto de 2021, respectivamente.

Verifica-se, diante disso, uma flexibilização nas normas impostas pela Lei nº 8.036/1990, no que toca especialmente ao prazo para recolhimento do FGTS. Com efeito, referida legislação estipula, como data limite para o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço pelos empregadores, até o dia 07 (sete) de cada mês, senão veja-se:

> Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965 (BRASIL, 1990).

Desse modo, a Administração Pública, em seus contratos administrativos, deve ficar atenta a essa releitura, mesmo que temporária, das obrigações trabalhistas assumidas pelas contratadas, promovida pela MP nº 1.046/21. Inclusive, as entidades públicas necessitam acompanhar o cumprimento posterior das exigências trabalhistas legalmente estabelecidas que, no momento, encontram-se suavizadas, não podendo ser a pandemia do novo coronavírus um subterfúgio para que as empresas ajam de má-fé.

1.3.2. Recomendações para o combate à Covid-19 no âmbito dos Contratos de Prestação de Serviços Terceirizados

No sítio eletrônico do Portal de Compras do Governo Federal, foram publicadas, no dia 11 de agosto de 2020, recomendações para os órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional acerca das atividades dos serviços terceirizados em suas dependências, justamente com a finalidade de evitar a propagação do novo coronavírus.

A partir das recomendações, a título ilustrativo, tem-se que a atuação presencial de serviços terceirizados deve ficar limitada a atender atividades consideradas essenciais pelo órgão ou entidade, em patamar mínimo para a manutenção das atividades, a exemplo de segurança patrimonial e sanitária.

Outra medida trazida pelo Portal recomenda que as entidades públicas procedam a levantamento de quais são os prestadores de serviços que se encontram no grupo de risco (portadores de doenças crônicas, histórico de contato com suspeito ou confirmado para Covid-19 nos últimos 14 dias, idade acima de 60 anos etc.), para que sejam colocados em quarentena com suspensão da prestação dos serviços ou, em casos excepcionalíssimos, a substituição temporária na prestação dos serviços desses terceirizados.

Não obstante essas e outras recomendações ainda estejam disponíveis (no momento da consulta) no sítio eletrônico do Portal de Compras do Governo Federal, não é possível corroborar se de fato ainda estão vigentes. Todavia, referendam a preocupação do Poder Público em adaptar a execução dos contratos administrativos à realidade pandêmica ainda vivenciada.

Conclusão

A relação de verticalidade presente nos contratos administrativos faz-se necessária na medida em que tais instrumentos têm como finalidade o atingimento do interesse público, advogado pela supremacia do interesse público e pela indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, a Administração Pública se vale

de instrumentos legalmente previstos para preservar justamente a *res publica*, como é o caso do seu poder-dever de designar representantes (fiscais e gestores de contratos) para acompanhar a execução dos serviços.

É digno de nota, entretanto, que a própria legislação, especialmente a Lei nº 8.666/1993, pondera acerca da exequibilidade dos contratos diante de eventuais circunstâncias (políticas, econômicas, sociais, etc.) que possam destemperar a relação firmada entre o Poder Público e as entidades privadas. O ordenamento jurídico tenta garantir, então, um equilíbrio contratual necessário, de modo a evitar a onerosidade infundada do erário e o desarranjo financeiro das empresas contratadas.

Aí reside a justificativa de, em respeito ao princípio da razoabilidade, ajustar os contratos administrativos ao novo cenário desenhado pela pandemia da Covid-19. Com efeito, a realidade pandêmica atual impõe aos gestores públicos uma releitura das cláusulas contratuais inicialmente pactuadas, especialmente no que diz respeito aos instrumentos com dedicação exclusiva de mão de obra.

Por esse motivo, a Administração Pública utilizou-se de ferramentas capazes de bem promover uma flexibilização nalgumas medidas trabalhistas que minimizem os efeitos da pandemia. A Medida Provisória (MP) nº 1.046, de 27 de abril de 2021, por exemplo, posterga algumas obrigações trabalhistas das empresas para um momento posterior, objetivando uma melhor administração dos negócios, evitando-se, por assim dizer, a própria falência das entidades do setor privado.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988, Seção 1, p.1.

BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 maio 1990, Seção 1, p. 8965.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 jun. 1993, Seção 1, p. 8269.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jul. 2002, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.046, de 27 de abril de 2021. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 abril 2021, Seção 1, p. 5.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

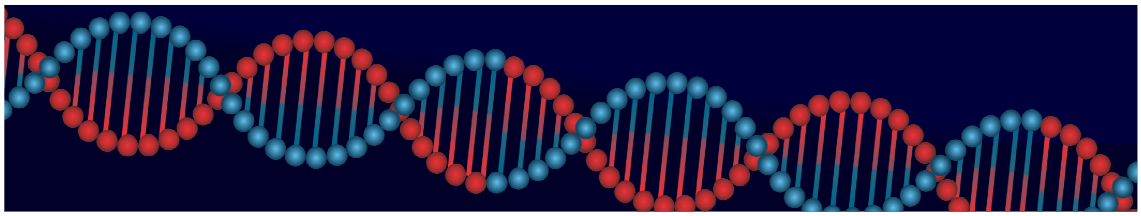
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**: Teoria e Prática. 9ª ed. São Paulo: Método, 2020.

Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços terceirizados. Portal de Compras do Governo Federal. Disponível em:<https://www.gov.br/compras/pt-br/assuntos/combate-ao-covid-19/recomendacoes-covid-19-contratos-de-prestacao-de-servicos-terceirizados>. Acesso em: 10 de jul. 2021.



"PASSANDO A BOIADA": O DESMONTE DA POLÍTICA NACIONAL AMBIENTAL EM MEIO À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19)

*Ediglê da Silva**
*Sarah Carneiro Araújo Fermanian***

Resumo: O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225 da Constituição Federal de 1988, é necessário à manutenção da qualidade de vida saudável da coletividade. Entretanto, o atual governo federal vem criando normas que relativizam a essencialidade desse direito e, num panorama de pandemia, essas relativizações efetivaram-se por meio de instruções normativas do Ministério do Meio Ambiente e de outros atos normativos federais, que afrouxaram a permissão ao uso de agrotóxicos e reduziram o poder de fiscalização dos órgãos ambientais. Nesse sentido, esta pesquisa tem como objetivo evidenciar como os recentes regramentos federais, criados no período pandêmico, ferem direitos fundamentais garantidos na Carta Magna. Justifica-se o presente trabalho, pois, a partir das respostas obtidas, oferecerá um alerta acerca da atual situação ambiental do Brasil, onde o governo federal vem, deliberadamente, ferindo a Constituição Federal e o princípio ambiental da vedação de retrocesso, demonstrando o respaldo acadêmico e social da

* Graduado em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA. Premiado como um dos três melhores artigos do VI Congresso Nacional de Direito da URCA/Iguatu.

** Professora efetiva do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri - URCA. Atualmente é Coordenadora do Curso de Direito da URCA, Campus Avançado de Iguatu. É pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais - GEDHUF, na linha de pesquisa Estado, Direitos Humanos e Justiça Socioambiental, vinculado ao Cnpq. É avaliadora da Revista Direito e Dialogicidade, vinculada ao Centro de Estudos Sociais e Aplicados - CESA da URCA. Doutoranda em Ciências Políticas pela Universidade de Lisboa (ULisboa), Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). É membro e Coordenadora Estadual da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB). Advogada (OAB-CE 18.371), foi membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/CE. Autora de livros e artigos científicos publicados na área jurídica, tem pesquisa nas áreas de Direito Constitucional, de Direito Ambiental e Urbanístico, e em Direitos Humanos e Ciências Políticas.

pesquisa. Assim, através do método científico dedutivo, bem como de procedimento observacional, buscar-se-á entender, inicialmente, como se concretizou a constitucionalização do meio ambiente ecologicamente equilibrado e quais são as acepções de Estado Ambiental de Direito. Em seguida, observar-se-á como recentes atos normativos relativizam a proteção ambiental, constituindo verdadeiro retrocesso nas conquistas ambientais, e como o governo federal fez uso de uma imensa crise sanitária para desvalorizar a importância da efetivação da tutela ambiental no Brasil. Concluir-se-á que os dispositivos normativos estudados representam um ato de agressão ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e aos direitos fundamentais correlatos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coronavírus (COVID-19). Governo Federal. Retrocesso ambiental.

Resumen: El derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, consagrado en el art. 225 de la Constitución Federal de 1988, es necesario mantener la calidad de vida saludable de la comunidad. Sin embargo, el actual gobierno federal viene creando normas que relativizan la esencialidad de este derecho y, en un panorama pandémico, estas relativizaciones se llevaron a cabo a través de instrucciones normativas del Ministerio del Ambiente y otros actos normativos federales, que relajaron el permiso de uso pesticidas y redujo el poder de supervisión de las agencias ambientales. En este sentido, esta investigación tiene como objetivo mostrar cómo la reciente normativa federal, creada durante el período pandémico, viola los derechos fundamentales garantizados en la Carta Magna. El presente trabajo se justifica porque, con base en las respuestas obtenidas, ofrecerá una alerta sobre la situación ambiental actual en Brasil, donde el gobierno federal ha estado violando deliberadamente la Constitución Federal y el principio ambiental de prohibición del retroceso, demostrando el apoyo investigación académica y social. Así, a través del método científico deductivo, así como del procedimiento observacional, buscaremos comprender, inicialmente, cómo se logró la constitucionalización del medio ambiente ecológicamente equilibrado y cuáles son los significados del Estado de Derecho Ambiental. Luego, se observará cómo los recientes actos normativos relativizan la protección ambiental, constituyendo un verdadero retroceso en los logros ambientales, y cómo el gobierno federal utilizó una inmensa crisis sanitaria para devaluar la importancia de implementar la protección

ambiental en Brasil. Se concluirá que los dispositivos normativos estudiados representan un acto de agresión contra el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado y los derechos fundamentales conexos.

Palabras claves: Derechos findamentales. Medio Ambiente ecologicamente equilibrado. Coronavírus (COVID-19). Gobierno federal. Revés ambiental.

Introdução

A atual preocupação com a tutela ambiental no Brasil é fruto de grande influência dos encontros realizados pelas Nações Unidas, a partir da segunda metade do século passado, como a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada durante a Conferência de Estocolmo, em 1972, o Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ou "Relatório de Brundtland", intitulado Nosso Futuro Comum, de 1987, e da Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO-92), realizada no Rio de Janeiro em 1992, que trataram de definir metas a serem cumpridas pelas Nações Unidas, no intuito de fomentar a preservação dos recursos ambientais, com forte atenção às práticas humanas danosas ao meio ambiente.

O presente trabalho propõe abordar como alguns atos normativos federais criados durante o período da pandemia do novo coronavírus (COVID-19) são prejudiciais à garantia dos direitos fundamentais, com abordagem predominante sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantia assegurada pelos tratados internacionais ratificados em nosso ordenamento jurídico e prevista no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, buscaremos compreender a constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando entender o Estado Ambiental de Direito, abrangendo a sua inata interdisciplinaridade e, esclarecendo, com isso, como o meio ambiente sadio é essencial para a garantia de outros direitos fundamentais.

No momento final, tentaremos elucidar como as recentes normas federais,

sobretudo algumas instruções normativas criadas durante a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), que permitiram a liberação de novos agrotóxicos e reduziram o poder de fiscalização dos órgãos ambientais, foram responsáveis pelo retrocesso na garantia e fiscalização das normas ambientais, problematizando como o governo federal, deliberadamente, incentivou potentes lesões ao meio ambiente e à saúde das pessoas, representando um verdadeiro retrocesso nos avanços ambientais alcançados nas últimas décadas.

1. A necessária preservação do equilíbrio do meio ambiente como forma de garantia de outros direitos fundamentais

A constitucionalização do direito fundamental ao meio ambiente sadio concretizou-se por primeira vez no Brasil através do art. 225 da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" (BRASIL, 1988). E segue atribuindo ainda ao Poder Público e à população a adoção de medidas a fim de assegurar este direito tutelado para as presentes e futuras gerações. Isto é, o Constituinte de 1988 foi sensível aos Tratados Internacionais que já declaravam o direito ao meio ambiente como um direito humano,[1] e consolidou a proteção normativa ambiental específica que iniciara com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), que criou órgãos específicos de defesa e fiscalização ambiental, previu conceitos básicos para a tutela do bem ambiental, o licenciamento ambiental e a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente.

O destaque dado ao Estado Ambiental de Direito se dá no cenário conflituoso onde o Estado constitucionaliza o direito ambiental como uma garantia fundamental, ao mesmo tempo que adota práticas, permite e incentiva a adoção de outras ações pela comunidade civil que são potencialmente danosas ao meio ambiente. Da mesma forma que o Estado Democrático de Direito surge no intuito de estimular uma participação ativa do poder público e dos cidadãos na busca da garantia do direito como um todo

[1] Direitos humanos são aqueles inerentes à condição humana da pessoa, enquanto um ser dotado de razão, liberdade, igualdade e dignidade, e englobam os aspectos indispensáveis e essenciais para uma vida digna. Sua titularidade decorre do só fato de a pessoa existir, não comportando qualquer tipo de distinção ou discriminação, encontrando-se previstos especialmente em documentos internacionais (preti;lépore, 2020, p.28).

(KLOCK, 2011), o Estado Ambiental de Direito possui a mesma perspectiva, e tem o intuito de estimular a sociedade em geral e o governo por meio de prestações positivas e negativas em seu caráter subjetivo, isto quer dizer que é insuficiente que se tomem medidas de preservação do direito ambiental, mas também é necessária a abstenção da realização quaisquer práticas danosas à garantia desse direito.

Para Ruschel (2007, p.55), "o Estado de Direito Ambiental ainda está muito longe de ser concretizado. Nem sequer tornou-se possível o Estado Democrático de Direito e sua perspectiva de transformação social". Os recursos ambientais eram vistos como fonte de exploração e riquezas, postos à livre vontade do homem para satisfazer suas necessidades. Esse utilitarismo da natureza fez com que, ao longo dos anos, as pessoas, sobretudo grandes indústrias, adotassem práticas não somente danosas, mas também que contribuíssem para a escassez dos recursos ecológicos, dos quais faziam e fazem até hoje um uso inconsciente e, na sociedade pós-moderna, Ulrich Beck tratou de defini-la como sociedade de risco (1995).

Portanto, com a preservação do equilíbrio ecológico pretende-se garantir, em aspectos fundamentais, o direito à vida, sobretudo a sadia qualidade de vida, aquela que proporciona a materialização do princípio estruturante do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Considerando que a preservação do equilíbrio do meio ambiente também garante a preservação a outros direitos fundamentais a ele correlatos, é evidente que os danos ambientais, também afetariam as demais tutelas constitucionais.

A pauta ambiental como centro de relevância jurídica já é de conhecimento global há quase 50 anos, e, desde a desde edição do primeiro diploma legal brasileiro que trata especificamente sobre direito ambiental, já se passaram 40 anos. No entanto o que se vê na prática é a falta de preocupação com as questões ambientais, por parte do Estado e das pessoas, deixando de lado todos os acordos internacionais e diplomas normativo vigentes. Ademais, o Estado brasileiro adota e incentiva políticas que causam demasiado prejuízo ao equilíbrio do meio ambiente e a outros direitos fundamentais, conflitando com suas normas jurídicas, inclusive com a própria Constituição Federal de 1988.

2. O desmonte ambiental em meio à pandemia do novo coronavírus (Covid-19)

Em reunião fechada com o Presidente da República, acontecida em abril de 2020, o ex-ministro do meio ambiente, Ricardo Salles (2019-2021),[2] suscitou a possibilidade de se aproveitar a situação pandêmica, que o Brasil e o mundo estavam (e ainda estão) vivenciando, para promover uma relativização das normas ambientais, enquanto o foco da mídia e da população fosse a preocupação com o novo coronavírus. Em trecho de sua fala, ele menciona que "a oportunidade que nós temos, que a imprensa está nos dando um pouco de alívio nos outros temas, é passar as reformas infra legais de desregulamentação, simplificação" (SALLES, citado em G1 notícias, 2020), e segue seu raciocínio declarando que "precisa ter um esforço nosso aqui enquanto estamos nesse momento de tranquilidade no aspecto de cobertura de

[2] Em julho de 2019 foram levadas a cabo um conjunto de denúncias à organização das nações unidas (onu), apoiadas por várias organizações da sociedade civil e movimento populares com trabalho focado na região amazônica, sobre a má atuação do governo de jair bolsonaro, que tem promovido uma série de mudanças na política ambiental que representam retrocessos ambientais, vejamos:
"entre elas, as alterações no conselho nacional do meio ambiente (conama) que reduzem a participação da sociedade civil, através de decreto em maio de 2019, e as mudanças na composição da comissão nacional para redd++, promovidas em novembro do ano passado, às vésperas da conferências das partes (cop25) do clima. Pedro martins destaca que essas alterações foram feitas "de maneira antidemocrática, porque reduzem a participação e a possibilidade de intervenção da sociedade civil na governança ambiental e da governança climática", destaca o assessor. Além disso, as organizações também demonstram preocupação com as altas taxas de desmatamento - em abril a amazônia registrou um aumento de 171% no desmatamento em relação ao mesmo período de 2019, de acordo com dados do sistema de alerta de desmatamento – e com os rumos da governança ambiental do país. O crescente papel das forças armadas nas operações de fiscalização ambiental na amazônia também é motivo de preocupação. A deflagração da operação verde brasil 2, em maio deste ano, também traz preocupações, pois além de controlar os órgãos ambientais, representa a maior utilização de recursos públicos e menor transparência de gastos e controle da social, destacam as organizações.". Disponível em https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/boiada-de-retrocessos-ambientais-do-governo-bolsonaro-e-denunciada-na-onu/23415. Acesso em 25.09.2020.
Tais denúncias e fatos acabaram ensejando numa ação de improbidade administrativa contra o ministro do meio ambiente do brasil, ricardo salles. "o ministério público federal (mpf) entrou com acusado de desestruturação dolosa das estruturas de proteção ao meio ambiente. Na ação, 12 procuradores da república pedem o afastamento do ministro do cargo em caráter liminar (urgente) e a condenação dele nas penas previstas pela lei de improbidade administrativa, como perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o poder público e de receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios. Para o mpf, ricardo salles promoveu a desestruturação de políticas ambientais e o esvaziamento de preceitos legais para favorecer interesses que não têm qualquer relação com a finalidade da pasta que ocupa. O processo de desestruturação do sistema de proteção ambiental brasileiro foi realizado por atos, omissões e discursos do acusado, em conduta dolosa – intencional – com o objetivo de fragilizar a atuação estatal na proteção ao meio ambiente. 'é possível identificar, nas medidas adotadas, o alinhamento a um conjunto de atos que atendem, sem qualquer justificativa, a uma lógica totalmente contrária ao dever estatal de implementação dos direitos ambientais, o que se faz bastante explícito, por exemplo, na exoneração de servidores logo após uma fiscalização ambiental bem sucedida em um dos pontos críticos do desmatamento na amazônia legal', diz a ação judicial. Disponível em http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-pede-afastamento-de-ricardo-salles-do-ministerio-do-meio-ambiente-por-improbidade-administrativa. Acesso em 25.09.2020.

imprensa, porque só fala de COVID e ir passando a boiada e mudando todo o regramento e simplificando normas". (SALLES, citado em G1 notícias, 2020).[3]

As falas problemáticas do ex-ministro do Meio Ambiente revelam que, enquanto a preocupação das autoridades e da população global estava voltada para a crise sanitária oriunda da referida pandemia, a dedicação da autoridade ambiental nacional (de livre escolha do Presidente da República, e que deve atender aos seus interesses) era desmonte das normas ambientais existentes e relativização da proteção ambiental, representando uma previsão desastrosa quanto aos possíveis e efetivos regressos nos avanços da tutela do meio ambiente, consolidados desde de 1981.

2.1. A permissividade do uso de agrotóxicos no Brasil

O título que o Brasil recebeu de maior consumidor de agrotóxicos do mundo (ROSA e RIGOTTO, 2013) está longe de ser desbancado, pois a liberação desses produtos é cada vez maior ao longo dos anos. Enquanto alguns países reduzem o consumo e proíbem certos tipos de insumos agrícolas, o estado brasileiro expande ainda mais suas liberações. O Brasil passou de 139 tipos de agrotóxicos liberados, no ano de 2015, para 474 novos produtos em 2019 (WOJCICHOSKI, *et al*., 2020).

Embora o crescimento desse consumo não seja uma prática comum em outros países, em tempos atuais, a governança de Jair Bolsonaro (atual Presidente da República – 2019/2022) vem propiciando seu aumento em condições alarmantes e exageradamente maiores do que nos governos anteriores. Basta observar que, entre os meses de março e maio de 2020, o governo federal aprovou a liberação do uso de 118 novos tipos de agrotóxicos, isso em meio à crise sanitária que ainda assola o planeta (WOJCICHOSKI, *et al.*, 2020).

---

[3] Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/ministro-do-meio-ambiente-defende-passar-a-boiada-e-mudar-regramento-e-simplificar-normas.ghtml. Acesso em: 20 jul. 2021

Além da liberação expressa desses produtos, a Portaria n. 43, de 21 de fevereiro de 2020, do MAPA[4] que possibilitava a liberação tácita de venenos agrícolas que não passassem pelo processo de fiscalização e autorização, dentro de um curto prazo de 60 dias. Nota-se que, mesmo a COVID-19 matando milhares de pessoas diariamente (enquanto se escreve esse texto, o número já passa de 544 mil, só no Brasil), a preocupação maior do governo federal é continuar empurrando veneno goela abaixo da população, e enquanto os demais países tentam combater uma crise sanitária, o governo brasileiro, aparentemente, tenta expandir uma nova.

Façamos, por oportuno, uma ressalva ao Poder Judiciário que, em recente decisão, por meio da ADPF[5] n. 656, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia ao art. 2º, tabela 1, itens 64 e 68 da Portaria n. 43/ 2020, do MAPA, que preveem, respectivamente, a aprovação tácita de 120 e 60 dias "Registro de Estabelecimentos produtores, comerciantes, importadores e exportadores de fertilizantes, corretivos, inoculantes, biofertilizantes, remineralizadores e substrato para plantas" e "Registro de Agrotóxicos e afins" (BRASIL, 2020). Atentando-se ao item 68, onde está proposta a autorização para o registro de novos agrotóxicos, se os órgãos responsáveis pela fiscalização e controle de qualidade dos venenos não emitirem um parecer acerca da sua permissibilidade, ou seja, independente do grau de lesividade do agroquímico, se não for emitido um parecer negativo dentro de 60 dias para seu uso, este será tacitamente autorizado. Em fundamentação, o relator da sobredita ADPF, o ministro Ricardo Lewandowski, fundamenta sua decisão assentando que:

> [...] A portaria ministerial que, sob a justificativa de regulamentar a atuação estatal acerca do exercício de atividade econômica relacionada a agrotóxicos, para imprimir diretriz governamental voltada a incrementar a liberdade econômica, fere direitos fundamentais consagrados e densificados, há muito tempo, concernentes à Saúde Ambiental. V- Cuida-se de "um campo da Saúde Pública afeita ao conhecimento científico e à formulação de políticas públicas relacionadas à interação entre a saúde humana e os fatores do meio ambiente natural e antrópico que a determinam, condicionam e influenciam, visando à melhoria da qualidade de vida do ser humano, sob o ponto de vista da sustentabilidade". [...] IX – Permitir a entrada e registro de novos agrotóxicos, de modo tácito, sem a devida análise por parte das autoridades responsáveis, com o fim de proteger o meio ambiente e a saúde de todos, ofende o princípio da precaução, ínsito no art. 225 da Carta de 1988. X - A Lei 7.802/1989, que regulamenta o emprego dos agrotóxicos no Brasil, estabelece diretriz incontornável no sentido de vedar o registro de agrotóxicos, seus componentes

[4] O ministério da agricultura, pecuária e abastecimento (mapa) é responsável pela gestão das políticas públicas de estímulo à agropecuária, pelo fomento do agronegócio e pela regulação e normatização de serviços vinculados ao setor.

[5] Arguição de descumprimento de preceito fundamental. (BRASIL, 1988).

> e afins, com relação aos quais o País não disponha de métodos para desativação de seus componentes, de modo a impedir que os resíduos remanescentes provoquem riscos ao meio ambiente e à saúde pública. XI – A aprovação tácita dessas substâncias, por decurso de prazo previsto no ato combatido, viola, não apenas os valores acima citados, como também afronta o princípio da proibição de retrocesso socioambiental". (STF – Pleno – ADPF n. 656/DF, Rel. Ricardo Lewandowski, 2020).[6] (Grifou-se)

Embora o governo brasileiro estimule a utilização de agrotóxicos, não se pode desconsiderar os prejuízos que sua utilização indiscriminada causa ao meio ambiente e à saúde das pessoas. Nessa perspectiva, ensina Porto-Gonçalves (*apud* RIBEIRO, 2018, p. 94) que "os proveitos da produção agrícola são exportados em forma de benefícios para os países dominantes, enquanto seus rejeitos, as externalidades negativas, ficam em forma de prejuízos para a população brasileira".

A utilização expansiva de agrotóxicos é evidentemente fator causador de dano ambiental, posto que altera o equilíbrio do meio ambiente, considerando que sua composição venenosa contamina os rios, alimentos, ar, terra e, inclusive, os lençóis freáticos, chega a ser redundante dizer que os agrotóxicos causam intoxicação, mas isso ocorre a todos os componentes do meio ambiente. Nesse sentido, ensinam Carneiro, Rigotto e Pignati (2012, p.05) que "de entre os vários impactos desta cadeia produtiva do agronegócio para a saúde e ambiente estão a contaminação dos alimentos e da água, as intoxicações agudas e os efeitos crônicos relacionados aos agrotóxicos".

É totalmente incompatível com a Constituição Federal que o Estado brasileiro permita esse uso indiscriminado dos venenos agrícolas, tendo em vista que são indiscutíveis os danos ambientais por ele causados. É breve e lógico. Se é agente poluidor, conflita com o art. 225 da Carta Magna que garante aos cidadãos o equilíbrio do meio ambiente, que é essencial à sadia qualidade de vida e sem sadia qualidade de vida, não prevalece o direito à saúde, o direito à alimentação adequada e o direito à vida, e a dignidade da pessoa humana não triunfa.

[7] Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5866860. Acesso em: 08 jul. 2021.

2.2. “Passando a boiada”: o desmonte da política ambiental pelo Governo Jair Bolsonaro

Foi realizado um levantamento, pelo Jornal Folha de São Paulo, revelando que o Governo Bolsonaro, durante o mandato de Salles no Ministério do Meio Ambiente, em 2020, acelerou em 12 vezes o número de atos sobre o meio ambiente, se comparado ao ano anterior, vejamos:

> De acordo com levantamento realizado pelo jornal Folha de S. Paulo e pelo Instituto Talanoa, o governo Bolsonaro acelerou a publicação de atos sobre o meio ambiente durante os meses de crescimento da pandemia da **Covid-19** no Brasil. Entre março e maio, 195 atos relacionados à questão ambiental foram validados. Nos mesmos meses de 2019, apenas 16 foram aprovados. O aumento é de 12 vezes (UOL notícias, 2020).[8] (grifo dos autores).

A quem interessa esses quase 200 atos normativos validados em dois meses, num panorama de pandemia? Considerando o discurso de Ricardo Salles, gravado e exposto em rede nacional, transcrito inicialmente neste tópico, pode-se concluir que o meio ambiente e a população em geral não serão os maiores beneficiados com essa política de normatização massiva. O reflexo da expressão de Ricardo Salles “ir passando a boiada” se reflete ainda no desmonte de órgãos ambientais, na busca de reduzir suas competências de fiscalização ambiental. Durante seu mandato, ainda em 2019, o ex-ministro do meio ambiente exonerou diversos servidores que exerciam cargos de chefia do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e reduziu 34% das multas aplicadas por desmatamento.

Já em meio à pandemia, em maio de 2020, diversas foram as alterações ocorridas entre os meses de março e maio de 2021, quando a pandemia começou a ascender no Brasil: as Instruções Normativas de n. 9 e n. 13 de 2020 que autorizam, respectivamente, a invasão, a exploração e até a comercialização de terras indígenas ainda não homologadas; e a diminuição da distância entre áreas povoadas e aquelas em que ocorrem pulverização de agrotóxico, aumentando o risco de contaminação dos moradores locais em razão da disseminação aérea de agrotóxicos. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) também passou por uma reestruturação, na qual houve uma redução de 11 para 5 o número de servidores responsáveis pelas coordenações regionais das unidades de conservação e dos centros

[8] Disponível em: https://bityli.com/ptz7n. Acesso em: 20 jul. 2021.

de pesquisas, ou seja, um para cada região. Por exemplo na região Norte, restaram apenas uma coordenação para atender a 130 unidades de conservação (SEGALLA, 2020; NICOLAV, 2020).

Vimos que, em pouco mais de dois anos, apenas um ministério do Poder Executivo Federal foi responsável pela edição de atos normativos ambientais regressores e mais prejudiciais em se comparando àquelas já existentes, além da restringir as atividades dos órgãos públicos responsáveis por fiscalizar a aplicação das leis ambientais.

Nota-se, portanto, que, durante a pandemia, o Ministério do meio Ambiente, como aval do Presidente da República, a boiada passou e a degradação ambiental terá graves consequências para o futuro. Nesse contexto, ensinam Taborda e Tierno que:

> "[...] a atuação governamental nos últimos 22 meses vem demonstrando clara predileção pelo desmonte das políticas ambientais arduamente conquistadas, com objetivo único de privilegiar atividades econômicas potencialmente nocivas. A saber: mineração em terras públicas e/ou de reservas indígenas; extração madeireira; empreendimentos imobiliários em áreas vulneráveis ambientalmente, tais como restingas e manguezais, e agronegócios, especialmente aqueles caracterizados como monoculturas)" (TABORDA e TIERNO, 2020, p.31).

Os anseios governamentais nem de longe tem sido o bem-estar coletivo. Pois enquanto centenas de brasileiros morriam diariamente vítimas da COVID-19, o Poder Executivo brasileiro se preocupava em editar normas com intuito de favorecer o agronegócio, sem se preocupar com os prejuízos ambientais decorrentes dessa normatização em massa. Ademais, o desmonte promovido aos órgãos de fiscalização ambiental só evidenciam o grau de ameaça que essas normas são para o meio ambiente e, consequentemente, pra toda a população.

Considerações Finais

O Estado brasileiro tem evoluído no que diz respeito à edição de normas que têm o intuito de garantir o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No entanto, as práticas recentes do governo federal, sobretudo por meio de instruções normativas criadas pelo Ministério do Meio Ambiente, sob o mandato do ex-ministro Ricardo Salles, têm relativizado a importância do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, e tem, deliberadamente, permitido ações potencialmente danosas ao ecossistema e à saúde das pessoas: a exemplo da permissão de liberação de diversos novos tipos de agrotóxicos, inclusive alguns deles proibidos em na União Europeia e em outros países, assim como tem reduzido o poder dos órgãos de fiscalização, por meio da exoneração de diversos servidores e a expansiva exploração de terras indígenas.

Infelizmente, quando o então ministro sugeriu deixar "ir passando a boiada" para afrouxar as normas de proteção ambiental, o pior já era de se esperar, e o retrocesso aos avanços ambientais de fato se concretizaram, e as consequências são graves para toda a coletividade. Enquanto numa situação de pandemia a preocupação estatal devesse ser a preocupação com a saúde e a vida das pessoas, esses direitos fundamentais foram pormenorizados para promover o desenvolvimento econômico insustentável e o consequente desmonte da política ambiental nacional.

Considerando a essencialidade da tutela ambiental para a própria vida e qualidade de vida, as decisões governamentais que afetam o equilíbrio dos ecossistemas, tendem afetar negativamente a qualidade de vida das pessoas, promovendo uma relativização de seus direitos fundamentais. Com isso, a busca incessante do lucro gera impactos ambientais irreversíveis, e a boiada de Ricardo Salles passou deixando rastros desastrosos.

Referências Bibliográficas

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In:* BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott**. Modernização reflexiva:** política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 jan. 2021.

CARNEIRO, **Fernando Ferreira;** RIGOTTO **Raquel Maria;** PIGNATI **Wanderley.** Frutas, cereais e carne do Sul: agrotóxicos e conflitos ambientais no agronegócio no

Brasil, ***e-cadernos CES*** **[Online],** 17 | 2012, publicado a 01 setembro 2012. em http://journals.openedition.org/eces/1101. Acesso em 19 abr. 2021.

KLOCK, Andréa Bulgakov. **Estado ambiental de direito**. *In:* Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. n. 15 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2011. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/199. Acesso em: 28 jun. 2021.

NICOLAV, Vanessa. **O que passou na "boiada" de Ricardo Salles durante a pandemia?** Ed.: Leandro Melito Brasil de Fato - São Paulo (SP), 2020. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/06/09/o-que-passou-na-boiada-de-ricardo-salles-durante-a-pandemia. Acesso em: 21 jul. 2021.

PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. **Manual de Direitos Humanos.** 1. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2020.

RIBEIRO, Camila Santiago. **O que diz o Judiciário?** Externalidades negativas decorrentes do uso de agrotóxicos e a garantia de direitos humanos Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário, Goiânia, 2018.

ROSA, Islene Ferreira; RIGOTTO, Raquel Maria. **Conflito Socioambiental no entorno de fábrica de Agrotóxicos no Ceará-Brasil.** Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. n. 32, v.11, p. 197-213 Em Pauta. Rio de Janeiro – 2º Semestre de 2013. Disponível em: https://doi.org/10.12957/rep.2013.10162. Acesso em: 07 mai. 2021.

RUSCHEL, Caroline Vieira. **Parceria Ambiental:** O dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para concretização do Estado de Direito Ambiental. Dissertação (Mestre em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina – UFCS –, Florianópolis, 2007. Disponível em: http://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103032. Acesso em: 29 jun. 2021.

SEGALLA Vinícius. **Como o desmonte de órgãos ambientais tem relação direta com o fogo nas florestas.** Ed.: Rodrigo Durão Coelho Brasil de Fato - São Paulo (SP), 2020. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2020/09/16/como-o-desmonte-de-orgaos-ambientais-tem-relacao-direta-com-o-fogo-nas-florestas. Acesso em: 21 jul. 2021.

TABORDA, Elaine; TIERNO, Rosane de Almeida. O desmonte da política ambiental do Brasil: da boiada à desregulação dos mangues e restingas. **Revista Brasileira de Direito Urbanístico | RBDU**, Belo Horizonte: Fórum, n. 11, p. 149-185, 2021. Disponível em: https://journal.nuped.com.br/index.php/direitourbanistico/article/view/96. Acesso em: 20 jul. 2021.

WOJCICHOSKI, *et al*. **Ultraprocessados, transgênicos e agrotóxicos**: a influência da agroindústrias na alimentação dos sujeitos. *In:* Constitucionalismo e Meio Ambiente, Tomo III: Democracia [recurso eletrônico]. Cleide Calgaro (Org.) - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p. 269-287. Disponível em:

https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/216199/001117285.pdf?sequence=1. Acesso em: 1º jul. 2021.

ARTIGOS APROVADOS E APRESENTADOS

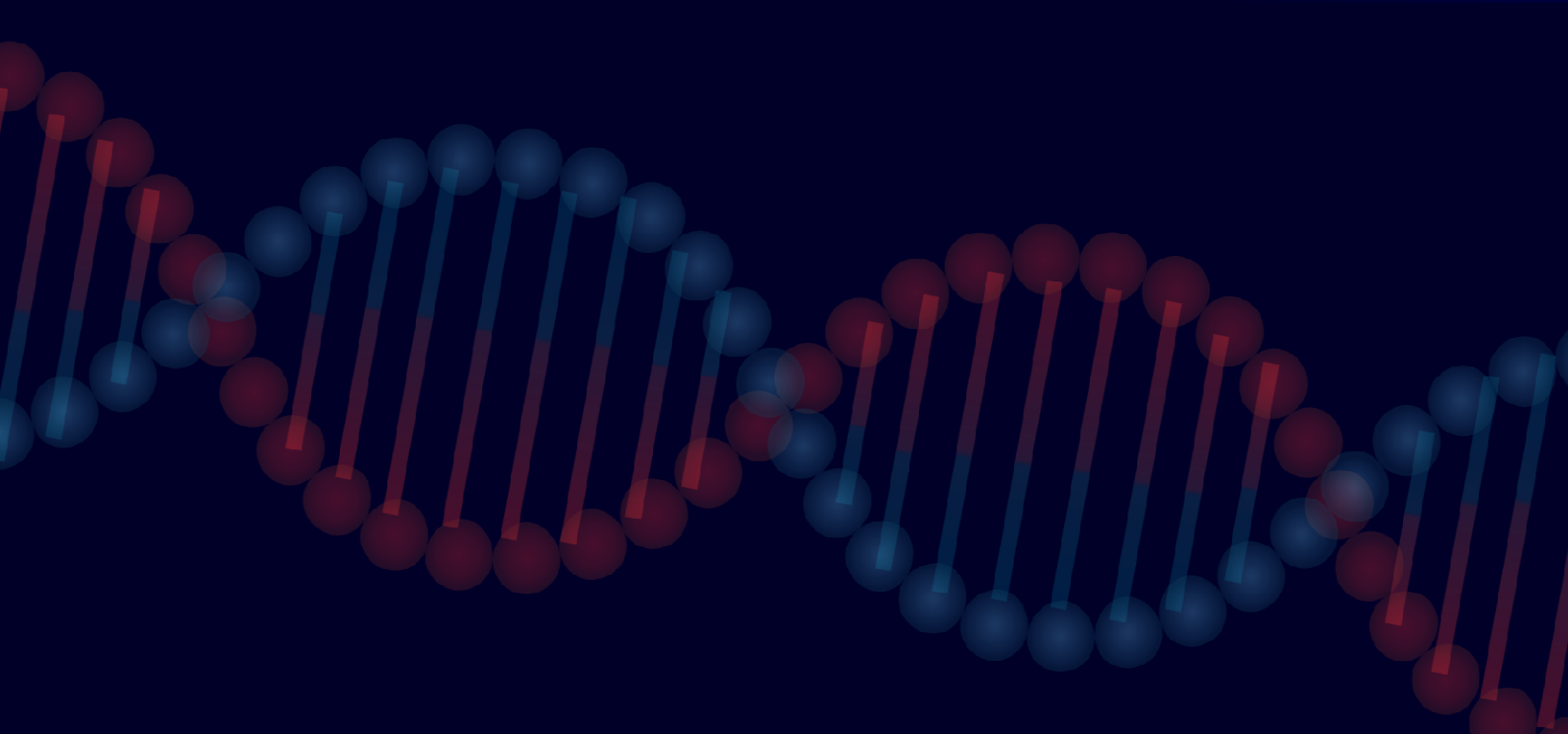
DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

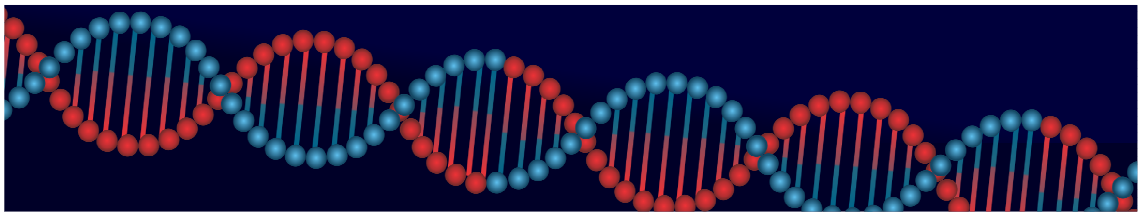
A PANDEMIA DO COVID-19 E O DIREITO PENAL MÍNIMO: A (DES)INSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE MORTE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO (Carlos Thierry de Lima Rabelo e Antonio Isaias Pinheiro)

A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19 NO AUMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA À MULHER E A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA (Larissa Raielly Jeronimo Felix e Emetério Silva de Oliveira Neto)

CIBERCRIMES: INCIDÊNCIA DE CRIMES VIRTUAIS NO MUNICÍPIO DE IGUATU-CE DURANTE O PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19 DE JANEIRO DE 2020 A MAIO DE 2021 (Willian Matheus Gonçalves Agostinho, Vanielli de Araújo Batista e Fernando Menezes Lima)

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19 NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS FATORES PREEXISTENTES E AGRAVANTES (Meiriane Oliveira Alves)





A PANDEMIA DO COVID-19 E O DIREITO PENAL MÍNIMO: A (DES)INSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE MORTE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

*Carlos Thierry de Lima Rabelo**
*Antonio Isaias Pinheiro***

RESUMO: Considerando a mudança pungente gerada na sociedade, como um todo, pela disseminação do vírus SARS-CoV-2 (COVID-19), o colapso constatado e agravado do sistema prisional brasileiro e os mais recentes avanços jurisprudenciais; o artigo investiga a participação da pandemia e de suas decorrências para a ampliação de uma visão minimalista do direito penal brasileiro. Pautado na necessidade moderna de diminuir as consequências excepcionais e gravíssimas do cárcere e da pena, critica agora mais presente e clara. A metodologia utilizada é bibliográfica, com abordagem qualitativa e pautado no método exploratório das produções doutrinárias, acadêmicas e legislativas, apresentando-se uma análise que observa um movimento em direção à uma visão minimalista no direito penal brasileiro diante da crise sanitária e a partir dela. Assim, observa o avanço, em um período excepcional, do direito penal em direção a uma aplicação mais humanizada da pena-prisão e abre possibilidades de expansão das penas alternativas no ordenamento jurídico-penal nacional.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito penal mínimo. Sistema carcerário brasileiro. Necropolítica. Pandemia do COVID-19.

* Graduando em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA. cthierry1.ct@gmail.com http://lattes.cnpq.br/8301927625047468

** Graduado em Pedagogia pela Faculdade Kurios – FAK, graduando em direito pela Universidade Regional do Cariri. antonioisaias22p@gmail.com, http://lattes.cnpq.br/1623173066898736.

ABSTRACT: Considering the poignant change generated in society as a whole by the spread of the SARS-CoV-2 virus (COVID-19), the observed and aggravated collapse of the Brazilian prison system and the most recent advances in jurisprudence; The article investigates the participation of the pandemic and its consequences for the expansion of a minimalist view of Brazilian criminal law. Based on the modern need to reduce the exceptional and extremely serious consequences of imprisonment and punishment, he criticizes now more present and clearer. The methodology used is bibliographical, with a qualitative approach and based on the exploratory method of doctrinal, academic and legislative productions, presenting an analysis that observes a movement towards a minimalist view of Brazilian criminal law in the face of and from the sanitary crisis. Thus, it observes the advance, in an exceptional period, of criminal law towards a more humanized application of the prison sentence and opens up possibilities for the expansion of alternative sentences in the national criminal legal system.

Keywords: Criminal Law. Minimum criminal law. Brazilian prison system. Necropolitics. COVID-19 pandemic.

Introdução

A pandemia global e seus adventos tecnológicos e sociais nos apresentaram um novo cenário no sistema carcerário brasileiro, que impulsionado pelas desigualdades e urgências evidenciadas pela situação atípica, demonstra fragilidade retórica e institucional. O direito, como ferramenta intrinsecamente humana, que se transmuta de acordo com o tempo e o meio onde está inserido, vê-se indiciar por novas questões, reflexões e críticas que se aceleram sob o olhar de um surto transnacional de covide-19, deixando clara a necessidade de uma nova análise das diretrizes carcerárias no país.

A crise social, catalisada pela crise sanitária, que hoje afeta mais claramente a totalidade da sociedade brasileira, diretamente com o vírus ou indiretamente com suas consequências, impactou de forma geral os serviços de saúde, além de incidir negativamente na economia. No entanto, a pandemia, ao disseminar-se em nosso solo, também descortinou a realidade desumana e imprópria com a qual nossos presídios são mantidos. Apesar de ser um problema antigo, a pandemia conseguiu de uma vez por

todas escancarar esse “Estado de Coisas Inconstitucional”, como visto na ADPF 347, da qual nossos presídios fazem parte, que agora nos cabe observar se é possível, de fato, evoluir a pena prisão brasileira à uma condição humana mínima, com aplicabilidade efetivamente excepcional.

O presente artigo pretende analisar as mudanças em curso no ordenamento jurídico penal brasileiro, impulsionadas pela pandemia de corona vírus, que indicam uma diminuição da violência da pena prisão e amplie sua excepcionalidade, sob o enfoque da jurisprudência, das produções acadêmicas e da doutrina, procurando analisar como o estado excepcional do contágio contribuiu para o avanço do entendimento da pena-prisão no brasil.

1. A pena prisão e o carcere sob uma nova óptica juridica

O encarceramento em massa, realidade vivenciada no nosso ordenamento desde a redemocratização e posteriormente agravado, gera, agora mais claramente, a necessidade de uma resposta ante o colapso. Esse “remédio amargo” tão extensamente estudado e veementemente criticado, declarado ineficaz ou insuficiente como resposta a delito é agora protagonista de um cenário insustentável. Para compreender a escalada da pena em território nacional que proporcionou um encarceramento em massa, com destaque para o período entre 1985 e 2021, é importante pontuar:

> O projeto do neoliberalismo começou a ser implantado, com ideais como abertura econômica para o mercado internacional, privatização de empresas estatais e contenção de gastos públicos. O giro político operado por esta nova ideologia político-econômica teve reflexos drásticos no setor penal. Em muito isso se deve ao recrudescimento das leis penais, gerando o encarceramento em massa que se vê nos dias atuais, principalmente em relação à população jovem, negra, com baixa escolaridade e pobre, numa expansão extrema do uso da prisão (LEMOS; RIBEIRO JÚNIOR apud. MENGER, 2020.p. 136.).

Diante desse cenário vemos o grande abismo existente entre a Lei 7.210/84 (lei de execuções penais) e a realidade concreta dos nossos presídios, isso pode ser observado ao vermos trechos do relatório da CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), frente à realidade dos nossos presídios: “A grande maioria das unidades prisionais é insalubre, com esgoto escorrendo pelos pátios, restos de comida amontoados, lixo por todos os lados, com a proliferação de roedores e insetos, sendo o ambiente envolto por um cheiro insuportável”. (BRASIL, 2009, p.196).

Nesse contexto somos apresentados ao “Estado de Coisas Inconstitucional”, termo cunhado pela Corte Constitucional Colombiana, a partir da Sentencia de Unificación (SU) de 1997. Estado onde se mantem determinada situação gravosa, apesar das recorrentes e massivas violações de direitos, de forma omissiva, sem conseguir o Estado apresentar solução para a situação inconstitucional. No Estado de Coisas Inconstitucionais que vive nosso sistema prisional, além da CPI e da ADPF, entre outras providências, houveram poucas mudanças ao longo dos anos. dentre elas vale destacar a Resolução n. 09/2011 do CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária):

> Em seu processo de elaboração, a Resolução n. 09/2011 do CNPCP contou com reuniões multilaterais entre os ministérios da Educação, Saúde e Cidades, participações da ANVISA e Corpo de Bombeiros, além de consultas públicas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. No documento, foram utilizadas como referências as Regras Mínimas para Tratamento dos Prisioneiros da ONU, as Regras de Bangkok, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Lei de Execução Penal (n. 7.210/1984). Além disso, a resolução trouxe conceitos inovadores, como ampliação do conceito de vaga para além do espaço físico da cela, mas também relacionado às condições de vida; e o conceito global de espaço construtivo, que considerou diversos conceitos como segurança, dignidade, conforto ambiental, sustentabilidade, acessibilidade, funcionalidade, proporcionalidade, climatologia, ergonomia, saúde mental e psicologia ambiental. (COSTA, SILVA, BRANDÃO BICALHO. 2020.p.11)

No entanto, vemos como tais diretrizes não refletem a realidade dos presídios, sendo a realidade pratica distante da proposta pela resolução. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, divulgado em 9 de abril de 2020, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2020b), o Brasil possuía, até dezembro de 2019, uma população prisional de 748.009 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Considerando que o sistema prisional possui 441.147 vagas (CNMP, 2020), o Brasil possui uma taxa de ocupação de 169% e encontra-se com a 3ª maior população prisional do mundo, atrás de Estados Unidos e China. (COSTA, SILVA, BRANDÃO BICALHO. 2020. p. 6).

Apesar do cenário pandêmico em que estamos e do conhecimento já exposto, a partir das instruções de orientação sanitária, sobre como nos proteger, vemos que no cenário prisional brasileiro o vírus encontra terreno fértil para se disseminar. Esse problema tem um caráter emergencial de atuação incisiva, onde uma atuação célere do estado se faz necessária, em resposta às orientações:

> Dentre as diversas orientações das autoridades mundiais, destaca-se o pedido

> realizado pela Alta-Comissária da ONU para os Direitos Humanos, Michele Bachelet, que alertou os governos para que medidas fossem tomadas e destacou a superlotação em que se encontram as casas prisionais em diversos países. Seu discurso chamou a atenção para as condições de higiene e serviços de saúde precários e, muitas vezes, até inexistentes nesses locais, frisando que presos sem base legal deviam ser libertos, assim como presos políticos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2020b, apud. MENGER, 2020.p. 140)

Cientistas alertaram o risco de os presos no cárcere desenvolveram doenças gripais e respiratórias como tuberculose. Celas lotadas, falta de higiene entre outras condições desumanas são circunstâncias latentes que evidenciam a urgência das medidas a serem tomadas, atendendo sempre a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido vale destacar:

> Levando em consideração essas questões, diversos países têm adotado medidas de desencarceramento, dentre eles: Estados Unidos, França, Itália, Portugal, Irã, Marrocos, Burkina Faso, Chile e Colômbia. No Brasil, em vista disto, o Conselho Nacional de Justiça – maior órgão de fiscalização e normatização do Poder Judiciário, do sistema prisional e socioeducativo – editou em 17 de março de 2020 a Resolução 62 (CNJ, 2020). O documento orienta aos tribunais e magistrados competentes a adoção de medidas preventivas à propagação do novo coronavírus no sistema prisional e socioeducativo. Para a elaboração das orientações, o CNJ considerou, além da declaração de pandemia da OMS, também a Portaria n. 188/GM/MS, do Ministério da Saúde, declarando estado de "Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional", incentivando a adoção de medidas sanitárias, dado o alto índice de transmissibilidade do vírus, dirigidas à saúde das pessoas privadas de liberdade e do agentes públicos e visitantes; além de reforçar o dever do Estado de assegurar atendimento em saúde para as pessoas privadas de liberdade. Além disto, o CNJ também considerou a decisão do STF (2015) na ADPF 347, que considerou o sistema penitenciário brasileiro como "estado de coisas inconstitucional". Nesta decisão, o STF reconheceu a superlotação e a precariedade das condições do sistema penitenciário e incentivou a formulação de estratégias que visassem melhorias processuais e infraestruturais. .(COSTA, SILVA, BRANDÃO BICALHO. 2020.p.05).

Esta resposta dada pelo poder judiciário vinda do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), sem dúvida está em sintonia com as orientações sanitárias e contribui positivamente para o avanço da covid nos presídios, mas infelizmente na esfera pratica ocorrem óbices que impedem a efetividade de tal resolução.

2. O Estado e a prisão

Sobre a atuação do Estado, é interessante a construção de pensamento da professora Ana Elisa Liberatore em seu artigo "Direito Penal em tempos de pandemia: Como a crise atual desnuda a irracionalidade do Sistema", onde define o Estado como atuante, negligente e inerte, onde muitas vezes sua atuação é morosa e imprecisa,

principalmente em interpretar normas penais em branco com exemplo o artigo 268, CP, onde a falta de um consenso em tal aplicabilidade pode levar para o aumento do cárcere, e tais normas podem gerar confusões quando são interpretadas sem um analise reflexiva subjetiva.

O cárcere, que se tornou ao longo dos anos um lugar distante da sociedade encoberto pela malha de ferro das prisões, atua, à primeira vista, como medida necessária e essencial ao funcionamento da sociedade enquanto, de forma velada, contribui para a manutenção de um tratamento cruel, recorrente e sistematizado:

> A prisão, região mais sombria do aparelho de justiça, o local onde o poder de punir, que não mais ousa exercer-se com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e, a sentença se inscreve entre os discursos do saber. (ZAFFARONI. 2020. P. 249-250)

O grande problema em questão é a visão negligente e inerte do Estado, que gera cicatrizes visíveis no sistema carcerário. Uma delas dar-se por meio do Ministérios da Justiça e da Saúde terem, além de seguido orientações diversas das recomendações globais, questionado as orientações do CNJ, a saber:

> É bem verdade que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020, com importantes balizas para o sistema prisional, tais como a orientação a juízes e desembargadores de procederem à reavaliação de todas as prisões provisórias de pessoas que se enquadrem no grupo de risco e de pessoas presas há mais de 90 dias (art. 1º), bem como de respeitarem a máxima excepcionalidade para a decretação de novas prisões. Referida Recomendação determina, ainda, a saída antecipada de pessoas do grupo de risco ou que estejam em estabelecimentos superlotados (art. 5º), bem como a decretação de novas prisões apenas em casos de crimes com violência ou grave ameaça (art. 8º). Porém, a despeito das elogiáveis medidas de racionalização do sistema prisional, não se verifica seu cumprimento na prática, em boa medida em razão do caráter não vinculante do texto normativo, assim como da edição, logo em seguida, da Portaria Interministerial n. 7, do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde, com orientações divergentes. De forma surpreendente e deslocada da realidade, a mencionada portaria interministerial, voltada a regulamentar as formas de controle da pandemia no sistema prisional, estabelece o dever das equipes de Administração Penitenciária de, por meio de profissionais de saúde, identificar os casos suspeitos de contaminação - o que na prática é sabidamente inexequível, haja vista que apenas um terço dos estabelecimentos prisionais contam com profissionais de saúde.17 No mesmo sentido surreal, a portaria estabelece que os casos suspeitos ou confirmados de contaminação deverão ser isolados ou, caso seja impossível o isolamento, deverão ser limitados em distância mínima de dois metros dos demais presos, “fazendo-se uso de cortinas ou marcações no chão”. (BECHARA, 2020. p. 11.)

Outra proposta polêmica foi feita pelo DEPEN, departamento penitenciário, que é submetido ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, como o uso de contêineres,

ou seja, estruturas provisórias para presos com suspeita e com confirmação de contaminação, além do impedimento de visitas, o que agravaria de forma substancial a crise viral e carcerária pelo qual o pais passa.

> A adaptação ao contexto de pandemia com novas restrições acabou aprofundando o clima de tensão e de insegurança dentro dos complexos prisionais. A suspensão de visitas dos familiares às casas de detenção, bem como a realização de audiências de custódia virtuais, apesar de serem favoráveis no sentido da contenção da disseminação do vírus, na realidade acabam contribuindo para a prática de violência e tortura dentro do cárcere, dificultando ainda mais a denúncia de maus tratos aos detentos pelos agente penitenciários, assim como entre os próprios presos. Tais medidas causaram muita revolta por parte dos internos como de suas famílias, que ficaram meses sem notícias de seus estimados entes, ocasionando diversos motins em presídios de todo o país desde o início da pandemia. Em face à precária infraestrutura dos presídios, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) vinculado ao Ministério da Justiça chegou a contemplar a viabilidade da adoção de contêineres de metal para servir de estrutura de isolamento dos presos infectados. Tal medida já foi adotada anteriormente em alguns estados e o que se verificou foi a piora nas condições de vida dos que ali residem devido as altas temperaturas das estruturas metálicas bem como a ausência de condições sanitárias. Conforme apresenta a Resolução nº5 de 15 de maio de 2020 tal opção foi descartada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dadas as cruéis condições que tal adoção acarretaria (BRASIL, 2020). (GOMIDE, ASSIS, FIDALGO, 2020.p. 206)

Ao vermos, frente à pandemia, e sabendo como ela se dissemina, a situação dos nossos presídios, as orientações do CNJ e a observação da ADFF, 347, vemos a mora do Estado em repensar o seu encarceramento, e, além disso, propor um sistema punitivo mais claro e efetivo, vemos sendo descortinada uma política nefasta, que mata e negligencia. Um sistema que escolhe, dentre os grupos mais vulneráveis, o "Bode expiatório" da nação. Vale frisar o que já está latente:

> De um lado, temos medidas sanitárias colocadas em prática para salvaguardar a incolumidade física e psíquica da sociedade "livre"; são vidas passíveis de serem salvas. De outro lado, temos a população carcerária, que se localiza em um território onde a formulação e implementação de políticas públicas, de forma geral, não existe ou existe precariamente; são vidas que não são passíveis de luto, que não são salváveis. (COSTA, SILVA, BRANDÃO BICALHO. 2020.p.12).

3. A (des)institucionalização da politica de morte

Diante do exposto, vem ao debate a existência, no sistema prisional, do que se pode chamar de Necropolítica, termo criado pelo Camaronês Achille Mbembe. Necropolítica (2018) seria uma política desenvolvida para destruir camadas da sociedade, negligenciado direitos, perda de direitos e até mesmo o status de cidadão, tornando determinados grupos "escravo" do sistema e dele suscetível. São políticas de

desumanização e animalização, que remetam aos tempos da colonização, cicatrizes visíveis na sociedade até hoje, justificada pelo sistema econômico.

> Sobre estes sujeitos pesa a Necropolítica do Estado, fonte do direito legitimado à violência, a deliberar sobre a vida e sobre a morte. [...] A Necropolítica, em seu aspecto de morte, tem como alvo as camadas subalternizadas cujos sujeitos racializados são majoritariamente negros. Este também é o perfil da população carcerária, composta principalmente por jovens de até 29 anos, de baixa escolaridade, oriundos de regiões periféricas estigmatizadas. (GOMIDE, ASSIS, FIDALGO, 2020.p. 206).

Também é visível que, ao longo dos anos, o Estado se manteve inerte frente às práticas abusivas do sistema penal. O recorrente uso da força desproporcional do estado contra os pobres, os negros e os marginalizados, estando grande parte da população brasileira de fato à margem do poder, demonstra não somente a deslegitimada face de um sistema penal seletivo, mas também sua insustentabilidade. A pena, em seu caráter intencionalmente danoso, é ainda agravada pelo excesso de violência e pela negligencia em nossa região marginal, como destaca Zaffaroni:

> A violência cotidiana do sistema penal recai sobre os setores mais vulneráveis da população e, praticamente, sobre os habitantes das "vilas-misérias", "favelas", "cidades novas", etc. Não acreditamos na necessidade de continuar a enumeração para percebermos que estamos diante de um genocídio em andamento.
> O genocídio colonialista e neocolonialista, em nossa região marginal, não acabou: nossos sistemas penais continuam praticando-o e, se não forem detidos a tempo, serão eles os encarregados do genocídio tecnocolonialista. (ZAFFARONI. 2018. P. 125)

Ao constatar essa forma política de conduzir o sistema prisional, é um primeiro passo para romper com este sistema perverso, ir ao âmago do problema, que sem dúvidas a pandemia revelou, e sobre ele incidir mudanças, mudanças essas que já estão positivadas, faltando para nós apenas romper com os sistemas que impedem tais efetividades. Tornar a vivencia do cárcere mais humanizado é um sinal da efetividade do nosso direito, é necessário, mais que do que simplesmente possível, que repensemos as ideias que tecemos sobre o significado de pena de prisão:

> A diminuição da intervenção penal através da descriminalização, da "diversion" e do princípio da oportunidade de ação penal são, obviamente, caminhos que possibilitam a diminuição da violência do sistema penal, desde que a renuncia à intervenção do sistema penal não constitua um recurso formal para retirar matéria da agencia judicial e aumentar o poder das outras agencias. A renúncia à intervenção punitiva deve ser tratada como forma de renúncia real ao modelo punitivo considerado ônticamente. (ZAFFARONI. 2018. P. 177)

Considerações Finais

No presente artigo foi desenvolvida uma análise sobre as mudanças mais recentes acerca da visão da pena-prisão no brasil, impulsionadas fortemente pela pandemia que assola o globo. A jurisprudência e as produções acadêmicas demonstram que o cárcere pode, a partir da condição excepcional e reveladora pela qual o país passa, evoluir para um tratamento mais humano e para uma tratativa ainda mais excepcional do uso da força desproporcional do estado.

Averiguamos que a omissão estatal, ainda mais latente frente aos agravamentos sanitários e contagiosos recentes, demostra chegar ao seu limite ultimo dentro do estado democrático de direto. A condição flagrantemente inconstitucional dos presídios avança para uma condição desumana e abertamente violadora dos direitos e garantias expressas pela nossa carta magna.

Constatamos, no entanto, que o avanço desse cenário agravado pelo vírus resultou em medidas jurisprudenciais benéficas ao ordenamento e que podem representar, a longo prazo, um avanço em direção ao menor uso da pena por parte do estado, evitando as condições inconstitucionais e avançando em direção a um direito penal mínimo.

Por fim, observamos no presente artigo que a humanização do cárcere, a minimização dos seus danos e a humanização de sua aplicação é peça central da segurança pública e jurídica de um estado democrático de direito, representando importante avanço a sua devida adequação aos preceitos constitucionais vigentes e às diretrizes humanas internacionais. Em razão desse caráter fundamental à sociedade, fica clara a necessidade de analise, de debate e de ampliação das diretrizes carcerarias, que podem, ao sair da crise sanitária, se firmar como uma pena humana e excepcional, de fato.

Referências Bibliográficas

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **Direito Penal em tempos de pandemia: Como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema**. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5367768/mod_resource/content/1/BECHARA%2C%20Ana%20Elisa.%20Direito%20Penal%20e%20pandemia..pdf#:~:text=Como%20a%20crise%20atual%20desnuda%20a%20irracionalidade%20do%20sistema,-Ana%20Elisa%20Liberatore&text=O%20Estado%20inerte%3A%20a%20pr%C3%A1tica,solu%C3%A7%C3%A3o%20dos%20problemas%20sociais%20contempor%C3%A2neos. Acesso em: 18, jun. 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. **CPI Sistema Carcerário**. Biblioteca Digital. 2009. Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701. Acesso em: 18 jun. 2021.

COSTA, Jaqueline Sério da; SILVA, Johnny Clayton Fonseca da; BRANDÃO, Eric Scapim Cunha e BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. **COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: DA INDIFERENÇA COMO POLÍTICA À POLÍTICA DE MORTE**. Disponível em: https://www.scielo.br/j/psoc/a/Jrx9BspBkMmvfLbTTLJLk9D/?lang=pt&format=pdf . Acesso em: 18, jun. 2021

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes. 2008.

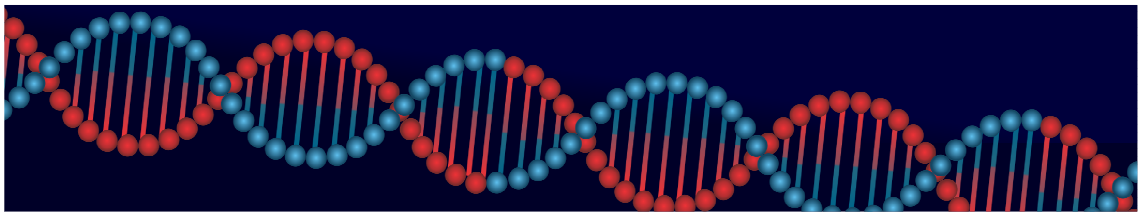
GOMIDE, Uyara de Salles1ASSIS, Neusa Pereira2FIDALGO, Fernando Selmar Rocha. **ENCARCERAMENTO EM MASSA E NECROPOLÍTICA: AGRAVAMENTO DA CRISE CARCERÁRIA NA PANDEMIA DO COVID-19**. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/trabedu/article/view/26144/20550. Acesso em: 18, Jun. 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ByKVxtb9n59HykCV4457SvB/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 18, jun.2021

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

MENGER, Luiza Raupp. **O IMPACTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/22352/13778. Acesso em:18, jun. 2021

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**, 5ª edição. São Paulo: Editora REVAN, 2001.



A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19 NO AUMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA À MULHER E A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

*Larissa Raielly Jeronimo Felix**
*Emetério Silva de Oliveira Neto***

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo ressaltar que a violência contra a mulher resulta de uma estrutura social de dominação masculina, a qual se escora no patriarcado e no machismo presentes com intensidade na sociedade brasileira. Essas questões foram particularmente acentuadas no atual cenário de Pandemia, em que pesquisas iniciais conseguem revelar que houve um aumento da violência contra a mulher durante alguns momentos de isolamento social. Destacam-se os principais avanços legislativos no combate a esse tipo de violência, bem como a recente decisão tomada pelo plenário virtual do Supremo Tribunal Federal ao referendar a liminar concedida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779, que reconheceu a inconstitucionalidade da chamada tese da legítima defesa da honra. A pesquisa é de cunho bibliográfico e documental, em que se analisam, além de trabalhos acadêmicos especializados, dados de institutos de pesquisa e decisão do Supremo.

Palavras-chave: Covid-19; Violência contra à mulher; Vulnerabilidade; Legítima defesa da honra; Inconstitucionalidade.

* Bolsista de Iniciação Científica da FUNCAP. Bacharelanda em Direito pela URCA.

** Pós-doutor em Direito pela UFC. Doutor em Direito Penal pela UFMG. Professor Efetivo do Curso de Direito da URCA.

AbsTRACT: This work aims to emphasize that violence against women results from a social structure of male domination, which is based on patriarchy and machismo present with intensity in Brazilian society. These issues were particularly accentuated in the current Pandemic scenario, where initial research has managed to reveal that there has been an increase in violence against women during moments of social isolation. The main legislative advances in combating this type of violence are highlighted, as well as the recent decision taken by the virtual plenary of the Brazilian Supreme Court to endorse the injunction granted in the Ação de DEscum´rimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779, which recognized the unconstitutionality of the called the legitimate defense of honor thesis. The research is bibliographical and documentary in nature, in which, in addition to specialized academic works, data from research institutes and the decision of the Supreme Court are analysed.

Keywords: Covid-19; Violence against women; Vulnerability; Legitimate defense of honor; Unconstitutionality.

Introdução

A violência contra a mulher é um problema de todo grave e que como tal não escolhe lugar, momento histórico ou classe social. Em outras palavras, a condição feminina tende a traduzir alguma vulnerabilidade, da qual homens inescrupulosos, não raro, se aproveitam para satisfazerem os seus instintos agressivos, realçando caracteres de dominação, que não podem ser aceitos como algo natural.

Com efeito, estudos revelam que o patriarcado e o machismo são elementos que se retroalimentam, auxiliando na perpetuação desse pernicioso ciclo ao longo do tempo. De um modo geral, o patriarcado se mostra como um fenômeno estrutural, cumprindo a inglória missão de justificar ou fundamentar a predominância do sexo masculino sobre o feminino, o que se reflete no processamento das relações sociais, cada vez mais desiguais e violentas.

O machismo, de sua vez, como consequência ou produto do patriarcado, guarda um cariz cultural, de sorte que as raízes mais profundas da violência doméstica estão na

ideologia machista, tão arraigada nas sociedades latino-americanas. Para o machismo, em síntese, a violência constitui um valor positivo, componente central da identidade do homem, que seria dotada de atributos como dureza, força e agressividade.

Todas essas questões devem ligar o sinal de alerta, mormente diante de contextos em que a fragilidade do sexo feminino tende a de alguma maneira se acentuar, resultado da manutenção dessas arcaicas estruturas de dominação. Partindo-se da noção de que a violência contra a mulher é um processo contínuo, muitas vezes progressivo em termos de intensidade e ordinariamente incontido no seu desenvolvimento, resulta importante estudar até que ponto a Pandemia da Covid-19 acentuou (ou mesmo tem o potencial de acentuar) a vulnerabilidade da mulher, máxime no ambiente doméstico, de modo a influenciar no aumento desses índices.

Veja-se, nessa linha, que a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) define em seu artigo 5º a violência doméstica como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial à mulher: no âmbito da unidade doméstica; no âmbito da família; ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Some-se a isso a criação da qualificadora do feminicídio pela Lei 13.104/2015, mercê do que o homicídio qualificado pelo feminicídio se tornou um crime hediondo.

É claro que ainda há muito a se avançar nessa seara. Todavia, já temos, *de lege lata*, demonstrações claras do Estado brasileiro, originadas do Parlamento, no sentido de que a violência contra a mulher é um mal que deve ser combatido com rigor. Do ponto de vista estritamente jurisdicional, defende-se uma maior sensibilidade do Poder Judiciário, a fim de que as decisões judiciais compartilhem o sentimento de tornar efetivo o comando constitucional da isonomia entre os sexos, que ganha ressonância na norma guia da dignidade da pessoa humana.

Pensando em tudo isso, o presente trabalho tem basicamente três propósitos: a) retratar, em linhas gerais, o contexto de violência sistêmica contra a mulher na sociedade brasileira (abaixo 2); b) mostrar de que modo a pandemia da Covid-19 ampliou a violência contra à mulher no Brasil (abaixo 3); e, de último, c) clarividenciar

que as questões patriarcais que dão azo à violência contra a mulher por muitos anos encontraram respaldo jurídico na questionável tese da legítima defesa da honra, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) colocado por terra esse argumento em recente julgamento proferido nos autos da ADPF 779 (abaixo 4).

1. O contexto de violência sistêmica contra a mulher na sociedade brasileira

Apesar de alguns avanços na coibição da violência contra a mulher, inúmeros percalços se mostram ao longo da trajetória, dificultando que os melhores resultados sejam efetivamente atingidos. No Brasil, os assassinatos de mulheres (homicídios e feminicídios) tornaram-se paradigmas da violência contra o gênero feminino, incentivando o advento de importantes movimentos feministas na década de 1980. Como bem ressaltado por Suely Gomes Costa (2004, p. 25),

> Os feminismos, em algum momento de sua história, criaram e propagaram, como expressão de sua identidade, a noção de "sororidade" ou da irmandade, a idéia é força de unificação das mulheres, admitidas como iguais em sua biologia, aglutinadora de energias numa luta comum contra a desigualdade em relação aos homens. Afirmada no poder social das mulheres, visível nos "maternalismos", lugares das lutas feministas por direitos sociais. Essa forma de pensar a identidade biológica ganha revisões a partir dos anos 80, do século XX. (...) A busca da fina sintonia dos feminismos com os sofrimentos a sua volta, traduz uma forma de repensar pautas de lutas contra as desigualdades humanas, a partir das relações próximas, como sinaliza a "Marcha das Mulheres".

Em sucessivos julgamentos, houve como que uma tolerância em relação aos crimes que envolviam casais, eufemisticamente apodados de "crimes passionais", de sorte que os autores (sempre homens!) desses delitos recebiam absolvições com fulcro na questionável tese da "legítima defesa da honra" (CORRÊA, 1981 e 1983). O famoso "Caso Doca Street", em que a socialite Ângela Diniz foi assassinada pelo seu companheiro por questões de cunho amoroso, tendo o réu sido absolvido da acusação mais grave no primeiro julgamento, é exemplo emblemático disso.[1]

Quando se fala em feminicídio, esse fato é associado a um padrão de comportamento em que o homem busca exercer uma pretensa superioridade em relação à mulher, sendo as formas mais comuns desse tipo de violência extrema capitaneadas

[1] Para maiores considerações acerca do referido caso, confira-se: SILVA, Evandro Lins e. **A defesa tem a palavra.** 3. ed. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991.

por pessoas que possuem alguma ligação afetiva com a sua vítima, acentuando-se os processos de vitimização.

Diante da problemática apontada, tem-se que é dever do Estado criar mecanismos para combater toda sorte de violência contra a mulher, como preleciona o art. 226, § 8º, da Constituição Federal de 1988: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". Nesse sentido, o Estado deve orientar as suas ações para coibir a problemática vergastada, o que inclui a criação de mecanismos que desestimulem a violência contra a mulher, em especial o feminicídio.

É bem verdade que aqui se inclui a criação de leis modernas, destacando-se, no Brasil, a Lei Maria da Penha (nº 11.340/2006) e a assim chamada Lei do Feminicídio (nº 13.104/15). Ocorre que mesmo após a edição dessas normas jurídicas, os índices de violência contra a mulher não retrocederam como talvez esperado,[2] tendo havido inclusive um aumento da prática de crimes graves contra mulheres durante o atual período de pandemia.

Dados colhidos do portal *Brasil de Fato* revelam que entre março e agosto de 2020 uma mulher foi morta a cada nove horas no Brasil, totalizando nesse período da pandemia uma média de três mortes por dia.[3] Dentre os dados levantados, vê-se que treze estados apresentaram alta nos índices se comparado ao mesmo período do ano anterior. Assim, nomear e definir o problema é um passo fundamental para o combate à violência de gênero, que tantos males trazem à sociedade. Tal enfrentamento, vale registrar, pode ser realizado com a implementação de ações efetivas de prevenção, sendo essa uma tarefa a ser abraçada em caráter prioritário pelo Poder Público.

Do ponto de vista material, a desigualdade de gênero prejudica a adoção de políticas públicas específicas. Em um Estado Democrático de Direito, a garantia de

---

[2] É importante assinalar que o presente estudo não compartilha do entendimento segundo o qual a criação de leis seria a panaceia para a resolução dos problemas sociais, o que mais se pareceria com uma *nomocracia*. Os problemas sociais, ao contrário, precisam ser atacados com acurácia e racionalidade no seu cerne, o que envolve a criação de políticas públicas específicas, dentre outras atitudes proativas.

[3] Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/10/10/uma-mulher-e-morta-a-cada-nove-horas-durante-a-pandemia-no-brasil>. Acesso em: 22 jul. 2021.

posições jurídicas (rol de direitos) dos mais frágeis deve ser buscada e efetivada a contento, sob pena de violação aos valores que consagram a solidariedade e a paz social.

A ideia, assente desde priscas eras, de que o homem foi criado para dominar as relações sociais, utilizando-se de sua força física (brutalidade), aliada à cultura machista, estende-se até os dias presentes, com reverberações em diversos âmbitos da vida pública e privada. O machismo, portanto, é uma forma equivocada de legitimação da dominação masculina, tolerando, no limite, impiedosamente, a eliminação física de mulheres por razões sexistas.

Por muito tempo a mulher foi privada de trabalhar fora de casa, votar, possuir autonomia financeira ou sobre o seu próprio corpo. Veja-se que era comum o pai escolher o esposo da sua filha, privando-a de suas próprias escolhas. Para fins históricos, importa sublinhar que no Brasil Colonial havia uma proteção jurídica à honra do homem, como se dessume do título XXXVIII do Livro V das Ordenações Filipinas, denominado como "Do que matou sua mulher, pô-la achar em adultério", em que se concedia ao marido o direito de matar sua esposa caso essa fosse flagrada em adultério. Com efeito, até hoje são deveras marcantes os traços de desigualdade de gênero na sociedade, o que sem dúvidas acarreta na disseminação da violência aqui estudada.

Embora bastante corriqueiros na sociedade, os discursos e práticas que reduzem a dignidade da mulher, naturalizando preconceitos de gênero, dentre outras práticas abomináveis, merecem ser combatidos a cada dia. A sociedade brasileira precisa urgentemente se desvencilhar dos escolhos do patriarcado. Como bem enfatizado por Ana Lúcia Sabadell (2013, p. 220), o patriarcado é "o predomínio de valores masculinos, fundamentados em relações de poder [...] por meio de complexos mecanismos de controle social que oprimem e marginalizam mulheres".[4]

Na mesma direção, Sylvia Walby (1990) conceitua o patriarcado como um sistema de estruturas e práticas sociais em que homens dominam, exploram e oprimem

[4] Para maiores aprofundamentos sobre a temática do patriarcado, confira-se, também, dentre outros: LERNER, Gerda. **A Criação do Patriarcado:** história da opressão das mulheres pelos homens. Trad. de Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019; WOOLF, Virginia. **As mulheres devem chorar… ou se unir contra a guerra:** patriarcado e militarismo. Trad. de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019; BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo:** volume 1: fatos e mitos. Trad. de Sérgio Millet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

mulheres. A partir disso, observa-se que apenas o homem tem acesso às formas e estruturas sociais de Poder, cuja lógica mais comum, consoante lembrado pelo filósofo contemporâneo Byung-Chul Han (2019, p. 9), consiste em tonar a liberdade do *alter* limitada pelo poder do *ego* (o *alter* sofre a vontade do *ego* como algo alheio a ele).[5]

Conforme já adiantado, a Lei Maria da Penha, surgida há quinze anos, representa um marco na luta em defesa do direito à vida das mulheres, ressaltando-se, para além disso, o direito de conviver no âmbito doméstico e familiar sem sofrer qualquer forma de violência. Uma análise fria da realidade, todavia, revela a ausência de efetividade dessa lei, principalmente no que toca ao implemento de políticas de prevenção da violência, focadas no incentivo ou fomento de práticas de reeducação do agressor, acompanhamento psicossocial,[6] etc., assim como – e fundamentalmente – de apoio às mulheres vítimas de violência.

Em que pesem os significativos avanços legislativos, observa-se que esse método de enfrentamento do problema (edificação de novas leis) não é bastante, o que ficou evidenciado no presente cenário pandêmico (Covid-19), no qual os índices de violência doméstica e familiar contra a mulher lograram aumentar, consoante será melhor esclarecido no item seguinte.

2. Pandemia da Covid-19 e violência contra à mulher

Uma das medidas mais orientadas internacionalmente, porquanto eficiente para se combater a disseminação do novo coronavírus, é o isolamento social. No entanto, é certo que a mudança de rotina e sobretudo o fato de conviver mais tempo próximo ao homem pode gerar impactos perigosos na vida da mulher vulnerável, em especial aquela que vem sofrendo ou já sofreu algum tipo de violência doméstica. É certo que um maior

[5] É importante ressaltar, todavia, que essa representação comum do poder, na visão do autor, não é justa à sua complexidade, o que se observa, por exemplo, "na medida em que a ação do poderoso é afirmada ou interiorizada pelo subordinado como sua *própria* ação" (Idem, p. 11).

[6] A esse respeito, vejam-se os incs. VI e VII do art. 22 da Lei 11.340/06, acrescentados pela Lei 13.984, de 2020, *verbis*: Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: (...); VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

convívio pode fazer medrar conflitos familiares, mormente quando se tem que muitas mulheres se tornam obrigadas a permanecer com seus agressores por mais tempo.

Sob essa perspectiva, observa-se que em 2020 o Brasil registrou um aumento de 22,2% nos casos de mortes violentas contra mulheres (VIOLÊNCIA DOMÉSTICA..., 2020), não se sabe quantas delas feminicídio, a depender da conclusão das investigações e do processo criminal, sem embargo de que os dados apresentam uma redução nas denúncias em delegacias de polícias referentes a agressões domésticas tipo lesão corporal, o que pode indicar uma maior dificuldade de a mulher denunciar o agressor em virtude da proximidade ou até pelo receio de violar o isolamento social.

Os índices da pesquisa em tela remetem a possibilidade de que as mulheres estão mais seguras fora do que dentro do seu próprio lar. Cumpre sublinhar que apesar das questões ligadas ao patriarcado, que por vezes explicam tais crimes, outras variáveis também entram nessa equação, a exemplo da etnia, idade e comunidade em que a vítima reside.

Segundo dados obtidos da Central Nacional de Atendimento à Mulher (Ligue180), os registros de denúncias de agressões cresceram 27% entre 2019 e 2020 (VIOLÊNCIA DOMÉSTICA..., 2020), aí incluído o período em que o isolamento social havia começado. Apenas em abril de 2020, quando comparado com o número de denúncias de abril de 2019, o crescimento foi de 37,6%, revelando o incremento da violência contra a mulher no período (VIOLÊNCIA DOMÉSTICA..., 2020). Por outro lado, em todos os Estados da Federação analisados se verificou a redução dos registros de lesão corporal dolosa em decorrência de violência doméstica no período de março e abril de 2020 (VIOLÊNCIA DOMÉSTICA..., 2020).

Dados do *Atlas da Violência 2020*, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), já vinham sinalizando a estabilidade da chaga social das práticas reiteradas de violências graves contra a mulher, a partir de anos precedentes: no ano de 2018 uma mulher foi assassinada no Brasil a cada duas horas, totalizando a elevada cifra de 4.519 vítimas.

Em 2015, ano em que a Lei 13.104 foi sancionada, houve o registro de 445 casos análogos ao feminicídio, sendo 763 casos no ano seguinte, alcançando-se, em 2017, o patamar de 1.047 casos, índices esses que apresentaram leve evolução nos anos subsequentes. No período da pandemia, nomeadamente em 2020, os números chegam a 1.823 mortes, apresentando uma rápida evolução em virtude da vulnerabilidade da mulher ao conviver por mais tempo com seu companheiro em casa (VIOLÊNCIA DOMÉSTICA..., 2020).

É importante que se identifiquem e se punam as mortes de mulheres em virtude do gênero, como o feminicídio, a fim de se dar a devida visibilidade à essa brutal letalidade, que não se confunde com "meros incidentes na vida do um casal". Buscar essa visibilidade não se trata apenas de explicitar o que estava nos escaninhos das relações (abusivas) entre homem e mulher, mas também politizar, no mais puro sentido do termo, uma luta legítima em prol da igualdade de gênero, contra o patriarcado e o machismo.

Nessa lógica, vê-se que o primeiro passo é reconhecer e identificar o problema existente, para só então tratá-lo com a importância que merece. Assim, reconhecer as mortes de mulheres por questões ligadas ao sentimento de dominação masculina é um marco no processo de defesa dos direitos humanos.

3. Violência contra a mulher e a tese da legítima defesa da honra

O contexto histórico do surgimento da tese da "legítima defesa da honra" deu-se, consoante adiantado, com o assassinato de Ângela Diniz, fato ocorrido em 1976 e que teve grande repercussão nacional. O autor, Raul Fernando do Amaral (*Doca Street*), inconformado com o fim do relacionamento, resolveu assassinar brutalmente a sua ex-companheira. Na defesa do réu, pela vez primeira surgiu na literatura do júri brasileiro a chamada tese da "legítima defesa da honra". Esse, portanto, seria um argumento justificante, capaz de excluir a ilicitude do fato. É importante ressaltar que a defesa, patrocinada pelo jurista Evandro Lins e Silva, se sagrou exitosa no primeiro julgamento, realizado em 1978 (SILVA, 1991).

Recentemente, a prefalada tese voltou à ribalta quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a cautelar requestada nos autos da ADPF 779, de autoria do Partido Democrático Trabalhista (PDT). Em decisão unânime tomada pelo plenário virtual da corte (julgamento concluído em 12-03-2021), restou reconhecida a inconstitucionalidade da tese, por ferir direitos e valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade de gênero. Em outras palavras, não há incompatibilidade jurídica em se reconhecer a soberania dos veredictos, de um lado, e, do outro, se vedar o soerguimento de teses absurdas no plenário do júri, mantendo-se também intacta a norma que consagra a plenitude de defesa.

Como ressaltado pelo relator, min. Dias Toffoli, a ideia de legítima defesa da honra tem origens arcaicas e ultrapassadas, considerando-se um retrocesso na luta brasileira de coibição à violência sistêmica contra a mulher. Nesse diapasão, vale transcrever excerto da sua decisão monocrática:[7]

> Aquele que pratica feminicídio ou usa de violência, com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa. Assim sendo, o adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal.

Essa tese tem o condão de naturalizar o feminicídio na sociedade, pois objetifica a mulher, reduzindo-a a mera propriedade do homem. Portanto, trata-se de argumento que corrobora com a inferiorização jurídica da mulher, apoiando-se em justificativas eminentemente machistas, com origens históricas na desigualdade de gênero. Daí que se observa o uso indiscriminado desse sustentáculo jurídico para explicar homicídios praticados por homens em desfavor de suas companheiras. Enquanto isso, o Brasil caminha a passos largos no aumento dos índices de feminicídio, sendo, atualmente, a quinta nação no ranking de homicídios contra as mulheres (AGÊNCIA BRASIL, 2018). Ao ver certeiro de Cristiane Brandão (2017, p. 1), falar de feminicídio é falar essencialmente de dominação masculina.

Nesse contexto, busca-se culpabilizar a vítima pela sua própria vitimização, isentando-se o criminoso da correspondente responsabilidade penal, numa abjeta e

---

[7] Íntegra da decisão monocrática disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345767404&ext=.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.

inaceitável inversão de papeis, o que não significa dizer que o comportamento da vítima deva ser desprezado no ato de dosimetria da pena, por exemplo (OLIVEIRA NETO, 2020).

Sob o ponto de vista da dogmática penal, cumpre ressaltar que a tal "legítima defesa da honra" não encontra abrigo no instituto da legítima defesa, previsto no artigo 23, inciso II, do Código Penal brasileiro. Ademais, o artigo 25 do mesmo Códex elucida o que seja um agir em legítima defesa:

> Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

À luz da lei penal, portanto, em nenhum momento a violação da honra se trataria de uma agressão apta a autorizar a supressão da vida de outrem, pois esse seria um entendimento totalmente desproporcional e irrazoável, com o qual o direito não pode compactuar. O próprio art. 28, inciso I, CP, diz que a emoção ou a paixão não excluem a imputabilidade penal.

Com efeito, a reprovação a eventuais atos de infidelidade deve cingir-se ao âmbito ético e moral, de sorte que inexiste um direito subjetivo de agir com violência contra uma parceira (ou parceiro) que violou os laços de fidelidade.

Conclusão

Ao longo da história da humanidade a mulher tem sido vítima de uma estrutura social patriarcal, cujo *filho querido*, por assim dizer, é o machismo, que traduz a falsa ideia de que a mulher é um ser inferior ao homem, a quem cumpriria exercer sobre ela dominação. No Brasil, houve alguns acenos legislativos no sentido de se combater ou minimizar a violência doméstica e familiar contra a mulher, destacando-se as Leis 11.340/06 e 13.104/15.

Pesquisas iniciais revelam que com o advento da pandemia da Covid-19 houve um aumento sensível da violência contra as mulheres, nomeadamente da violência

extrema. Pelos dados que se tem, e considerado o recente período, ainda não dá para aferir desde o plano jurídico-criminal se a forma mais grave de violência perpetrada, vale dizer, a morte, realmente se trata de feminicídio, consoante entabulado no artigo 121, § 2º-A, do CP, exigindo-se, para essa asserção, a conclusão dos respectivos processos penais.

Discursos que incitam ou tentam justificar qualquer forma de violência contra a mulher devem ser defenestrados e, pois, jamais servir de parâmetro para julgamentos de casos criminais, sobretudo ao se tratar do feminicídio, em que a vítima é vulnerável. Assim, invocar o discurso da "legítima defesa da honra" como justificativa para o feminicídio soa desumano e reforça o ciclo de violência, de maneira que andou bem o plenário virtual do STF no recente julgamento cautelar da ADPF 779.

Referências Bibliográficas

AGÊNCIA BRASIL. Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo. **Exame,** 2018. Disponível em: < https://exame.com/brasil/taxa-de-feminicidios-no-brasil-e-a-quinta-maior-do-mundo/>. Acesso em: 04 jul. 2021.

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2020. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).** Brasília, 2020. Disponível em: < https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.

AUGUSTO, Cristiane Brandão. Vida e morte no feminino: violência letal contra a mulher na ordem do patriarcado. In: **Seminário Internacional Fazendo Gênero**, Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo:** volume 1: fatos e mitos. Trad. de Sérgio Millet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

CORRÊA, Mariza. **Os crimes da paixão,** Coleção Tudo é história, v. 33. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

CORRÊA, Mariza. **Morte em família.** Rio de Janeiro: Graal, 1983.

COSTA, Suely Gomes. Movimentos feministas, feminismos. In: **Estudos Feministas,** Florianópolis, 12(N.E.): 264, setembro-dezembro/2004.

HAN, Byung-Chul. **O que é poder?** Trad. de Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis: Vozes, 2019.

LERNER, Gerda. **A Criação do Patriarcado:** história da opressão das mulheres pelos homens. Trad. de Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima.** São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

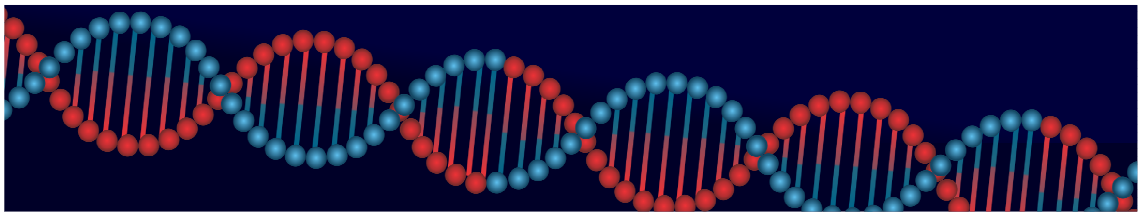
SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica:** introdução a uma leitura externa do direito. 6. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Evandro Lins e. **A defesa tem a palavra.** 3. ed. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA DE COVID19. ed. 2. In: **Fórum Brasileiro de Segurança Pública,** 2020. Disponível em: < https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.

WALBY, Sylvia. **Theorizing patriarchy.** Oxford, UK: Basil Blackwell, 1990.

WOOLF, Virginia. **As mulheres devem chorar… ou se unir contra a guerra:** patriarcado e militarismo. Trad. de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.



CIBERCRIMINALIDADE: INCIDÊNCIA DE CONDUTAS VIRTUAIS A PRINCÍPIO CRIMINOSAS NO MUNICÍPIO DE IGUATU-CE DURANTE O PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19 DE JANEIRO DE 2020 A MAIO DE 2021

*Willian Matheus Gonçalves Agostinho**
*Vanielli de Araújo Batista***
*Fernando Menezes Lima****

Resumo: O presente trabalho busca analisar os indicativos de crimes virtuais, também conhecidos em inglês como *cybercrimes*, tendo como procedimento metodológico o dedutivo a partir de uma pesquisa quantitativa e bibliográfica, a qual foi feita em campo e posteriormente realizada uma análise à luz dos dados obtidos. Este artigo irá tratar sobre os principais aspectos dessa tipificação criminosa, entre eles os seus infratores, os principais crimes, as leis penais brasileiras que falam a respeito do tema, bem como as suas concepções gerais. Procura-se também apresentar a incidência dessas práticas criminosas no município de Iguatu-CE durante a pandemia da COVID-19 de janeiro de 2020 a maio de 2021. Em síntese, este artigo apresenta também dados estatísticos obtidos na Delegacia Regional de Polícia Civil de Iguatu-CE, a fim de analisar qual o principal indicativo de crime, com que frequência ocorre e quais são os locais de registro. Por fim, serão apresentadas possíveis soluções para a questão principal do trabalho, as quais encontram-se pautadas em hipóteses, para os possíveis meios de coibir e/ou diminuir as condutas delituosas nos espaços virtuais.

* Acadêmico do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA. *E-mail*: matheus.goncalves@urca.br

** Acadêmica do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA. *E-mail*: vanielli.araujo@urca.br

*** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA). Professor auxiliar do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri - URCA. *E-mail*: fernando.menezes@urca.br

Palavras-chave: *Internet*. Coronavírus. Indicativo de crime.

Abstract: The present work seeks to analyze the indicatives of virtual crimes, also known in English as cybercrimes, having as a methodological procedure the deductive one, based on a quantitative and bibliographical research, which was carried out in the field and later performed an analysis in the light of the obtained data. This article will deal with the main aspects of this criminal classification, including its offenders, the main crimes, the Brazilian criminal laws that talk about the subject, as well as its general conceptions. It also seeks to present the incidence of these criminal practices in the municipality of Iguatu-CE during the COVID-19 pandemic from January 2020 to May 2021. In summary, this article also presents statistical data obtained from the Regional Civil Police Office of Iguatu -CE, in order to analyze which is the main indication of crime, how often it occurs and which are the places of registration. Finally, possible solutions to the main issue of the work will be presented, which are based on hypotheses, for possible ways to curb and/or reduce criminal conduct in virtual spaces.

Keywords: Internet. Coronavirus. Signal of crime.

Introdução

A pandemia da COVID-19[1] produziu uma série de complicações em diversos âmbitos, desde políticos, econômicos, sociais e sobretudo na área da saúde. Em consequência da fácil transmissão do vírus e do crescimento acelerado do número de casos positivos, houve mudanças sociais no modo de vida adotado durante os últimos anos. Em consequência disso, os estados brasileiros e os seus respectivos munícipios adotaram várias medidas preventivas para conter a propagação do contágio, dentre elas, a de isolamento social.

Com os comércios fechados, aulas suspensas e eventos culturais cancelados, todos os processos que antes eram realizados presencialmente tiveram a necessidade de encontrar, repentinamente, uma nova forma de se reinventar. A solução encontrada foi a

[1] Doença causada por uma nova espécie de coronavírus, denominado SARS-CoV-2.

transferência de todos esses processos para o espaço virtual. Sendo assim, o trabalho em casa passou a fazer parte do “novo normal”. Não habituados a essa experiência, por se tratar de uma transformação recente para os indivíduos, além da deficiência do mundo virtual em relação à segurança, deu-se margem à prática criminosa.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a incidência das condutas virtuais a princípio criminosas no munícipio de Iguatu-CE durante o período da pandemia da COVID-19 no período de janeiro de 2020 a maio de 2021. Este artigo também busca apresentar qual o principal indicativo de crime, com que frequência acontece e quais são os locais de registro.

Para tanto, a segunda seção deste artigo tem por objetivo apresentar como surgiu a *internet*, para que propósito foi criada e como ocorreu seu processo evolucional ao longo dos anos até se chegar ao nível em que se encontra hoje, sujeita a sofrer novas transformações, tornando-se indispensável na vida do homem moderno. Apresenta ainda como se deu sua implementação e desenvolvimento no Brasil, além de expor como se iniciaram as práticas delituosas no espaço virtual, quem são os seus principais infratores e a principal prática criminosa cometida. Depois disso, discorre-se acerca das leis penais brasileiras que tratam a respeito das práticas criminosas no âmbito virtual.

Por fim, a terceira seção apresenta uma análise de dados estatísticos obtidos junto à Delegacia Regional de Polícia Civil do município de Iguatu-CE sobre a incidência dos indicativos de crimes virtuais praticados durante o período pandêmico, com foco entre janeiro de 2020 a maio de 2021.

1. Crimes virtuais e a tipificação no ordenamento jurídico

Antes de aprofundar o tema título proposto neste capítulo, procura-se traçar uma perspectiva histórica do *lócus* onde se materializam os crimes virtuais: a *internet.* O primeiro vestígio que se tem de seu surgimento data da década de 1960 nos Estados Unidos (EUA).[2] Esse projeto foi criado pela Agência de Investigação de Projetos Avançados (ARPA) e recebeu o nome de ARPANET, tendo como seu objetivo

[2] Informação retirada do jornal eletrônico Folha de São Paulo.

principal criar uma rede descentralizada de uso exclusivamente militar, haja vista que esse período estava inserido dentro do contexto da Guerra-Fria (1945-1991).

Somente no ano de 1986, o projeto passou a ser chamado pelo termo *internet*. Para que a *internet* fosse utilizada pela população no mundo inteiro, "foi crucial a criação da WWW – Word Wide Web –, pelos engenheiros Robert Caillaiu e Tim Berners-Lee, criadores também do HTML – HyperText Markup Language – e também dos browsers" (*apud* WENDT; JORGE, 2013, p. 8). A partir disso, A *internet* transforma-se num sistema mundial público de rede de computadores.

A *internet* demorou um pouco até chegar no Brasil devido a diversos fatores. Essa implantação passou por vários processos de adaptação e só foi possível a sua chegada devido a BITNET, uma rede de universidades fundada no ano de 1981, que conectou a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) ao Fermilab, laboratório de Física, em Illinois nos Estados Unidos.

Em 1990, foi criada a Rede Nacional de Pesquisa (RNP) pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, o qual objetivava criar uma base nacional para serviços de *internet*. Dessa forma, a FAPESP teve sob sua posse o domínio ".br" e a responsabilidade de disponibilizar endereços de Protocolo de *Internet* (IPs) para todo o Brasil. Em 1995, ela é disponibilizada pelo Ministério das Comunicações, tornando-se pública e passando a ser comercializada em todo território nacional, dando início ao seu processo definitivo de utilização.

Hoje, a *internet* se mostra indispensável na vida da população brasileira, sendo peça chave nos processos diários. No Brasil, atualmente, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE), o percentual de domicílios brasileiros que usam a *internet* subiu de 79,1% para 82,7% de 2018 para 2019, o que representa alta de 3,6 pontos percentuais (p.p.). Tendo em vista as variáveis de sexo e idade, no que tange ao uso da *internet*, as mulheres utilizam equivalente a um percentual de 79,3%; os homens, 77,1%; crianças entre 10 e 13 anos, 77,7%; pessoas entre 20 a 29 anos, 93,0%. Esse percentual começa a cair até atingir 45% no grupo de 60 anos ou mais, porém essa faixa etária obteve o maior crescimento, com o aumento de 6,3 p.p.

Com as recomendações de isolamento social em detrimento da pandemia da COVID-19, a tecnologia se tornou um instrumento imprescindível na vida das pessoas. Nessa nova perspectiva de estrutura social, “a informação é riqueza, é poder e o motor para o desenvolvimento e bem-estar social” (JESUS; MILAGRE, 2016, p. 14). Embora a evolução tecnológica tenha propiciado incontáveis privilégios às pessoas – essenciais e indispensáveis – acabou por trazer consigo alguns problemas que lhes atribuíram prejuízos, entre eles, a ocorrência de práticas criminosas.

Resguardada no Código Penal (CP) brasileiro, a incidência dessas condutas delituosas dentro do espaço virtual através de dispositivos eletrônicos é o que chamamos de crimes virtuais. “A *internet* é rica, e onde há riqueza, existe crime” (JESUS; MILAGRE, 2016, p. 14), isto é, nada está contra o vil metal. A frequência com que esses crimes acontecem acaba por dificultar as apurações por parte dos órgãos responsáveis dentro do ordenamento jurídico brasileiro e, muitas vezes, impossibilitar a aplicação das sanções cabíveis, causando uma sensação de insegurança jurídica.

Os principais infratores do espaço virtual, de acordo com Rocha (2013), são divididos em: a) usuário comum: indivíduos que não possuem a má intenção de cometer esses delitos, mas que acabam por praticá-los; b) *carders*: são os estelionatários especializados em fraudes; c) *hackers*: são indivíduos casualmente conhecidos por efetuarem invasões, estas para beneficiarem terceiros ou prejudicá-los; e d) *crakers*: são os verdadeiros criminosos do espaço virtual, pois utilizam do seu conhecimento em informática para fins ilícitos, como, por exemplo, descobrir senhas, dados pessoais, entre outras práticas.

Dentro do ambiente virtual, as práticas criminosas são inúmeras, sendo que a de maior frequência é a de fraudes virtuais e a de estelionato**.** A fraude consiste em uma atitude que visa, de má-fé, enganar ou ludibriar alguém, fazendo com que a vítima se sinta violada ou lesada. Conforme Venosa (2009, p. 433), a fraude consiste em uma das mais graves infrações que podem vir a ocorrer, pois traz desestabilidade dentro do meio social e pode não se chegar a um reparo diante dos prejuízos causados. Ela ocorre quando há apropriação, transformação ou qualquer aspecto que atribua mudança, podendo ser encontrada nas entrelinhas que compõem as práticas cotidianas recorrentes na vida do homem e até mesmo dentro do próprio Direito. A exemplo deste tipo de

crime, podemos citar o caso da atriz Carolina Dieckmann, no qual um infrator subtraiu fotos íntimas da atriz, através de um *e-mail* (*spam*) utilizado como "isca" e depois divulgou as imagens na *internet*. Esse fato culminou na criação da lei 12.737/2012 que tratamos adiante.

O crime de estelionato é previsto no artigo 171 do CP e se define por "obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Aplicando uma pena de reclusão de um a cinco anos e multa". Na maioria dos caso, esse crime ocorre quando o infrator envia um *link*, através de redes sociais ou *e-mails*, no qual irá redirecionar a vítima a um site comercial, para que assim ele possa realizar o recolhimento ilícito dos dados pessoais e/ou bancários da vítima.

Assim, para se configurar como crime de estelionato, faz-se necessário o preenchimento obrigatório de quatro requisitos, de acordo com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT, 2015): "obtenção de vantagem ilícita; causar prejuízo a outra pessoa; uso de meio de ardil, ou artimanha, e enganar alguém ou a levá-lo a erro". Portanto, para o TJDFT, a ausência de um dos quatro elementos, seja qual for, impede a caracterização do crime de estelionato.

Os crimes virtuais são práticas consideradas tecnicamente recentes. Essas condutas delituosas, presentes no universo virtual, são resguardadas no CP brasileiro. Entretanto, as leis que abarcam a apuração desses crimes ainda são genéricas e deficientes, pois padecem no que se referem às suas especificidades, causando um sentimento de insegurança jurídica. Essa insegurança é explicitamente expressa no dizer popular de que "a *internet* é terra de ninguém!". Diante dessa concepção, que não deve ser aceita de forma passiva, faz-se necessária a conformidade harmônica do ordenamento jurídico brasileiro à medida que a tecnologia avança, pois, consoante a concepção de Hobbes (2019), o Estado é o artifício humano capaz de reparar as desordens que permeiam a sociedade, a fim de garantir a segurança do indivíduo e o bem-estar social, como disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Em conformidade com a ausência de leis que possam discorrer de forma específica sobre essas práticas criminosas está o art. 1° do CP, o qual afirma que "não

há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". Destarte, se as práticas criminosas virtuais não estão especificadas em lei, seus respectivos infratores poderão sair impunes. Diante disso, percebe-se a necessidade urgente de que o poder legislativo brasileiro não só reformule as normas jurídicas punitivas referentes a esses delitos, como também a adote sanções mais rigorosas, visando coibir ou diminuir as condutas criminosas no espaço virtual.

A lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012, em consequência do seu conteúdo polêmico e suas controvérsias, passou por um período de tramitação extenso, culminando em vetos nos artigos que a integravam, tornando-se uma lei vaga e com poucas e frágeis disposições. Em suma, essa lei estabelece que os órgãos da polícia judiciária deverão criar setores e equipes especializadas para combater a ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado (art. 4º). Assinala ainda a responsabilidade atribuída ao Estado de capacitar e investir na especialização dos órgãos de segurança pública com os treinamentos e equipamentos adequados.

A lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, sancionada com o objetivo de criminalizar a invasão de privacidade, teve como estopim para sua criação o caso da atriz Carolina Dieckmann, relatado anteriormente neste trabalho. Esta lei tipificou práticas que, até então, não eram consideradas ilícitas no rol dos crimes virtuais. Além disso, proporcionou modificações no CP, inserindo os artigos 154-A e 154-B, criando a chamada "invasão de dispositivo informático". Esta lei também objetivou incriminar a interferência em sistemas de dispositivos eletrônicos. E, por fim, alterou o crime de falso, especificando a equiparação da falsificação de cartão de crédito ou débito à falsificação de documento particular.

A lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 é titulada como o Marco Civil da *Internet* (MCI). Tem por objetivos estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil e determinar as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (art. 1º), além de buscar disciplinar o usuário diante do uso da *internet* no território nacional. Essa lei tem por fundamento o exercício do respeito à liberdade de expressão (art. 2º) e tipificou outros diversos fatores inerentes a ela.

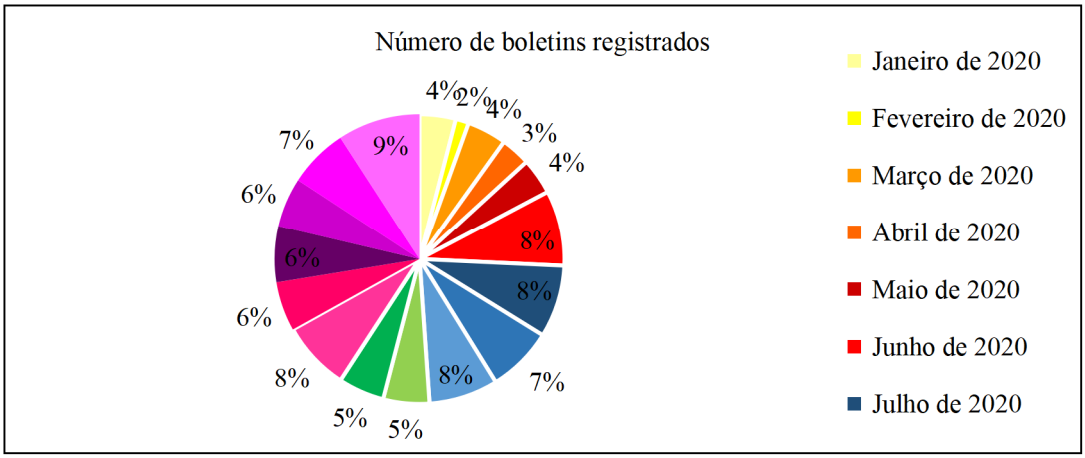
Até aqui, discorreu-se sobre o contexto de surgimento da *internet* nos EUA e no Brasil, passando pela concepção dos crimes virtuais e da legislação pertinente no país. Adiante, apresenta-se a análise de dados estatísticos concernentes à incidência dos boletins de ocorrência informando a princípio sobre a prática criminosa estelionato dentro do espaço virtual registrados durante o período pandêmico.

2. Análise da incidência de condutas virtuais a princípio criminosas em iguatu-ce durante o período pandêmico

A partir da coleta de dados realizada junto à Delegacia Regional de Polícia Civil de Iguatu-CE, analisou-se a incidência de condutas virtuais a princípio criminosas no município de Iguatu-CE durante a pandemia no período de janeiro de 2020 a maio de 2021. No decorrer do ano de 2020, foi registrado um total de 182 boletins de ocorrência informando a princípio sobre a prática criminosa estelionato dentro do espaço virtual, com uma média mensal de 15,16 e diária de 0,5 de boletins de ocorrência registrados. Isso significa dizer que, a cada dois dias, um boletim em relação a prática criminosa de estelionato virtual foi registrado no município, representando um número consideravelmente elevado. O mês de maior incidência foi junho, no qual se registrou 23 registros, ao passo que o mês de menor ocorrência foi fevereiro, apresentando o número de 4 registros (Gráfico 1).

Já nos cinco primeiros meses do ano de 2021, foi registrado um total de 90 boletins de ocorrência informando a princípio sobre a prática criminosa estelionato dentro do espaço virtual, sendo o mês de maio aquele que concentrou o maior número de incidência. A média diária nesse período dos cinco primeiros meses no ano de 2021 foi de 0,6 boletins de ocorrência registrados. Isso quer dizer que, comparada à média diária dos cinco primeiros meses do ano de 2020 (0,3), necessitou-se de menos de 2 dias para o registro de um boletim. Já a média mensal dos cinco primeiros meses do ano de 2021 é de 18. Essa média, comparada à dos cinco primeiros meses do ano 2020 (9,4), representa um aumento de 91,5% no número de boletins de ocorrência informando a princípio sobre a prática criminosa estelionato dentro do espaço virtual, conforme apresenta o Gráfico 1.

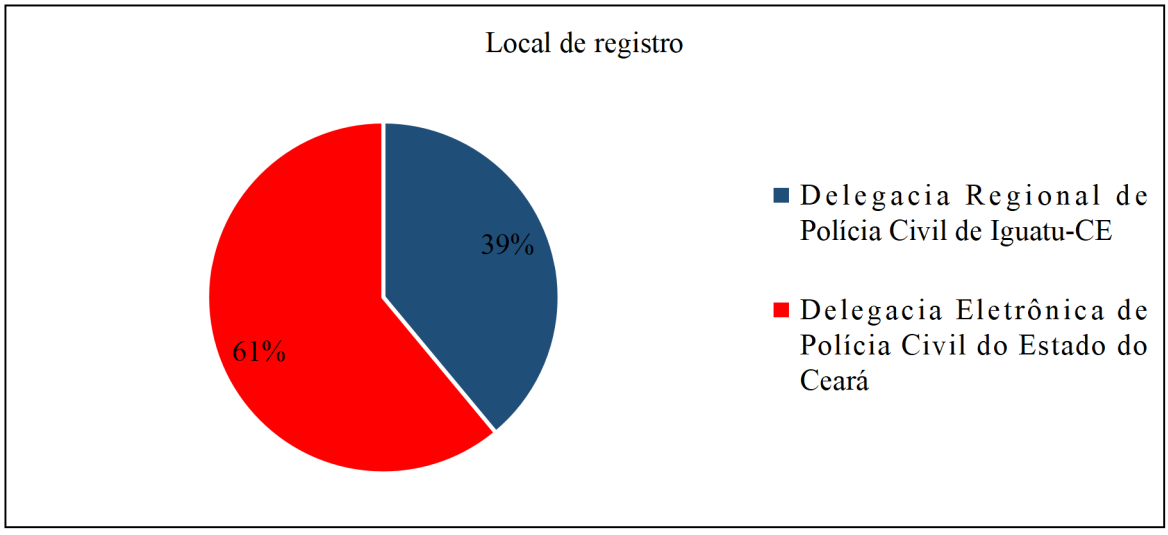
Gráfico 1 – Boletins de ocorrência informando a princípio sobre a prática criminosa estelionato dentro do espaço virtual registrados no ano de 2020 a maio de 2021



Fonte: Elaborado pelos autores (2021).

O gráfico 2 demonstra o percentual referente aos locais onde os boletins foram registrados no período de janeiro de 2020 a maio de 2021. Na Delegacia Regional de Polícia Civil de Iguatu-CE, foi registrado um percentual de 39% desses boletins de ocorrência, já na DELETRON, 61%.

Gráfico 2 - Local de registro dos boletins de ocorrência no ano de 2020 a maio de 2021



Fonte: Elaborado pelos autores (2021).

A DELETRON apresenta o maior percentual de registro (61%) em consequência das medidas de isolamento e distanciamento social adotadas durante o período da pandemia da Covid-19, uma vez que o meio eletrônico foi utilizado como uma maneira preventiva em razão de um deslocamento desnecessário do indivíduo até a Delegacia

Regional de Polícia Civil para registrar um boletim de ocorrência.

Considerações Finais

Através deste estudo, foi possível observar que existem indicativos de crimes virtuais no munícipio de Iguatu-CE e que há uma incidência frequente, sendo o estelionato a principal prática virtual a princípio criminosa no período investigado. Foi constatado um aumento percentual significativo de 91,5% no número de registro de boletins de ocorrência, no que concerne ao indicativo de crime tratado neste trabalho durante os cincos primeiros meses do ano de 2021, pleno período pandêmico, em relação aos cinco primeiros meses do ano de 2020.

Conforme se demonstrou, o crescimento no número de boletins de ocorrência registrados está diretamente relacionado ao elevado índice de usuários da *internet* e dos meios eletrônicos, consequência das medidas de isolamento social adotadas pelos estados e munícipios brasileiros para conter o avanço no número de casos positivos da COVID-19, uma vez que forçosamente fez com que milhares de empresas e indivíduos adotassem a modalidade de trabalho *home-office* (escritório em casa). Milhões de dispositivos eletrônicos pessoais começaram a acessar redes e arquivos de maneira remota. Consequentemente, milhões de portas abertas para a atuação de criminosos virtuais.

O indivíduo pode evitar a ocorrência dessas práticas criminosas atualizando os *softwares* dos seus dispositivos eletrônicos para que a segurança seja reforçada. Caso seja vítima dessa prática criminosa e de outras que compõem o universo virtual, o indivíduo pode registrar um boletim de ocorrência, tanto na Delegacia Regional de Polícia Civil da sua respectiva localidade no estado do Ceará, quanto por meio eletrônico.[3] Além do boletim, o cidadão poderá portar em mãos, como prova da ocorrência de indício de crime, *prints*, extratos bancários, entre outros. As pessoas também podem auxiliar as investigações repassando as informações que auxiliem os órgãos de segurança pública. Essas denúncias podem ser feitas através do número 181

[3] Através da Delegacia Eletrônica de Polícia Civil do Estado no site: http://www.delegaciaeletronica.ce.gov.br/br

da Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS), nas quais o sigilo e o anonimato são garantidos.

Assim, faz-se necessário que o ordenamento jurídico esteja em perfeita sintonia com a evolução técnico-científica, propondo a elaboração de uma legislação mais específica, com prerrogativa mais abrangentes no que diz respeito à multiplicidade das práticas criminosas virtuais, com o intuito de coibi-las.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Cláudio Rodrigues. Análise da aplicação do Direito Penal nos crimes virtuais. **Revista Pensar Acadêmico**, Manhuaçu, 2021. Disponível em: http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/pensaracademico/article/view/2535. Acesso em: 16 mai. 2021.

ASC. Estelionato. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT)**, Distrito Federal, 2015. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/estelionato. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL, Cristina Índio do. Sobe para 82,7% percentual de domicílios com *internet*, diz IBGE. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 14 abr. 2021. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/sobe-para-827-percentual-de-domicilios-com-internet-diz-ibge. Acesso em: 14 mai. 2021.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 16 mai. 2021.

CAROLINA Dieckmann fala pela 1ª vez sobre fotos e diz que espera ‘justiça’. **G1.Globo.com**, São Paulo, 15 mai. 2012. Disponível em: http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2012/05/carolina-dieckmann-fala-pela-1-vez-sobre-roubo-de-fotos-intimas.html. Acesso em: 15 mai. 2021.

HOOBES, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Eunice Ostrensky. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

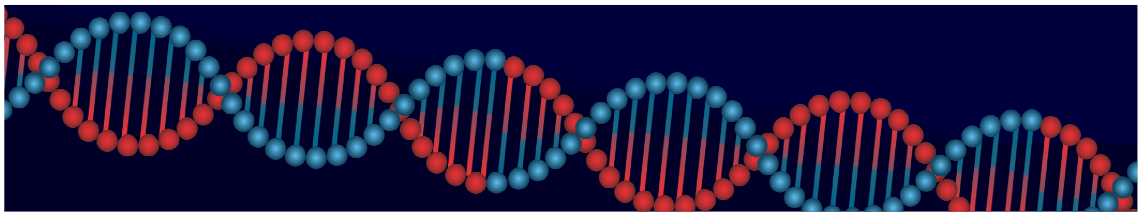
JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Manual de Crimes Informáticos.** São Paulo: Saraiva 2016.

MEDEIROS, Gutembergue Silva. Crimes Cibernéticos: considerações sobre a criminalidade na internet. **Âmbito Jurídico**, Porto Velho, 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-ciberneticos-consideracoes-sobre-a-criminalidade-na-internet/#_ftn1. Acesso em: 17 mai. 2021.

ROCHA, Carolina Borges. A evolução criminológica do Direito Penal: aspectos gerais sobre os crimes cibernéticos e a Lei 12.737/2012. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, 24 ago. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/25120/a-evolucao-criminologica-do-direito-penal-aspectos-gerais-sobre-os-crimes-ciberneticos-e-a-lei-12-737-2012. Acesso em: 17 mai. 2021.

VENOSA, Silvio. **Direito Civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.



VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19 NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS FATORES PREEXITENTES E AGRAVANTES

Meiriane Oliveira Alves⁎

Resumo: O presente trabalho tem como principal objetivo analisar os fatores motivadores para a violência doméstica contra a mulher, tidos como preexistentes ao atual contexto da Pandemia Covid-19 no Brasil, bem como analisar os fatores agravantes provindos desse atual cenário pandêmico, uma vez que o surgimento e a rápida proliferação do Vírus SARS-CoV-2 atingiu inúmeras áreas da sociedade. A pesquisa qualitativa, propõe como mote de discussão a situação de vulnerabilidade e desigualdade de gênero enfrentada pelas mulheres brasileiras e quais as causas explicativas para essa dominação masculina. Por sua vez, a pesquisa quantitativa evidencia a situação preocupante e exponencial de incidência da violação dos direitos e da integridade das mulheres no panorama da Pandemia do novo coronavírus. O estudo evidenciou as desigualdades e adversidades já sofridas pelas mulheres vítimas de violência e a consequente piora e retrocesso estimulados pelo atual contexto da Pandemia. Além disso, o estudo atestou a necessidade da manutenção e promoção da proteção de mulheres vítimas, bem como o estímulo ao empoderamento das mesmas, a fim de promover o enfrentamento à passividade vivida pelas mulheres e a dominação masculina.

Palavras-chave: Violência contra a mulher; Pandemia; Covid-19; Vulnerabilidade; Dominação masculina.

⁎ Graduanda em Direito. Universidade Regional do Cariri, campus Iguatu. E-mail: meiriane.alves@urca.br

Abstract: The main objective of this study is to analyze the motivating factors for domestic violence against women, considered to be pre-existing in the current context of the Covid-19 Pandemic in Brazil, as well as to analyze the aggravating factors arising from this current pandemic scenario, since the emergence of and the rapid proliferation of the SARS-CoV-2 Virus has reached numerous areas of society. The qualitative research proposes as a theme for discussion the situation of vulnerability and gender inequality faced by Brazilian women and what are the explanatory causes for this male domination. In turn, the quantitative research highlights the worrying and exponential situation of the incidence of violation of women's rights and integrity in the panorama of the Pandemic of the new coronavirus. The study highlighted the inequalities and diversities already suffered by women victims of violence and the consequent deterioration and setback stimulated by the current context of the Pandemic. In addition, the study attested to the need to maintain and promote the protection of women victims, as well as to encourage their empowerment, in order to promote the confrontation of the passivity experienced by women and male domination.

Palavras-chave: Violence against women; Pandemic; Covid-19; Vulnerability; Male domination.

Introdução

Com o surgimento do vírus denominado SARS-CoV-2 por volta do mês de dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, na República Popular da China e posteriormente, sua grande propagação no início de 2020, a sociedade, em uma escala global, passou por profundas mudanças. A rotina de milhares de pessoas foi intrinsecamente modificada, com a maior adesão ao home office e ao ensino a distância, bem como medidas públicas de isolamento social para a contenção da propagação da doença.

Obviamente, o Direito e as relações jurídicas refletiram essas transformações. No Brasil, a Lei 13.797 foi sancionada em 07 de fevereiro de 2020 como uma maneira de enfrentamento a eminente emergência de saúde pública que a Pandemia da Covid-19 ofereceu. Desse modo, as problemáticas já preexistentes ao contexto da doença

agravaram-se diante de tal cenário, como é o caso da violência doméstica contra mulheres. Segundo uma pesquisa elaborada pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública em 2019 (FBSP) foram registrados no Brasil 263.067 casos de violência doméstica contra a mulher, sendo 5.170 desses localizados no Estado do Ceará.

A violência contra a mulher mais que questão de saúde pública, caracteriza-se como uma endemia que atinge milhões de mulheres pelo mundo afora, não podendo, infelizmente, ser interrompida por uma vacina, mas sim por conjuntos de esforços do estado e da sociedade (OPAS e OMS, 2021).

Sob essa perspectiva, um panorama que já era preocupante agravou-se no atual contexto da Pandemia Covid-19, tendo em vista que as mulheres foram obrigadas a frequentarem, por maior extensão de tempo, o mesmo ambiente de seus agressores. No caso da cidade de São Paulo, com base em levantamento de boletins, os casos de assassinatos de mulheres no ambiente doméstico praticamente dobraram em 2020 comparado ao mesmo período do ano de 2019.

Assim, inúmeros são os fatores que podem agravar a vulnerabilidade e a consequente violência contra as mulheres no contexto atual da Pandemia do SARS-CoV-2, seja pela incitação de circunstâncias já preexistentes a essa problemática, qual seja o sistema patriarcal, a cultura machista e a desigualdade de gênero, seja também pelos impactos da Pandemia, como é o caso da perda de sustento próprio, isolamento social, o estresse, uso de drogas, a falta de assistência de serviços de enfrentamento, bem como a atribuição de deveres reprodutivos (OPAS e OMS, 2020).

Desse modo, através do entendimento da ininterrupta vulnerabilidade enfrentada pelas mulheres, torna-se imperiosa a análise de natureza qualitativa e quantitativa da violência contra as mulheres sob o panorama da pandemia do novo coronavírus, bem como a análise crítica dos agravantes provindos de tal cenário e os fatores já existentes e tidos como base explicativa para a violência contra as mulheres.

Fatores preexistentes ao cenário da pandemia

A violência contra a mulher, como é sabido, não é um fenômeno atual. Pelo contrário, é um fato existente desde a constituição da sociedade. Tal violência aqui explicitada vai muito além da física, mas se manifesta de diferentes formas, sendo motivada pela desigualdade e dominação de determinado gênero sobre outro, qual seja do masculino contra o feminino. Assim, o patriarcado, sistema de poderio masculino, classifica-se na medida em que homens, não como simples indivíduos, mas como grupo social, exercem controle sobre a vida e corpos de mulheres.

No que diz respeito a posição do Direito Brasileiro, historicamente, nota-se que, enquanto a área Cível preocupava-se em minimizar a autonomia da mulher, seja na forma patrimonial ou vocacional, o Direito Penal preocupava-se em colocar a mulher como sujeito passivo das condutas, tendo em vista que era um ser "frágil" e "doméstico" sem riscos para a sociedade, sendo classificada como "honesta", "pública", "virgem" e "prostituta". (BARRETO, 1991).

Sob esse viés, embora mudanças no contexto atual, o Direito Penal e o ordenamento jurídico como um todo, de forma histórica, propagava a essência do sistema patriarcal, uma vez que, embora se pleiteasse a proteção das mulheres, ao mesmo tempo atentava-se para a idoneidade e honestidade da mesma. Assim, na atualidade, a expressão "mulher honesta" foi extinta da legislação penal desde 1940, entretanto, continua incrustada na concepção jurídica e social, conforme expressa estudos, nos quais atitudes de honestidade ainda são analisadas nos crimes de estupro. (ARDILLON; DEBERT, 1987, p. 35).

Conforme o que já foi exposto, o patriarcado e o machismo constituem-se como a base explicativa para a violência doméstica contra a mulher, sendo a cultura do machismo caracterizada pela supervalorização masculina e negação da evidente desigualdade de gênero, sendo também fruto do determinismo biológico e das relações sociais históricas que depreciavam o papel da mulher.

A Constituição Brasileira de 1988, demonstrou, em sua promulgação, evidente avanço no que diz respeito a proteção e garantia de direitos das mulheres. Em seu artigo

226, por exemplo, no parágrafo oito é evidenciado o dever do estado em zelar pelos integrantes da família, bem como prevenir a violência em tal âmbito. A necessidade de assistência a mulheres em situação de vulnerabilidade e inclusive, a prevenção de ocorrências de violência é de extrema importância, na medida em que encontra respaldo no Princípio da Dignidade, tão bem estimado por nossa Carta Magna.

Contudo, considerado um marco na manutenção dos direitos das mulheres, a promulgação da Lei 11.340 de 07 de agosto 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, constituiu-se como medida de repressão a violência e proteção da mulher vítima. São 7 (sete) títulos divididos em 46 (quarenta e seis) artigos, nos quais estão expressos políticas públicas, forma de procedência nos atendimentos às mulheres vítimas, bem como a diferenciação dos tipos de violência. Entretanto, tal dispositivo ainda carece de muitas melhorias, principalmente no âmbito da prática processual.

Nessa perspectiva, a principal carência da referida norma, Lei 11.340/06, diz respeito a falta de autonomia da vítima, na medida em que insere a mulher no polo passivo, afastando a capacidade da participação da mesma na resolução de seu conflito. Destarte, o que se percebe é que a vítima pouco se posiciona, não evidenciando seus verdadeiros anseios, pois, muitas vezes, o resultado alcançado pelo sistema penal é divergente ao real desejo da mulher vítima. Nesse caso, a cultura patriarcal que rege esse sistema desvaloriza a real situação vivenciada por aquela mulher na medida em que se comporta sem a empatia necessária para cada caso concreto. (MELLO, 2015).

Entretanto, apesar das divergências quanto a aplicação e adequação da Lei Maria da Penha, é sabido que o Direito Penal exerce uma força simbólica e coercitiva na medida em que judicializa atitudes naturalmente arraigadas na sociedade, como é o caso da dominação de um gênero sobre outro. (ANITUA, 2008, P. 756 a 757).

Desse modo, não se condiciona a simples tipificação de uma conduta e sua consequente punição, mas sim a conscientização e empoderamento da vítima acerca de seus direitos e da necessidade de protegê-los tendo em vista sua situação de vulnerabilidade quanto a dominação masculina.

Destarte, a violência aqui discutida, caracteriza-se como uma forma de dominação milenar intimamente estruturada na sociedade, tendo como base explicativa e fundamental o sistema patriarcal, a cultura machista e a consequente desvalorização e desigualdade de gênero, fatores estes que, devido a nova Pandemia Covid-19, acirraram a vulnerabilidade e a violência já existentes.

Fatores agravantes provindos do cenário da pandemia

No Brasil, a ocorrência de violência contra a mulher é algo recorrente e exponencial. Segundo dados oferecidos pelo Global Study on Homicide 2019, o Brasil, entre os países latino-americanos é o segundo mais violento para as mulheres. Somado a isso, os casos de feminicídio aumentaram gradativamente nos últimos anos, passando de 929 caos em 2016, para 1.206 em 2018, segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Naturalmente, um cenário anteriormente chocante pode agravar-se diante de um cenário de riscos e vulnerabilidade social, qual seja o da Pandemia Covid-19. Segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, os casos de feminicídio nos estados brasileiros, no início do ano de 2020, tiveram aumento de 19% a 100% comparado ao mesmo período no ano de 2019. Segundo essa pesquisa, a atuação da Polícia Militar em ocorrências de violência doméstica também teve maior incidência.

Desse modo, muitas poderiam ser as causas para a maior ocorrência da violência contra a mulher. Seja pelos fatores contidos na base explicativa desse tipo de violência e dominação de gênero, seja pelos fatores oferecidos pelo novo cenário mundial, quais sejam a perca de sustento próprio, o estresse, a atribuição de deveres reprodutivos e o isolamento social. Entre esses, o isolamento social é o mais agravante, tendo em vista que a partir dele as mulheres vítimas de violência passaram a ficar em integralidade do dia, perto de seus agressores.

De forma paralela, segundo dados oferecidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, a atuação das mulheres no mercado de trabalho, no ano de 2020, foi a menor dos últimos 30 anos. A partir disso, podemos perceber que a atribuição de tarefas domésticas e reprodutivas ficaram sob responsabilidade da mulher,

tendo em vista que devido ao fechamento de escola e dos locais de trabalho, tais atividades são designadas a mulher, enquanto, ao homem, o sustento da casa.

> Poderíamos pensar que a mulher conquistaria sua autonomia na medida em que fosse escolarizada e assimilada pelo mercado de trabalho. No entanto, não é o que tem acontecido. No entrelaçamento das velhas forças do patriarcado com as do capitalismo, o resultado continua sendo desfavorável para a mulher. (ARANHA, 2005, p.95).

Assim, é explicitado que a vivência da mulher brasileira muito é prejudicada a partir do novo cenário mundial da Pandemia do vírus SARS-CoV-2, tendo em vista que uma condição de perigo já preestabelecida pela sociedade patriarcal se agravou com o novo panorama de instabilidade atualmente vivido.

Conclusão

À luz do exposto, tendo em vista que a violência doméstica contra a mulher é fruto de um conjunto de fatores estabelecidos pelas desigualdades de gênero oferecidas pelo sistema patriarcal e estrutura machista e posteriormente agravados pelo panorama atual da Pandemia do novo coronavírus, é de imprescindível importância a pressão popular para o cumprimento do que é oferecido em lei, seja pela valorização dos direitos humanos das mulheres, seja pela Lei 11.340/06.

É válido salientar que o esperado pelo poder público vai muito além da simples punição do agressor, mas sim um conjunto de fatores dos quais o Judiciário poderia atribuir programas de recuperação e reeducação aos homens em questão, bem como uma série de medidas públicas oferecidas no âmbito educacional.

Ademais, é mister atribuir mais autonomia e apoio as mulheres vítimas de agressões, seja no oferecimento de empatia no atendimento a mulher, seja na devida conscientização da mesma acerca de seus direitos, a fim de um possível empoderamento e rompimento de atitudes de passividade e de dominação masculina

Referências Bibliográficas

ALENCAR, J. *et al*. **Políticas públicas e violência baseada no gênero durante a pandemia da Covid-19**: ações presentes, ausentes e recomendadas. Brasília: Ipea, 2020. (Nota Técnica, n. 78). Disponível em: <https://bit.ly/3og3xcD>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da Educação**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2006

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: atualizada até a Emenda Constitucional nº 103. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019.** Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018.** Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha).

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas de violência 2019**.
https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784. Acesso em: 20 jun. 2021.

MELLO, Marilia Montenegro Pessoa de. **A Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

OPAS – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; OMS- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Devastadoramente generalizada: 1 em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência.** Disponível em: https://www.paho.org/pt/noticias/9-3-2021-devastadoramente-generalizada-1-em-cada-3-mulheres-em-todo-mundo-sofre-violencia. Acesso em: 22 jun. 2021.

UNODC. **Global Study on Homicide 2019**. [S.l.: s.n.], Vienna, 2019.

WHO; OPAS. **COVID-19 e a violência contra a mulher**. World Health Organization, 2020.
Disponível em: <https://bit.ly/36dQUIO>. Acesso em: 20 jun. 2021.

WARKEN, J. **Assassinatos de mulheres em casa quase dobram em São Paulo na quarentena**. Cláudia, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3pgIkAN>. Acesso em: 22 jun. 2020.

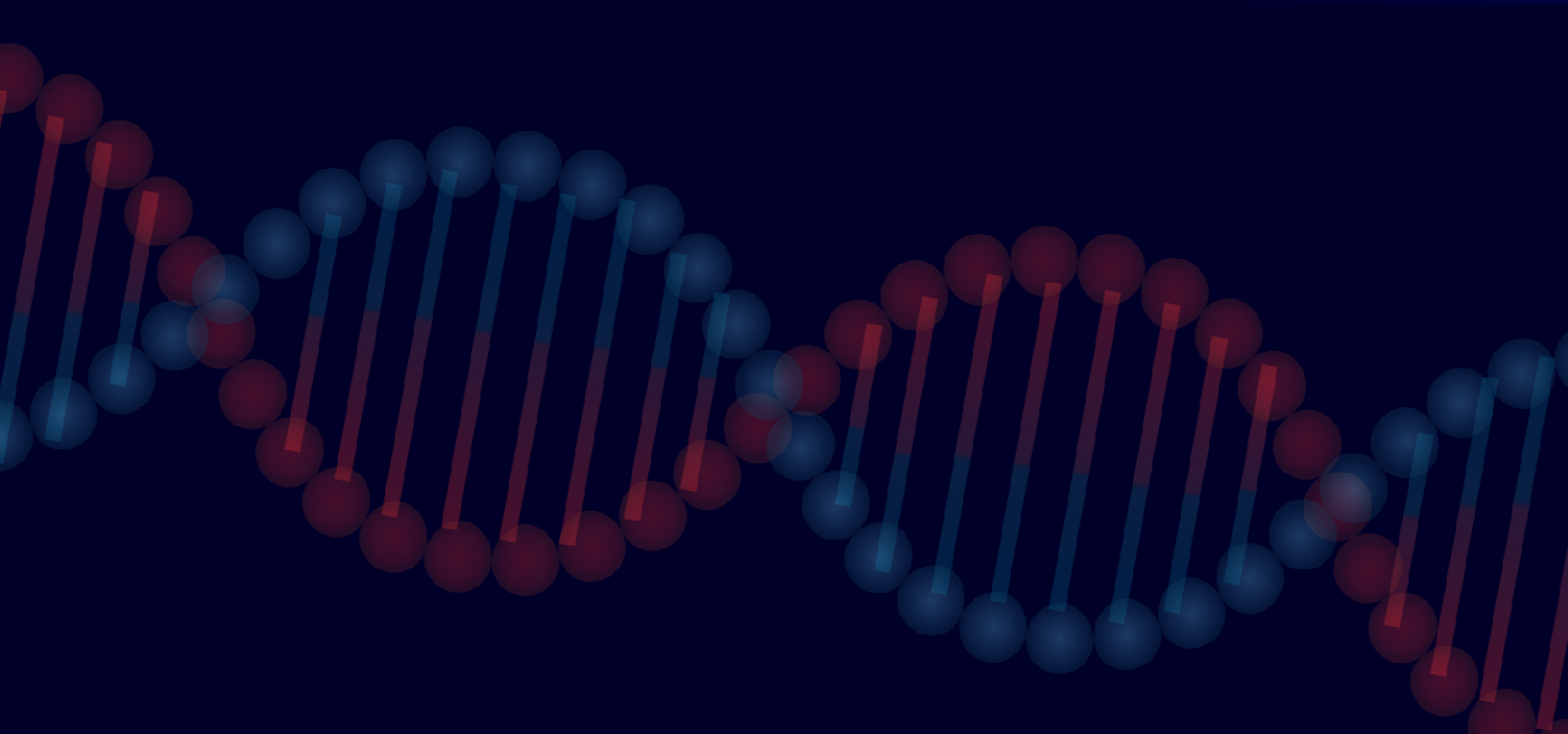
ARTIGOS APROVADOS E APRESENTADOS

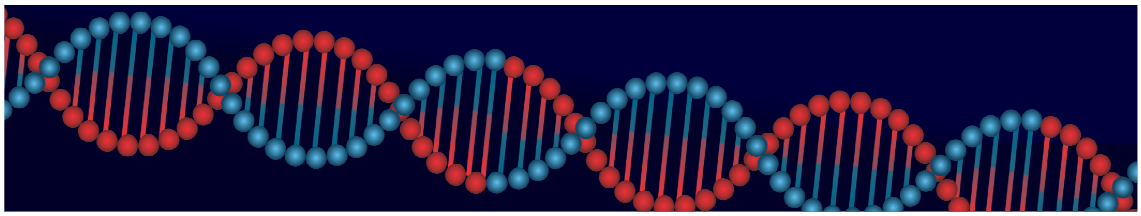
DIREITO PRIVADO

O AUMENTO DOS DIVÓRCIOS NO BRASIL NO PERÍODO DE DISTANCIAMENTO SOCIAL PELA COVID-19 (Cinthya de Brito Lima, José Lopes Teixeira Neto e Luis Fernando Alves do Nascimento)

O INSTITUTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA APLICADO AOS CONTRATOS DE EXECUÇÃO DIFERIDA E DE TRATO SUCESSIVO (José Danilo Souza da Costa, Lailson Alves da Silva e Leandro Barbosa Rolim)

TELETRABALHO E DESVALOR DA ATIVIDADE LABORAL NO BRASIL DURANTE A CRISE SANITÁRIA E ECONÔMICA DECORRENTE DA COVID-19 (Layla Raquel Alves da Silva, Claudemir Brito da Silva e José Sarto Fulgêncio de Lima Filho)





O AUMENTO DOS DIVÓRCIOS NO BRASIL NO PERÍODO DE DISTANCIAMENTO SOCIAL PELA COVID-19

*Cinthya de Brito Lima**
*José Lopes Teixeira Neto***
*Luís Fernando Alves do Nascimento****

Resumo: As modificações sedimentadas pela busca de felicidade no contexto da modernidade evidenciam cortes específicos na realidade jurídica e, portanto, na conjuntura do Direito de Família, este que tem passado por diversas modificações ao longo do tempo. Sabe-se que o casamento sofreu durante muito tempo influência de cunho religioso, o que colocava o campo do divórcio diretamente ligado à morte de um dos cônjuges, não obstante essa lógica sofreu drásticas modificações. Com a conjuntura criada pela pandemia de COVID- 19 e o confinamento obrigatório, a vida conjugal no período da quarentena puderam gerar tanto a oportunidade para estreitamento dos laços familiares, como situações de conflito e desconsertos. Logo, tal perspectiva trouxe aspectos jurídicos e afetivos à tona no que tange inclusive à facilitação de divórcios no âmbito do provimento 100 de 2020 do CNJ, vale dizer também que os reflexos da pandemia e das novas possibilidades de enlaçamento social precisam ser analisadas mais profundamente, visto que influenciam não só no campo jurídico, mas também social e na saúde mental dos sujeito na atualidade.

Palavras-chave: Isolamento social; Casamento; Divórcio.

---

[233] Graduada em Direito Pelo Centro Universitário Paraíso (UniFap) cinthya.brito27@hotmail.com

[234] Graduado em Psicologia Pelo Centro Universitário Doutor Leão Sampaio. Especialista em Docência no Ensino Superior pela ISEIB/PROMINAS. Docente de Psicologia Jurídica nas Faculdades Integradas do Ceará (UNIFIC). joseltneto@outlook.com

[235] Graduado em Psicologia pela Faculdade Doutor Leão Sampaio. Mestrando em Estado, Governo e Políticas Públicas pela FLASCO. luisfernandoalvesdonascimento@hotmail.com

Abstract: The changes based on the search for happiness in the context of modernity show specific cuts in the legal reality and, therefore, in the context of Family Law, which has undergone several changes over time. It is known that marriage was influenced by a religious nature for a long time, which placed the field of divorce directly linked to the death of one of the spouses, despite this logic having undergone drastic changes. With the situation created by the COVID-19 pandemic and the mandatory confinement, married life during the quarantine period could generate both the opportunity to strengthen family ties, as well as situations of conflict and discord. Therefore, this perspective brought legal and affective aspects to the fore, including the facilitation of divorces within the scope of provision 100 of 2020 of the CNJ, it is also worth mentioning that the consequences of the pandemic and the new possibilities of social ties should be analyzed more deeply, as they influence not only the legal field, but also the social and mental health of individuals today.

Keywords: Social distancing; Marriage; Divorce.

Introdução

O Direito de Família passou e passa por inúmeras modificações ao longo dos tempos. As grandes modificações derivaram da busca do direito à felicidade que surgem a partir da afetividade.

De acordo com Kant (2010) a ideia de eudemonista significa o verdadeiro aproveitamento da vida. Nesse sentido, pensar em família eudemonista é entender que família e casamento podem existir para o desenvolvimento pessoal de cada ser, objetivando a realização plena de cada um.

Assim sendo, Dias (2015, p. 165) explica que: “a família da pós-modernidade é a eudemonista, buscando reconhecimento jurídico nos tribunais superiores, altera o sentido da proteção jurídica da família, e volta-se para o melhor interesse da afetividade, conseguindo abranger os princípios e ideais constitucionais”.

A questão da afetividade como reconhecimento nos tribunais superiores faz com

que haja discussões sobre o direito à felicidade, que é algo que fomenta o desenvolvimento individual e a realização pessoal.

Nesse sentido, a ministra Nancy Andrighi, em 2013 defendeu em seu voto que:

> A regulamentação das ações de estado, na perspectiva contemporânea do fenômeno familiar, afasta-se da tutela do direito essencialmente patrimonial, ganhando autonomia e devendo ser interpretada com vistas à realização ampla da dignidade da pessoa humana. 2. A tutela jurídica do direito patrimonial, por sua vez, deve ser atendida por meio de vias próprias e independentes, desobstruindo o caminho para a realização do direito fundamental de busca da felicidade (STJ, 3ª. Turma, REsp.1.281.236-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.03.2013).

A partir desse entendimento, o ordenamento jurídico possibilitou o reconhecimento do Direito à felicidade, sendo um princípio constitucional e sendo atribuída a autonomia para a afetividade e a liberdade individual.

Partindo dessa premissa, sabe-se que por muito tempo, o casamento foi, e ainda é para alguns, um dos atos mais importantes na vida. Na Constituição de 1934, o casamento só acabava com a morte de um dos cônjuges, pois era determinada a indissolubilidade do matrimônio.

O casamento era altamente influenciado pela religião, fazendo com que a ideia de uma separação ou divórcio, independentemente de o casal estar feliz ou não, nem existisse no Código Civil de 1916. A Constituição de 1967 seguia o mesmo entendimento de que “até que a morte os separe”, os cônjuges devem se manter juntos. Essa ideia se mantém, ainda que disfarçadamente, em algumas religiões.

A única alternativa para o fim da sociedade conjugal era o desquite, alternativa essa que cessava o dever de fidelidade, da vida em comum, dos efeitos do regime de bens, mas não o vínculo jurídico e a obrigação mútua de assistência (BRUZASCO, 2020).

A Emenda Constitucional 9/77 estabelecia que a indissolubilidade do casamento não era mais obrigatória. A Lei do Divórcio (Lei n° 6.515/77) trouxe alguns requisitos para se divorciar, como a necessidade de uma separação para depois ser convertida em divórcio. Além disso, a dissolução só poderia acontecer uma única vez.

De fato, o casamento é um instituto culturalmente e juridicamente valorizada no Brasil, e sagrado para muitas pessoas. Contudo, com a Constituição Federal de 1988, muitas foram as mudanças para se chegar a possibilidade do fim da relação conjugal. Dessa forma, modernamente, ninguém é mais obrigado a continuar casado quando não há mais afeto ou felicidade na união.

Com a EC 66/10, foi dada uma nova redação ao §6º do art. 226 da Constituição Federal, que determinava sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Sem dúvidas, a felicidade e o divórcio chegaram recentemente no Brasil. O peso religioso e social ao proibir o divórcio fazia com que mulheres continuassem submissas por diversas vezes, aceitando traições e agressões de toda ordem para manter o status de casada à luz da sociedade.

O Estado foi sendo afastado de decidir sobre algo que pertencesse apenas ao casal, fazendo com que não seja obrigatório se manter em um casamento quando já não há mais vínculo afetivo. Dividir o mesmo teto não é sinônimo de afeto e de companheirismo.

Assim, continuar casado (a) sem existir mais felicidade, afeto, união, respeito e/ou companheirismo, faz com que seja questionado se essa permanência é para satisfazer a sociedade, pois, atualmente, isso não parece razoável.

O confinamento social e o impacto nas relações conjugais

A pandemia da COVID-19 trouxe mudanças significativas para toda a sociedade. Com a decretação da pandemia e o consequente distanciamento social, houve necessidade de mudança nos hábitos comuns das pessoas, gerando isolamentos e outros fenômenos sociopsicológicos.

Assim sendo, a realidade das famílias também sofreu os impactos do isolamento social no Brasil. Tal perspectiva fez com que as pessoas ficassem reclusas em casa

como uma medida necessária para conter a disseminação da doença. Desse modo, as pessoas ficaram obrigadas a permanecer em seus lares por tempo prolongado, passando a ter mais convivência com seus familiares e, consequentemente, acirrando alguns conflitos.

A suspensão de atividades escolares públicas e privadas, eventos esportivos, lazer, trabalho e outros, foram medidas forçosas para contenção do avanço da doença, fazendo com que a população em geral ficasse por mais tempo em casa com sua família.

Dessa forma, a quarentena trouxe problemas de convivência e ainda acentuou discórdias, desavenças e brigas tradicionais dentro do seio familiar. A maior proximidade dos casais dentro de seus lares, em contraste aos distanciamentos rotineiros que as obrigações profissionais, acadêmicas e sociais impunham, gerou um estranhamento em alguns casais.

Ressalta-se que o confinamento obrigatório e a vida conjugal no período da quarentena puderam gerar tanto a oportunidade para estreitamento dos laços familiares, como situações de conflito e desconsertos.

Frisa-se que ficar mais tempo perto do cônjuge ou companheiro a) não significa um atestado de divórcio, pois isso é relativo de casal para casal. É possível que o divórcio na quarentena tenha sido só o ultimato de um afastamento que já acontecia, mas que não era resolvido.

Contudo, o confinamento em casa forçado pelas circunstâncias da pandemia, o estresse pelo risco do contágio e outros elementos emocionais fizeram com que muitos relacionamentos conjugais ficassem à prova da nova situação. Essa convivência por mais tempo gerou um desafio na vida de alguns casais que não veem outra alternativa senão o fim do casamento (NEVES, 2020).

O convívio integral, imposto pela quarentena, gerou atritos entre os casais de forma mais perceptíveis, cujas diferenças entre eles, que antes não era percebida pela pouca convivência, se tornou algo que inquietava o casal, sendo para muitos, diferenças inaceitáveis.

Segundo Pascoalete (2021) o período de confinamento pôde contribuir para o distanciamento do casal com o desgaste em razão do estresse da rotina, o trabalho em home, as tarefas domésticas, a maior atenção aos filhos devido às aulas online.

Obviamente, o confinamento forçado pode potencializar pontos negativos nos relacionamentos que já estavam desgastados, pois as crises existenciais, desemprego, falência, divisão de trabalhos domésticos, endividamento, infidelidade virtual e outros, puderam gerar desconforto entre o casal. Esses são alguns pontos que acentuaram o desgaste na relação e trouxe a discussão sobre o divórcio.

Barron (1995, apud CALDAS, 2020, p. 3) explica que “apesar de ser um casal, há duas mentes e dois corações individuais, que se associam com suas respectivas inteligências e emoções para determinadas decisões”.

De acordo com o levantamento feito pelo Colégio Notarial do Brasil em 2020, os divórcios em cartórios de notas passaram de 4,4 mil em maio para 5,3 mil em junho, tendo um aumento em 24 estados brasileiros, especialmente no Amazonas (133%), Piauí (122%), Pernambuco (80%), Maranhão (79%), Acre (71%) Rio de Janeiro (55%) e Bahia (50%) (MELO, 2020).

A utilização das plataformas digitais do Poder Judiciário para o pedido de concessão de divórcio no Brasil fez com que fosse facilitada a resolução dessa questão, ainda que fosse de forma litigiosa ou consensual. Ademais, algumas decisões caminharam no sentido de conceder liminar de divórcio direto e imotivado, encontrando fundamento na Emenda 66/2010.

Nesse sentido, O Tribunal de Justiça do Paraná, que teve como Relatora a Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, concedeu, em 24.09.2020, o divórcio em sede de liminar conforme segue:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO – TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA DECRETAÇÃO ANTECIPADA DO DIVÓRCIO – DESACOLHIMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – INSURGÊNCIA RECURSAL – DIREITO POTESTATIVO EVIDENCIADO NO CASO CONCRETO – INEXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMUM DO CASAL OU CONSTITUIÇÃO DE FILHOS EM COMUM – DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO – INEVITÁVEL CONCESSÃO DA MEDIDA – FIM DA VIDA EM COMUNHÃO JÁ RECONHECIDO A

> PARTIR DO PEDIDO INICIAL - NECESSIDADE DE GARANTIR A LIBERDADE INERENTE À RESCISÃO DA RELAÇÃO MATRIMONIAL E PROSSEGUIMENTO DA VIDA PESSOAL SEM VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE – LIBERDADE FAMILIAR QUE TEM COMO UMA DAS SUAS DIMENSÕES A LIBERDADE AO DIVÓRCIO E DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR – NÃO SE TRATA DE RECONHECER DIREITO ABSOLUTO, MAS A MERA SUJEIÇÃO DO DEMANDADO A UM DOS EFEITOS DO DIREITO POTESTATIVO PLEITEADO PELA AUTORA – PRETENSÃO COM NATUREZA DE JULGAMENTO ANTECIPADO DE MÉRITO – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 355 E 356 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – APLICABILIDADE NO CASO CONCRETO – NECESSIDADE DA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DE MODO ADEQUADO, INDEPENDENTEMENTE DA FORMA JURÍDICA APLICADA – DECISÃO REFORMADA – DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO INAUDITA ALTERA PARS INCIDENTE – CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR RECURSAL OUTRORA CONCEDIDA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.1. O pleito de divórcio se trata de um direito potestativo do postulante, vale dizer: diante do pedido expresso da parte autora quanto à sua concessão, ao réu não há defesa juridicamente possível que obste o provimento do pleito, mantida a demanda, por evidente, para apreciar demais pendências, se for o caso. 2. O caráter potestativo do direito é de uma evidência incontrastável, pois afirmar o contrário seria admitir o inadmissível: o dever de permanecer casado mesmo diante do fim da vida conjunta. 3. Soma-se o fato de que a demandante não mais detém contato com o requerido, desconhecendo seu atual paradeiro, o que reforça a necessidade de lhe garantir a liberdade inerente à rescisão da relação matrimonial e prosseguimento da vida pessoal sem violação da sua autonomia, em especial diante da morosidade judiciária e do deficitário sistema de localização para possível citação e oportunidade ao contraditório. 4. Embora o pleito deduzido pela autora se respalde no artigo 300 do Código de Processo Civil, bem como que diante dos fatos expostos, independentemente da forma jurídica vinculada, seja possível a entrega da prestação jurisdicional de modo adequado, a hipótese do caso concreto se adequa à antecipação parcial dos efeitos da sentença (vide artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil), bastando para tanto pedido que dispense instrução probatória, como é o caso. 5. Em resumo, em que pese a pretensão se paute na tutela de evidência, incidem, no caso, os artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil, autorizando-se o julgamento antecipado do mérito, dada a ausência de controvérsia jurídica sobre o direito ao divórcio. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJPR - 12ª C.Cível - 0041434-50.2020.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin - J. 24.09.2020).

À luz do fundamento da necessidade de garantir a liberdade inerente à rescisão da relação matrimonial e prosseguimento da vida pessoal sem violação da autonomia da vontade, além da liberdade ao divórcio e dissolução da entidade familiar, é possível a concessão do divórcio de forma liminar. O divórcio é um direito potestativo, ou seja, é uma prerrogativa jurídica para impor à vontade, independente de contestação.

Assim, a ausência de previsão legal específica que autorize o divórcio liminar nos termos da tutela de evidência não gera impedimento para ser observada outras técnicas processuais para a concessão.

Diante disso, percebe-se que o confinamento forçado pela pandemia do Covid-19 é como uma prova de fogo para as relações familiares, e em especial, para os casamentos e uniões estáveis.

Atuais tipos de divórcio no Brasil

Atualmente, existem alguns tipos de divórcio possíveis no Brasil. Com a Emenda 66/2010 ficou determinado a possibilidade do divórcio direto sem precisar do lapso temporal da separação, antes imposto.

Para Tartuce (2018, p. 1266), "A Emenda do divórcio aboliu essa divisão, subsistindo apenas o divórcio direto, sem prazo mínimo, que pode ser simplesmente denominado como divórcio, outro ponto fulcral da inovação constitucional".

Nesse sentido, existe o Divórcio extrajudicial. Este deseja se chegar a uma solução mais célere, além de desafogar o Poder Judiciário. O divórcio extrajudicial foi aprovado pela Lei 11.441/07, e prevê a possibilidade da realização do divórcio consensual em cartório independente de processo judicial, desde que não haja filhos menores ou incapazes e que a mulher não esteja grávida. Desse modo, desde que sejam cumpridos os requisitos, o divórcio poderá ser realizado por escritura pública em cartório, com a presença de advogado (a).

Outro tipo de divórcio é o judicial consensual. Este consiste na opção do casal se separar em comum acordo sobre todos os temas relevantes ao término do relacionamento, os quais sejam: a partilha dos bens, a guarda dos filhos, a pensão alimentícia, e outros.

Assim, será realizado esse divórcio perante a Justiça, devendo ser homologado o acordo feito entre as partes. Com a anuência do Ministério Público e do Juiz, será determinada a sentença que expede o divórcio e o ofício para que o Cartório de Registro Civil mude o estado civil do ex-casal.

O divórcio judicial litigioso, por sua vez, é aquele proposto unilateralmente por um dos cônjuges, enquanto o outro se recusa. Com a Emenda Constitucional nº 66/10

simplificando o processo de divórcio, não é necessário ser discutido causa e nenhum motivo para tal vontade perante o Juiz, ou seja, basta ter a vontade de não estar mais junto. Trata-se de um direito protestativo (CONY, 2021).

No caso da dissolução de união estável, é possível ser feita por via administrativa quando já foi averbada em cartório, ou pela via judicial. Caso contrário, exige-se que seja feito primeiro o reconhecimento da união estável, para depois seguir com o procedimento de dissolução. A dissolução extrajudicial e judicial segue os mesmos requisitos do divórcio (CONY, 2021).

Devido a pandemia, criou-se a possibilidade do divórcio online. Em 26/05/2020, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento CNJ 100/2020 que determina a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado. A partir deste Provimento, foi possível o Divórcio Extrajudicial de forma virtual, desde que tenha assistência de advogado (a) e que não haja filhos menores e incapazes do casal. Esse normativo traz informações para ser aplicado ao serviço notarial eletrônico. Estabelece também requisitos obrigatórios para a prática do ato notarial eletrônico, como a videoconferência para certificar o consentimento das partes.

O desenvolvimento de ferramentas tecnológicas visa facilitar a vida das pessoas, fazendo com que sejam resolvidos problemas de forma mais simples, célere e menos burocrática.

Nesse sentido, percebe-se que o provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça, em consonância com o uso cotidiano da tecnologia e, em razão do confinamento pela pandemia do Covid-19, traz a segurança jurídica necessária, adequando ao período de isolamento.

Consideraçoes Finais

Diante de tudo que foi mencionado, percebe-se que a pandemia e o confinamento podem ter apenas aflorado as diferenças entre os casais outrora não evidenciada pela velocidade do cotidiano e da rotina.

Em momentos de situações incomuns e intensas de estresse, é possível que haja maior irritabilidade e intolerância em situações que em outros momentos poderiam ser resolvidas apenas com o diálogo. Contudo, caso não haja mais afeto e vontade de permanecer como casal, não há necessidade de cultivar a submissão em manter um casamento ou união estável.

Assim sendo, é vedado ao Estado, sociedade ou qualquer entidade delimitar limites para o divórcio, tendo em vista que o princípio da autonomia privada do indivíduo lhe atribui liberdade para escolha própria.

Portanto, o confinamento trouxe reflexos jurídicos e familiares quando foi percebido que as pessoas não estavam mais conseguindo conviver no contexto microssocial, de modo que a Justiça, através do provimento 100 de 2020 do CNJ, pudesse facilitar o processo de divórcio tão presente na pandemia pelo Covid-19.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1934.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1967.

_____. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 19 de julho de 2021.

_____. Lei n° 6.515 de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.** Brasília. 1977. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em 19 de julho de 2021.

_____. **Emenda constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em 18 de julho de 2021.

_____. **Emenda constitucional nº 9, de 27 de junho de 1977**. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103919/emenda-constitucional-9-77. Acesso em 17 de julho de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 3ª. Turma. **REsp1.281.236-SP,** rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.03.2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/107297278/djsp-judicial-1ainstancia-interior-parte-i-19-01-2016-pg-2248>. Acesso em 17 de julho de 2021.

_____. Tribunal de Justiça, TJPR. **0041434-50.2020.8.16.0000**, rel.: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, j. 24.09.2020. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-jan-11/direito-civil-atual-direito-evidente-divorcio-decisoes-recentes-divorcio-liminar. Acesso em 19 de julho de 2021.

BRUZASCO, L. **História do Divórcio no Brasil.** 2020. Disponível em https://www.luanabruzasco.com/post/hist%C3%B3ria-do-div%C3%B3rcio-no-brasil. Acesso em 19 de julho de 2021.

CALDAS, M. R. **Quarentena e divórcios: reflexões sobre Direito de Família e feminismo.** 2020. Disponível em http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54461/quarentena-e-divrcios-reflexes-sobre-direito-de-famlia-e-feminismo. Acesso em 19 de julho de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, nº 100, de 26 de maio de 2020. **Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências.** Disponível em https://www.26notas.com.br/blog/?p=15236. Acesso em 20 de julho de 2021.

CONY, D. **Confira quais os tipos de divórcio podem ser feitos por um casal.** 2021. Disponível em https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=20950&lj=1366. Acesso em 18 de julho de 2021.

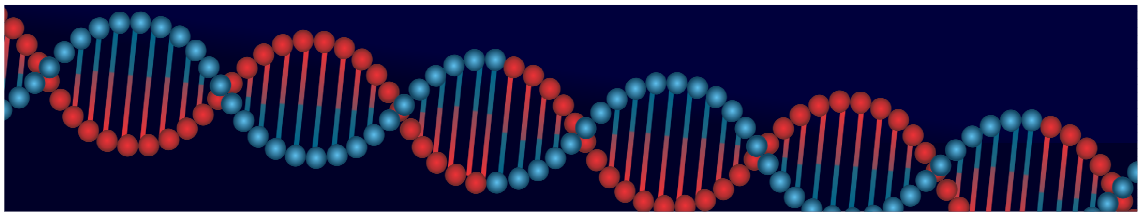
DIAS, M. B. Manual de Direito das Famílias. 10 ed. São Paulo: Ed. **Revista dos Tribunais**, 2015.

KANT, I. **The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right. New Jersey**: The Lawbook Exchange, 2010.

MELO, K. **Cartórios registram aumento de 18,7% nos divórcios durante a pandemia.** 2020. Disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-07/cartorios-registram-aumento-de-187-nos-divorcios-durante-pandemia. Acesso em 18 de julho de 2021.

NEVES, C. **O Covid-19 e a Pandemia de Divórcios no Brasil.** 2020. Disponível em https://jus.com.br/artigos/82834/o-covid-19-e-a-pandemia-de-divorcios-no-brasil. Acesso em 17 de julho de 2021.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.



O INSTITUTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA APLICADO AOS CONTRATOS DE EXECUÇÃO DIFERIDA E DE TRATO SUCESSIVO

*José Danilo Souza da Costa**
*Lailson Alves da Silva***
*Leandro Barbosa Rolim****

Resumo: Em tempos hipermodernos, a diversidade de interações das relações entre sujeitos influi no direito contratual e este, por seu lado, retrata a estrutura econômica da sociedade em suas relações jurídicas uma vez que, o direito dos contratos configura-se como um ramo do direito privado de número aberto o que acaba por refletir a profusão dos desiderato dos indivíduos, isto é, a autonomia da vontade. Daí a importância, sobretudo em tempos incomuns e nebulosos porque se afasta a estabilidade e a segurança ante a visão imediata do próprio sujeito, sobrevindo-lhe o inesperado ainda mais em tempos pestilenciais, donde as relações contratuais são afetadas ingentemente e o avençado tornar-se-á sobremodo custoso a ser cumprido. Este trabalho de caráter sumaríssimo tem por objetivo construir uma breve descrição da aplicação do instituto da onerosidade excessiva aos contratos de execução diferida e de trato sucessivo. Para tal labor realizou-se uma pesquisa bibliográfica.

Palavras-chaves: Equilíbrio econômico; Onerosidade; Resolução; Revisão.

Resumen: En la hipermodernidad, la diversidad de iteraciones de las relaciones entre los sujetos influye en el derecho contractual y éste, a su vez, retrata la estructura económica de la sociedad en sus relaciones jurídicas una vez que el derecho contractual

[236] *Graduando em Direito. Faculdades Integradas do Ceará. J.DaniloHRD@gmail.com.*

[237] *Graduando em Direito. Faculdades Integradas do Ceará. Lailson2010@gmail.com.*

[238] *Doutorando em Direito pelo programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. leandrusbarbosa@hotmail.com.*

se configura como una rama del derecho privado del número aberto que acaba reflejando la profusión de los desideratum de los individuos, es decir, la autonomía de la voluntad. De ahí la importancia, sobre todo en épocas poco comunes y nebulosas, pues la estabilidad y la seguridad se alejan ante la visión inmediata del propio sujeto, ocurriéndole lo inesperado, más aún en épocas pestilentes, donde las relaciones contractuales se ven ingeniosamente afectadas y el pacto se volverá demasiado costoso para ser cumplido. Este breve trabajo pretende construir una breve descripción de la aplicación del instituto de la excesiva onerosidad a los contratos de ejecución diferida y de tracto sucesivo. Para ello, se realizó una investigación bibliográfica.

Palabras clave: Balance económico; Onerosidad; Resolución; Revisión.

Introdução

'*Est qui nec veteris pocula massici'*,[1] assim foi esculpido o verso 19 da primeira Ode de *Q. Horatius Flaccus* louvando em síntese as condições dignas de vida em Sabina.[2] Na verdade o conceito 'condições dignas de vida' modificou-se desde 23 a.C., e a historicidade de tal locução é vária, no entanto, o que não se modifica é a natureza humana.

O homem é movido pela vontade (*vŏluntas* dos latinos ou *βουλή* ou *θέλημα* dos gregos) e daí fazem negócios e celebram contratos para obtenção dos bens da vida e para constituição de patrimônio. Pode-se designar o patrimônio como a projeção econômica da personalidade[3] e se o homem não tivesse um campo sobre o qual exercer a sua vontade, não se poderia falar em personalidade.[4]

O princípio da autonomia da vontade funda-se na ampla liberdade contratual sendo constituído por quatro aspectos, a saber: faculdade de contratar e de não contratar;

---

1 'Há quem não recuse beber um velho Mássico'. *Q. Horatius Flaccus. Carmina. Liber I, I, 19.*
2 Província situada a cerca de 40 quilômetros a nordeste de Roma.
3 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 1.** 37ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 131.
4 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado Tomo XXXVIII**. São Paulo: Revista Tribunais. 2012. p. 117.

liberdade de escolha do outro contraente; poder de estabelecer o conteúdo do contrato e após a conclusão deste, constituir-se-á em fonte formal de direito.[5]

Todo contrato parte do pressuposto fático de uma declaração volitiva, emitida em conformidade com a lei, ou obedientes aos seus ditames, tais são as limitações determinadas pelas cláusulas gerais, especialmente as que tratam da função social do contrato e da boa-fé objetiva, do CDC e, sobretudo, pelas exigências e a supremacia da ordem pública e dos *Boni mores*.[6]

Neste entremeio, uma figura faz-se indispensável e logica para a celebração do contrato, do princípio do equilíbrio econômico ou do *sinalagma* como pressuposto fático para aplicação do instituto da onerosidade excessiva do qual decorre *in casu* de eventual quebra daquele, ou seja, a quebra da equação inicialmente avençada, constituindo-se o princípio do *sinalagma* uma cláusula limitadora ao *pacta sunt servanda.*[7]

O presente trabalho visa a construir uma breve descrição da aplicação do instituto da onerosidade excessiva aos contratos de execução diferida e de trato sucessivo. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica em autores clássicos dentro do direito privado, sobretudo, os civilistas Orlando Gomes e Caio Mario da Silva Pereira para a teoria da imprevisão e o instituto da onerosidade, bem como o próprio Carlos Roberto Gonçalves.

Não se pode deixar de olvidar de citar, embora tenha sido pequena a presença dos autores Pontes de Miranda e Maria Helena Diniz. Já no que toca ao princípio do *sinalagma*, servimo-nos da obra de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias além d'outros autores importantes como Arnoldo Wald e o Português Mario Júlio de Almeida Costa.

---

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil v. 3**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 46-47.;
PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil v. 3.** 24ª Ed. Rio de Janeira: Forense. 2020. p. 49-50.

6 GONÇALVES; PEREIRA. op. cit p. 46-47; 49-50.

7 'Os pactos devem ser cumpridos', síntese do instituto da obrigatoriedade ou da força vinculante dos contratos, representando a irreversibilidade da palavra. Na *Duodecim Tabularum Leges* (Lei das XII Tábuas): *In tabula VI*: '*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*' (Quando alguém faz um juramento, contrato ou venda, anunciando isso oralmente em público, deverá cumprir sua promessa). Disponível em: https://www.thelatinlibrary.com/12tables.html. Acesso em: 22 maio 2021.

Do princípio do equilíbrio econômico ou do sinalagma

O princípio do equilíbrio econômico é a forma de equalização de vantagens e riscos do negócio jurídico,[8] *revelando-se como axioma de expressão infra do princípio da justiça contratual consagrado no art. 3°, III, da Constituição Federal. O equilíbrio contratual foca exclusivamente a garantia da proporcionalidade quantitativa entre os contratantes*[9] *e encontra-se como fundamento de duas figuras: a lesão e a revisão ou resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente.*[10]

A figura oposta do equilíbrio é o desequilíbrio e este no contrato quanto ao seu nascedouro caracteriza-se pelo instituto da lesão[11] *tomando-o como defeito do negócio jurídico, assinalando a presença de dolo presumido de aproveitamento como elemento subjetivo; e, como elemento objetivo, o fato de uma das partes auferir um lucro exagerado porque a outra parte assumiu obrigação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*[12] *e pelo tempus da alteração das circunstâncias.*[13]

'Solem quis dicere falsum audeat? ille etiam caecos instare tumultus saepe monet fraudemque et operta tumescere bella',[14] *de P. Vergilius Maro o sol não apiedar-se-á de nós como fez com Roma pois César já não vive e a noite eterna sobre nós quando cair, a quem recorreremos?*

Do instituto da revisão dos contratos

O princípio da obrigatoriedade consagra a regra de que o contrato quando celebrado faz-se lei entre as partes observando-se os preceitos legais de validade, regra

---

8 CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil v. 4**. 7.ª Ed. Salvador: Juspodium. 2017. p. 254.
9 CHAVES DE FARIAS; ROSENVALD. op. cit. p. 254.
10 GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 48.
11 Cf. Código Civil Lei n. 10. 406, Art. 157.
12 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil v. 1.** 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 439-440.
13 Cf. Código Civil Lei n. 10. 406, Arts. 317 e 478.
14 Quem ousará dizer que o sol é falso, ele que nos previne tanta vez de tão cegos tumultos e de enganos e de guerras que ocultas se preparam? *P. Virgilius Maro. Georgicon Liber I, 460-470.*

essa influente no direito comparado dos oitocentos.[15] *O fundamenta da obrigatoriedade firma-se nos seguintes pontos: da pontualidade (execução das cláusulas); da necessidade de segurança; da irrevogabilidade dos vínculos contratuais e da intangibilidade de seu conteúdo (os dois últimos fundem-se no princípio da estabilidade contratual).*[16]

Segundo Caio Mario 'O contrato obriga os contratantes. Lícito não lhes é arrependerem-se; lícito não é revogá-lo senão por consentimento mútuo; lícito não é ao juiz alterá-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes.[17]

Após o fim da 1ª grande guerra (1914-1918) e, devido às suas consequências, os vínculos então formados, tornaram-se demasiados excessivos de cumprimento, nesta nova era a que se seguiu à guerra e também decorrentes de outros fatores como a ebulição dos movimentos sociais e a exploração, alterou-se a rigidez de tal princípio quebrando a sua intransigência, o pleno subjetivismo e individualismo e a insuficiência da mera igualdade formal esta como pilar do estado liberal burguês do século XVIII.

Em decorrência disso, operou-se uma mudança de entendimento, agora a existência da aceitabilidade inda que em caráter excepcionalíssimo de intervenção judicial nos contratos bem como sua revisão por força do desequilíbrio nas prestações. O instituto da onerosidade excessiva permite a intervenção judicial nas cláusulas do contrato em situações excepcionais alterando-as já que, em virtude de tais situações, criou-se um desequilíbrio quebrando-se a justiça no contrato.

Essa teoria surgiu, conforme anota Caio Mario, na idade média desenvolvida com base nos escritos de *Lucius Neratius Priscus*, em torno da aplicação da *condictio*

---

15 Les Code Civil des Français (Code Napoléon) 1804. Art. 1.134ª. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorize. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006436298/1804-02-17. Acesso em 24 de maio de 2021.

16 COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7ª Ed. Porto: Almedina. 1999. p. 263; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil v. 3**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 50-51.

17 PEREIRA, Caio Mario Da Silva. **Instituições do Direito Civil v. 3**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 40.

causa data causa non secuta,[18] que o contrato devia ser cumprido no pressuposto de que se conservassem imutáveis as condições externas, mas que, se houvesse alterações, a execução devia ser igualmente modificada: "*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*".[19]

A teoria tornou-se conhecida como *rebus sic stantibus*, e consiste, em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo/execução diferida, a existência implícita de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos anormais, como uma guerra que tornem oneroso para o devedor adimplir, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente.[20]

Essa teoria foi adaptada sob o nome de teoria da imprevisão que conforme preleciona Orlando Gomes, exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias.[21]

Na mesma esteira de Carlos Roberto Gonçalves, consiste na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes torna-se exageradamente onerosa.[22]

Os requisitos para aplicação de tal teoria são: a) vigência de contrato de execução diferida ou de trato sucessivo; b) alteração da realidade por evento extraordinário; c) onerosidade excessiva para uma das partes e vantagem extrema para a parte contratante; d) nexo causal entre o evento superveniente e a consequente excessiva

---

18 'Condição de causa dada e não cumprida'.

19 'Os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos estando assim as coisas'.

20 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil v. 3**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 178; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil v. 3**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 196-197.

21 GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2007. p. 60.

22 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil v. 3**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2020. P. 54-55.

onerosidade decorrente de mutação da situação objetiva[23] tal como dispõe o art. 478 CC.[24]

Os contratos têm um ciclo vital e o seu termo (extinção) dar-se-á pela execução, pela *solutio*. Tratemos, então, da execução diferida e continuada e daí cabe mencionar a classificação dos contratos denominados de duração, quanto ao momento do cumprimento. Os contratos de execução diferida são os que devem ser cumpridos em um só ato, mas em momento futuro, a execução se protrai em virtude de cláusula que a subordina a um termo, dizem-se contratos a prazo.[25]

Já os contratos de trato sucessivo ou de execução continuada são os que se cumprem por meio de atos reiterados[26] e o contrato sobrevive, com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato. O que a caracteriza é o fato de que os pagamentos não geram a extinção da obrigação, que renasce,[27] *v.g.* prestações permanentes, fornecimento periódico de mercadorias, locação e etc.

Há de se ter para a aplicação da *rebus sic stantibus* que os eventos sejam posteriores à formação e anteriores à execução. Pelo art. 478 tem-se a figura da resolução que segundo Orlando Gomes é um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial.[28] Consigna o art. 479 "*A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.*", como alternativa à resolução, mantendo o contrato e restabelecendo o equilíbrio.[29]

---

23 WALD, Arnoldo. **Direito Civil v. 2**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 332-333; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil v. 3**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 54-55.

24 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 [...].

25 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil v. 3**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 104-106; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 96.

26 GONÇALVES. op. cit. p.

27 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil v. 3**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 97.

28 GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 205.

29 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.

Considerações Finais

A intervenção judicial nas relações privadas é uma forma de restabelecimento da justiça, modalidade essa noviça já que há um século seria inaceitável, por outro lado deve-se atentar para a possibilidade de uma cultura do dirigismo estatal que desponta prejudicial. Em suma, é mister a importância do instituto da onerosidade como possível solução a quem podemos recorrer quando as negras serpes do destino como veneno causar males fatais[‘ille malum uirus serpentibus addidit atris praedarique lupos iussit pontumque moueri’ [...]. P. Virgilius Maro. Georgicon Liber I, 125-130.], corroendo a estabilidade e a segurança nas relações privadas.

Referências Bibliográficas

BRASIL. LEI N° 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil, Brasília, DF Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 24 de maio de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro v. 1.** 37ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista Tribunais. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil v. 3**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil v. 1**. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil v. 3**. 24ª Ed. Rio de Janeira: Forense. 2020.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil v. 4**. 7.ª Ed. Salvador: Juspodium. 2017.

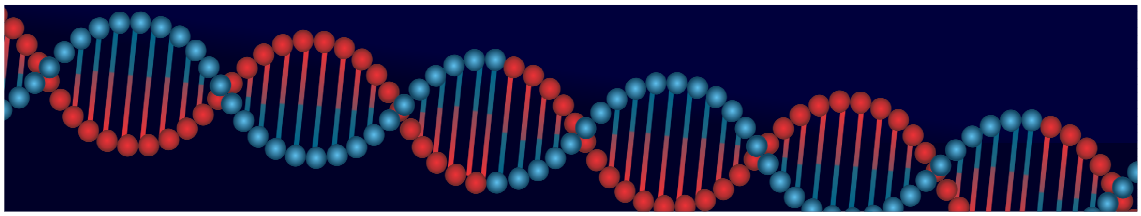
GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7ª Ed. Porto: Almedina. 1999.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil v. 2**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

KLINGNER, Friedrich. Q. Horatius Flaccus Opera**. Germany. Walter de Gruyter. 2008.**

OTTAVIANO, Silvia; CONTE, Gian Biagio. P. Vergilivs Maro Bvcolica et Georgica**. Germany. Walter de Gruyter. 2011.**



TELETRABALHO E DESVALOR DA ATIVIDADE LABORAL NO BRASIL DURANTE A CRISE SANITÁRIA E ECONÔMICA DECORRENTE DA COVID-19

*Layla Raquel Alves da Silva**
*Claudemir Brito da Silva***
*José Sarto Fulgêncio de Lima Filho****

Resumo: Esse texto tem como objetivo analisar a influência do contexto pandêmico, decorrente da Covid-19, no mercado de trabalho, sobretudo no tocante à adesão ao teletrabalho no Brasil. Enuncia a interdependência entre o setor econômico, político e social brasileiro. Propõe como mote da discussão os dilemas que envolvem as flexibilizações trabalhistas, com enfoque nas disposições legislativas sobre o teletrabalho, e a escassez, em tempos de crise sanitária e econômica, de políticas públicas de amparo às realidades sociais e laborais cuja modalidade remota é inócua. Justifica-se a relevância da temática cerne do presente trabalho pela necessidade de compreender de quais formas as transformações nas novas formais laborais repercutem no âmbito jurídico e acadêmico. A pesquisa teórica, de cunho quali-quantitativo, evidencia as disparidades sociais existentes na sociedade brasileira, a partir do método histórico, e o modo como a pandemia contribui para a efetivação de retrocessos no campo trabalhista, especialmente no que tange à população mais vulnerável.

Palavras-chave: teletrabalho; precarização do trabalho; Covid-19.

* Graduanda em Direito. Universidade Regional do Cariri – URCA, campus Iguatu. E-mail: layla.silva@urca.br.
** Mestrando em Maestría Estado, Gobierno y Políticas Publicas – FLACSO. Graduado em História pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. E-mail: claudemirbrito1@hotmail.com.
*** Professor do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri – URCA. Mestrando em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido – UFERSA. Especialista em Direito Constitucional e Direito Previdenciário e Trabalhista pela URCA. Graduado em Direito pela URCA. E-mail: sarto_filho@outlook.com.

Abstract: This text aims to evaluate the influence of the pandemic context, resulting from Covid-19, in the labor market, especially regarding the adhesion to telework in Brazil. It enunciates an interdependence between the Brazilian economic, political and social sectors. It proposes as the theme of the discussion the dilemmas that involve labor flexibilization, with a focus on legislative provisions on telework, and the ineffectiveness, in times of health and economic crisis, of public policies to support social and labor realities whose remote modality is innocuous. The offer of the theme at the heart of this work is justified by the need to understand the ways in which changes in the new formal work have repercussions in the legal and academic sphere. The theoretical research, of a qualitative-quantitative nature, highlights the social disparities existing in Brazilian society, based on the historical method, and the way in which the pandemic contributes to the realization of setbacks in the labor field, especially with regard to the most vulnerable population.

Keywords: telework; precariousness of work; Covid-19.

Introdução

A pandemia da Covid-19 desencadeou, em um ínfimo espaço temporal, profundas alterações no cotidiano laboral dos indivíduos e, por consequência, na legislação trabalhista, impondo desafios sem precedentes para pessoas, famílias e empresas. Com efeito, a adesão ao teletrabalho como medida de prevenção da contaminação e proliferação do novo coronavírus, bem como meio de contenção de danos à economia, tornou-se uma das alternativas mais enfatizadas mundialmente, por conseguinte sendo aplicada no território brasileiro.

Em face disso, compreender os efeitos pandêmicos nas questões trabalhistas, mais precisamente no que compete à modalidade supramencionada, requer o conhecimento histórico das disposições legislativas que versam sobre o teletrabalho e dos dilemas que envolvem a flexibilização trabalhista. Da mesma forma, também se faz necessário o conhecimento da eficácia da modalidade remota em diferentes realidades sociais, sobretudo no tocante aos grupos, de modo geral, desfavorecidos por essas legislações: jovens à procura da inserção primária no mercado de trabalho, mulheres –

notadamente as que desempenham função materna, e o público demasiado cuja modalidade remota é inócua.

Vale ressaltar que a adesão ao teletrabalho, com o fito de lidar com o impacto econômico decorrente do cenário pandêmico, em tese, deve sempre ocorrer em consonância com as garantias fundamentais de toda pessoa, à luz do preconizado na Constituição Federal de 1988, o que, em muito, difere da prática. Nesse ínterim, infere-se que proteger as pessoas, em concórdia ao princípio da dignidade da pessoa humana, as empresas e conter a pandemia devem, pois, constituir prioridade para o Estado Brasileiro.

Justifica-se, assim, a necessidade de compreender a realidade vigente no cotidiano da população, bem como a relevância que os aspectos sociais exercem no âmbito jurídico e acadêmico.

Destarte, torna-se imperiosa a análise quantitativa no que concerne às estatísticas das dimensões retroativas oriundas da adesão ao teletrabalho durante o período pandêmico. Outrossim, faz-se mister, ainda, a avaliação qualitativa, que diz respeito à perspectiva sociológica de como fatores históricos e culturais influenciam nos avanços ou retrocessos na legislação trabalhista em consonância à garantia dos direitos fundamentais, sobretudo considerando o cenário aqui enfatizado.

1. Disposições legislativas acerca do teletrabalho e o dilema da flexibilização trabalhista:

A adesão à modalidade remota do trabalho ganhou intensa repercussão no contexto devastador da pandemia da Covid-19. Contudo, o teletrabalho remonta tempo demasiadamente anterior à crise sanitária e econômica decorrente do novo coronavírus.

Não é de difícil atestação que a modernização das relações laborais possui liame intrínseco ao crescimento econômico. Todavia, é importante mencionar que este crescimento diz respeito, de modo geral, tão somente à elevação dos ganhos pecuniários de empresas, desconsiderando aspectos relevantes como o bem estar dos envolvidos no processo. A partir de um recorte histórico, percebe-se que a reestruturação dos modelos

de produção vigentes em diferentes épocas utiliza de uma argumentação sedutora da ampliação de postos de trabalho e de maior flexibilização nas relações trabalhistas.

Entretanto, desde a implementação do modelo taylorista-fordista de produção no chão de fábrica, com sua rígida divisão do trabalho, até o processo de flexibilização implementado pelo toyotismo, o que se tem observado é um processo de intensa flexibilização da legislação trabalhista, maximizando os lucros e os ganhos de capital. Isso porque, enquanto o primeiro modelo prezava por uma rígida divisão do trabalho e o desenvolvimento de uma lógica de trabalho em caráter parcelar, o toyotismo aumentou o trabalho realizado por máquinas e instituiu o modelo da fábrica enxuta: menos postos de trabalho e adaptação dos processos produtivos às demandas do mercado de consumo (ANTUNES, 2009).

A partir da modernização da tecnologia, em meados das últimas décadas do século XX e perdurando até a atualidade, passou a ganhar força o argumento de que a remoção da rigidez nas relações laborais consistia fator preponderante na promoção de empregos. Decerto, essa defesa tem por objetivo firmar a subordinação do trabalho ao capital, uma vez que limita o papel do Estado no que tange às garantias fundamentais de todos os indivíduos, ao passo que o estigmatiza enquanto "vilão" da produtividade e desenvolvimento econômico. Nesse ínterim, depreende-se que a flexibilização:

> (...) aparece como "resposta" a um ambiente em que tende a se intensificar a concorrência intercapitalista, num contexto de instabilidade e baixo dinamismo do produto, crescente importância do capital financeiro (financeirização), prevalência de políticas econômicas restritivas voltadas ao controle da inflação e elevação do desemprego. (KREIN, 2007, p. 01)

À luz disso, é verificada a forma cíclica como o mercado de trabalho avança, sobretudo no que concerne aos trabalhadores de menor remuneração: I- observa-se as demandas do mercado consumidor; II- inicia-se um sistema de produção de menor custo à empresa possível; III- limita-se os direitos dos empregados para garantir menor custo de produção; IV- sujeitos a condições injustas, restam menores oportunidades de compra e gozo dos bens de consumo pelos trabalhadores.

Com efeito, ainda que a tendência natural em tempos de crise seja de redução da quantidade de empregos bem como maior seletividade de contratações, políticas assistencialistas são fundamentais nesse período, haja vista ser imperioso, a todo tempo

e custo, garantir os direitos inerentes à pessoa humana, como é o caso do trabalho, preconizado na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 6º e 7º (BRASIL, 1988).

Entretanto, pouco se percebe o empenho das autoridades legislativas brasileiras na criação de políticas públicas eficazes, que muitas vezes surgem em resposta à forte pressão popular. Os dados comprovam, do ponto de vista prático, as afirmativas teóricas. Segundo levantamento do IBGE, a taxa de desemprego que já era de 12,2% no primeiro trimestre de 2020, teve grande elevação durante a pandemia, passando a 13,3% no segundo trimestre de 2020 (IBGE, 2020).

Historicamente, no que se refere às disposições legislativas sobre o teletrabalho no Brasil, ressalta-se a Lei 13.467, em vigor desde 11 de novembro de 2017, que passou a compor a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A referida lei trouxe a denominação de teletrabalho a toda prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (BRASIL, 1943).

Hodiernamente, ante o cenário decorrente da pandemia por Covid-19, destaca-se a Medida Provisória nº 936/2020 (BRASIL, 2020), convertida na Lei 14.020 de 6 de julho de 2020, que criou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, possibilitando a redução da jornada de trabalho com a proporcional redução de salário ou suspensão do contrato de trabalho. A referida legislação traz como objetivo incentivar medidas de contenção aos danos à economia, preservação do emprego e da renda, e, para tanto, fomenta modelos de flexibilizações, como a antecipação de férias e feriados, a concessão de férias coletivas, bem como estimula a utilização do teletrabalho, posta a necessidade de isolamento social como forma de prevenção à proliferação do coronavírus.

Essa ação do legislativo brasileiro reflete a forma a qual o trabalhador assalariado é submetido à maior parcela de culpa pelos danos econômicos da Nação, que prioriza proteger empresas em detrimento dos obreiros (AMADO, 2013).

Com efeito, evidencia-se o aspecto vago das leis, que pouco, ou nada, versam

acerca do modo como será estabelecido o trabalho de forma remota, a exemplo de quem deverá dispor dos subsídios necessários para a atividade laboral, bem como de qual maneira haverá fiscalização do exercício do labor. Diante disso, fragilizam-se os movimentos coletivos, limita-se a força sindical da categoria e amplia-se o espaço para a violação dos princípios trabalhistas, dificultando, posteriormente, até mesmo sua contestação.

Nesse diapasão, cabe elucidar a denominada jurisprudência de crise, a exemplo da ADI 6363, em que Supremo Tribunal Federal decide pela flexibilização de direitos constitucionais do trabalho em razão do cenário pandêmico. Vê-se, pois, anos de lutas sociais por direitos à população, sobretudo ao segmento mais carente, se esvaindo para que sejam priorizados aqueles que detêm maior poder aquisitivo e, por conseguinte, político.

2. A (in)eficácia do teletrabalho em diferentes realidades sociais:

É fato que existem setores em que a adesão à modalidade remota do trabalho é inócua, assim como as diferenças sociais também incidem sobre o rendimento no que concerne ao trabalho, a exemplo das questões relativas ao desempenho de mulheres (sobretudo as que desempenham a maternidade), de pessoas de baixa-renda e jovens que buscam a inserção no mercado de trabalho.

Segundo levantamento feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (IPEA, 2020), a participação das mulheres no mercado de trabalho brasileiro é a menor em 30 anos. Considera-se, entre as motivações, a maior dependência dos trabalhos maternos e da casa, em virtude do fechamento das escolas e demais setores.

Destarte, a pesquisa suscita a reflexão de como a mulher ainda não é colocada em nível de igualdade ao homem quando se refere às atividades caseiras, ficando estas, em maior parcela, de responsabilidade para a figura feminina, implicando diretamente no desempenho do teletrabalho, no qual recai intensas limitações, conforme esclarece Santos:

> [...] A quarentena será particularmente difícil para as mulheres e, nalguns casos, pode mesmo ser perigosa. As mulheres são consideradas “as cuidadoras do mundo”, dominam na prestação de cuidados dentro e fora das famílias.

> Dominam em profissões como enfermagem ou assistência social, que estarão na linha da frente da prestação de cuidados a doentes e idosos dentro e fora das instituições. Não se podem defender com uma quarentena para poderem garantir a quarentena dos outros. São elas também que continuam a ter a seu cargo, exclusiva ou maioritariamente, o cuidado das famílias. Poderia imaginar-se que, havendo mais braços em casa durante a quarentena, as tarefas poderiam ser mais distribuídas. Suspeito que assim não será em face do machismo que impera e quiçá se reforça em momentos de crise e de confinamento familiar. Com as crianças e outros familiares em casa durante 24 horas, o stress será maior e certamente recairá mais nas mulheres [...] (SANTOS, 2020, p. 15-16).

Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, dados entre maio e junho de 2020, apontaram que cerca de 30% dos jovens fora da força de trabalho declararam não ter buscado trabalho especificamente devido à pandemia, em virtude da necessidade de isolamento, quarentena ou distanciamento social (IBGE, 2020). Segundo a classificação do IBGE, os desalentados são jovens que não buscaram trabalho por não ter experiência profissional ou qualificação, por ser considerado muito jovem ou por não haver trabalho na localidade.

A proporção de jovens fora da força de trabalho foi de 36,8%, no primeiro trimestre de 2020, a 44,7%, no segundo trimestre do mesmo ano. A tendência de queda na ocupação e aumento da inatividade no segundo trimestre de 2020 ocorreu para todos os recortes socioeconômicos. Destaca-se que mais de 50% das mulheres jovens se encontravam fora da força de trabalho no segundo trimestre de 2020, o que representa um aumento significativo em relação ao segundo trimestre de 2019. Percebeu-se, ainda, aumento na população de jovens inativos da região Nordeste, cujo percentual chegou a 56% no segundo trimestre de 2020 (IBGE, 2020). Nessa perspectiva, é célebre o que diz Ricardo Antunes:

> O COVID-19 exibe todas as características de uma pandemia de classe, gênero e raça. Embora os esforços *de mitigação estejam ocultos na retórica de que "todos estamos juntos nessa guerra", as práticas, em particular por parte dos governos nacionais, sugerem motivações mais sombrias. (ANTUNES, 2020, p. 13)*

Ante o exposto, os dados revelam o distanciamento de alguns segmentos frente ao mercado de trabalho, uma vez que estes são mais cruelmente impactados pelo contexto pandêmico, seja por consequências da quarentena – que obriga mulheres que desempenham a maternidade a estarem ainda mais limitadas às funções do lar, seja pela redução de postos de trabalho, aumento das exigências e critérios para a contratação de

novos funcionários, bem como limitação de assistência àqueles que ainda não possuem experiência com o meio – que reduz o acesso de jovens à inserção primária no mercado de trabalho.

A escassez de políticas públicas e de parcerias público-privada com o fito de garantir subsídios para a implementação do teletrabalho, a exemplo da disposição de recursos tecnológicos (computadores, celulares ou outros meios que se fizessem necessários), liberação de salas de departamentos públicos para coworking obedecendo às medidas de prevenção ao coronavírus entre outras medidas que poderiam ser tomadas pelos órgãos públicos aponta a falta de preocupação destes no que tange à proteção do trabalhador.

Nesse sentido, o governo é deslocado à posição coadjuvante nas relações trabalhistas no Brasil, ficando a cargo do empregador e do empregado as decisões que versem sobre a relação laboral dos envolvidos no processo e as despesas existentes no que concerne ao trabalho remoto. Não é difícil saber sobre quem recai o maior fardo, ficando sob intenso fogo cruzado; de um lado, a situação famélica e, de outro, a contaminação virótica. Fato é que a classe trabalhadora vê fortificadas as formas de exploração do trabalho, precarização subemprego e desemprego (ANTUNES, 2020)

De todo o exposto, o que se percebe é que mesmo a modalidade de teletrabalho não guarnece os vínculos empregatícios, especialmente quando considerados setores específicos, por vezes fomentando desigualdades sociais e econômicas na realidade brasileira, em contramão às motivações explícitas nas disposições legislativas.

Conclusão

À luz das discussões estabelecidas na presente pesquisa, deduz-se que a pandemia da Covid-19 provocou intensas alterações no modo de trabalho da população brasileira. A adesão ao teletrabalho visando conter danos à economia e o desemprego em massa ainda não dispõe de uma legislação que permita a atividade de modo eficaz e que assegure os direitos dos empregados ao passo que garanta ganhos ao empregador. Como resultado, observa-se o aumento do número de pessoas desempregadas no Brasil,

bem como dos empregados em situações que desobedecem aos princípios que regem o direito do trabalho.

Ressalta-se, ainda, a escassez de políticas públicas eficazes na contenção dos danos fortalecidos pela pandemia, criando assim um potencial ambiente de vulnerabilidade social. Destarte, os dados evidenciam as consequências negativas de tal displicência

A forma heterogênea dos impactos causados confirma o modo como o sistema político, econômico, cultural e educacional influenciam, positivamente ou negativamente, na dinâmica do desenvolvimento do país. Ademais, verifica-se que o que se observa cotidianamente em muito diverge com aquilo que outrora fora positivado como direito fundamental.

Referências Bibliográficas

AMADO, João Leal. O Direito do Trabalho, a crise e a crise do direito do trabalho. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.163-186, jul./dez. 2013.

ANTUNES, Ricardo. **Coronavírus**: o trabalho sob fogo cruzado. São Paulo: Boitempo, 2020.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: atualizada até a Emenda Constitucional nº 103. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 jul. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1. Acesso em: 5 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020**. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020**. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

CORSEUIL, Carlos Henrique; FRANCA, Maíra. **Inserção dos jovens no mercado de trabalho em tempos de crise**. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/201104_bmt_70_dossie_a1.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Divulgação Especial. **Medidas de Subutilização da Força de Trabalho no Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Brasil pós-Covid-19**: contribuições do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Ipea: Brasília, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36143. Acesso em: 10 jul. 2021.

KREIN, José Dari. **Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil**. Tese de Doutorado em Economia Aplicada. Campinas, Unicamp, 2007. Disponível em: http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/285517. Acesso em: 10 jul. 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

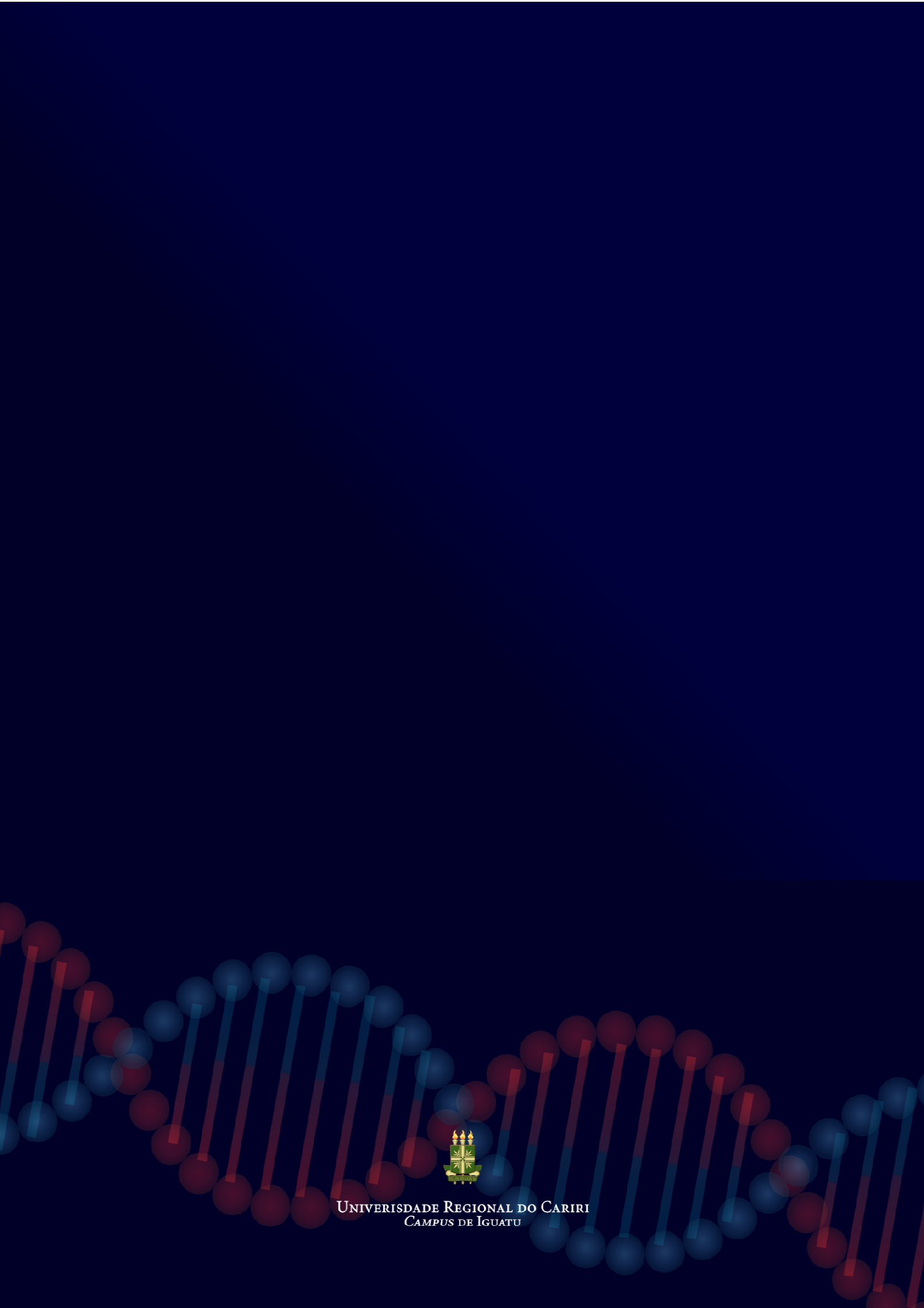
SILVA, Enid Rocha Andrade; VAZ, Fábio Monteiro. **Os jovens que não trabalham e não estudam no contexto da pandemia da Covid-19 no Brasil**. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/201104_bmt_70_dossie_a2.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

NOTAS DE RODAPÉ:

MERQUIOR, José Guilherme: " O liberalismo antigo e moderno", Tradução de Henrique de Araújo Mesquita, É Realizações Editora, S. Paulo, 2014, pags. 62-66.
Conferir a contribuição, nesta direção, dada por autores como Hegel e Troeltsch; Este último, Ernst Troeltsch, autor de *Die Bedeutung dês Protestantismus fur die Ents*tehung der Modernen Welt, cit. por José G. Merquior, edição de Munchen, 1906, tem excelente exame de suas ideias em Harry Liebersohn:"Fate and Utopia in German Sociology 1870-1923", MIT press, 1988, em especial o cap.3
MERQUIOR, José G.: O liberalismo antigo e moderno, op. cit. pag. 75
DA SILVA, José Afonso:" Aplicabilidade das normas constitucionais", S. Paulo, 1967.
CRISAFULLI, Vezio: " La Costituzione e lê sue disposizioni di principio", Milão, Dott. Guiffré Editore, 1952.
MENDES, Gilmar e outros: Curso de Direito Constitucional, op.cit; BARROSO, Luis Roberto: O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, 3ª Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1996; BONAVIDES, Paulo: " Curso de Direito Constitucional", Malheiros, S. Paulo, 24ª Ed., 2009; SARLET, IngoWolfgang e outros: Op. cit.; GRAU, Eros Roberto: " A ordem economica na Constituição de 1988(Interpretação e crítica), 3ª Ed., Malheiros, S. Paulo, 1997; e AIRES BRITTO, Carlos: " Teoria da Constituição", Rio de Janeiro, Forense, 2003.
SARLET, Ingo Wolfgang e outros: Op. cit. pags. 168 a 194
BARROSO, Luis Roberto : op. cit. Editora Saraiva, S. Paulo, 2009.
BARROSO, Luis Roberto: " *Curso de Direito Constitucional contemporâneo"*, Edit. Saraiva, 2009, pag. 171 e segs.
DA SILVA, José Afonso: "Aplicabilidade das normas constitucionais ", op. cit. pag. 55-56, que exemplifica, ademais, segundo Sarlet, a distinção efetuada " chamando a atenção para o fato de que uma norma pode perfeitamente possuir eficácia jurídca (como, por exemplo, o de revogar normas anteriores), mas não alcançar efetividade, isto é, não ser socialmente eficaz, caso não seja cumprido no plano social. Vejam que, antes mesmo do pioneiro J.Afonso da Silva, tal entendimento já era sustentado - apesar de rápidas discrepâncias conceituais entre eles- por TEIXEIRA, José Horácio Meirelles, em *Curso de Direito Constitucional*, pags.289 e seguintes, para quem, segundo Ingo Sarlet, a eficácia jurídica ou aplicabilidade (de fato, este ultimo autor equipara as duas noções), consiste " na qualidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, em maior ou menor escala, as situações, relações e comportamentos de que cogita" (*sic*), *ao passo que a eficácia social consistiria na real observância da norma pela comunidade,* na sua efetiva aplicação no plano dos fatos. Mencionada discussão teórica em torno de tais conceitos e de suas compreensões e interpretações, são objeto de largo comentário de Ingo Sarlet que se apoia, ora em Roberto Barroso, ora em Tercio Sampaio Ferraz ou Flavia Piovesan, cujas obras de Direito Constitucional se constituem, de fato, em estuário de esclarecimentos técnico-jurídico a propósito do tema, para as quais remetemos o leitor mais curioso. Conferir, portanto, nesse sentido e direção de PIOVESAN, Flãvia: "*Proteção judicial contra omissões legislativas"*,pags. 47 e seguintes e BARROSO, Luis Roberto: "*Direito Constitucional e a efetividade de suas normas", em* cuja pagina 81 define " a eficácia como a aptidão do ato jurídico para irradiar os efeitos que lhe são inerentes".
I- Conferir site www.cade.gov.br onde constam que no ano 2012 foram julgados 836 processos no âmbito do CADE; em 2013, 272 e em 2014, o número de 158 processos.
Ii- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: " Curso de Direito Constituconal", 34ª edição, Editora Saraiva, S. Paulo, 2008
Iii- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: Op. cit. pag. 366.
Iv- Conferir, igualmente, os livros de autoria de GRAU, Eros Roberto: " Elementos de Direito Economico", ; "A Ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996;

ALGUMAS OBRAS CONSULTADAS PELA BIBLIOGRAFIA

AMADO, Frederico: " Direito Previdenciário", 5ª edição, Editora Jus Podium, Salvador, 2005
AUSTRUY, Jacques. **Le scandale du devéloppement**. Paris: Éditions Marcel Rivière, 1976.
AZAMBUJA, Darcy: **Teoria Geral do Estado.** 5. ed., Porto Alegre: Globo, 1971.
BOTTOMORE, T. B. **As elites e a sociedade.** Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
BAUDRILLARD, Jean. Entrevista a Roberto Lopes, publicada em **Diário do Nordeste,** edição de 25.2.88.
BENN, G. **Gobierno moderno e la ingerenza negli affari privati**. Roma: A.Guiffré, 1948.



Univerisdade Regional do Cariri
Campus de Iguatu