

# Aos debates

Produção científica da  
Faculdade de Direito 8 de Julho  
2020/2023

**Organizadores:**

Afonso Carvalho de Oliva  
Tiago Bockie de Almeida  
Valquíria Nathali Cavalcante Falcão

**Revisores:**

Helaine dos Santos Ramos  
Pedro André Guimarães Pires



Título do Livro:  
Aos Debates: Produção Científica da  
Faculdade de Direito 8 de Julho 2020/2023

Organizadores:  
Afonso Carvalho de Oliva  
Tiago Bockie de Almeida  
Valquíria Nathali Cavalcante Falcão

Revisores:  
Helaine dos Santos Ramos  
Pedro André Guimarães Pires

ISBN:  
978-85-8413-352-9

EDITORA CRIAÇÃO  
CONSELHO EDITORIAL

Ana Maria de Menezes  
Christina Bielinski Ramalho  
Fábio Alves dos Santos  
Ítalo de Melo Ramalho  
Jorge Carvalho do Nascimento  
José Afonso do Nascimento  
José Eduardo Franco  
José Rodorval Ramalho  
Justino Alves Lima  
Luiz Eduardo Oliveira  
Martin Hadsell do Nascimento  
Rita de Cácia Santos Souza

# Aos debates

Produção científica da  
Faculdade de Direito 8 de Julho  
2020/2023

**Organizadores:**

Afonso Carvalho de Oliva  
Tiago Bockie de Almeida  
Valquíria Nathali Cavalcante Falcão

**Revisores:**

Helaine dos Santos Ramos  
Pedro André Guimarães Pires



Copyright 2023 by Organizadores

Projeto gráfico  
Adilma Menezes

Revisores:  
Helaine dos Santos Ramos  
Pedro André Guimarães Pires

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo, SP)  
Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes - CRB-8 8846

O48d Oliva, Afonso Carvalho de; Almeida, Tiago Bockie de; Falcão, Valquíria Nathali Cavalcante (org.).

Aos debates: Produção Científica da Faculdade de Direito  
8 de Julho 2020 - 2023 / Organizadores: Afonso Carvalho de  
Oliva, Tiago Bockie de Almeida e Valquíria Nathali Cavalcante  
Falcão. -- 1. ed. -- Aracaju, SE : Criação Editora, 2023.

756 p.;

E-Book: PDF.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-8413-352-9

1. Artigos. 2. Direito – Brasil. 3. Ensino Superior. 4. Produção  
Acadêmica I. Título. II. Assunto. III. Organizadores.

CDD 340.077

CDU 34.001

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Direito: Estudo, pesquisa e correlatos.

2. Direito: Produção acadêmica.

## APRESENTAÇÃO

**N**a qualidade de Diretor de Graduação da prestigiada Faculdade de Direito 8 de Julho, é com grande satisfação que apresento o livro “Aos debates: produção científica da Faculdade de Direito 8 de Julho 2020/2023”. Esta obra singular reúne a produção científica dos nossos alunos e professores durante os anos de 2020 a 2023, demonstrando a excelência acadêmica da nossa instituição.

Os ensaios, pareceres jurídicos e artigos completos que compõem esta obra não seguem uma linha única de pesquisa. Pelo contrário, representam uma amostra da riqueza e diversidade dos temas estudados pelos nossos discentes e docentes. Em outras palavras, este livro é a prova cabal da qualidade do nosso ensino e do comprometimento dos nossos alunos e professores.

Enquanto Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica, acompanhei de perto o desenvolvimento dos alunos e de seus trabalhos desde março de 2019, quando assumi a função. Essa proximidade me permitiu testemunhar de maneira direta o empenho e a dedicação dos estudantes em seus projetos, assim como a qualidade acadêmica dos professores da instituição. Por isso, não tenho dúvidas em afirmar que este livro é um marco na história da nossa faculdade.

Com efeito, “Aos debates: produção científica da Faculdade de Direito 8 de Julho 2020/2023” é uma credencial da qualidade dos discentes da Faculdade de Direito 8 de Julho. Ele demonstra, de maneira inquestionável, a capacidade dos nossos alunos em produzir conteúdo jurídico prático, desde o primeiro ano de formação no ensino superior. E esse é um fato notável, que merece ser comemorado e enaltecido.

Por fim, gostaria de expressar minha imensa satisfação com essa obra e reafirmar o compromisso da Faculdade de Direito 8 de Julho com a excelência acadêmica. Este livro é um testemunho deste

compromisso e uma fonte de inspiração e aprendizado para todos aqueles que desejam aprimorar seus conhecimentos na área jurídica.

Aracaju, março de 2023.

**Afonso Carvalho de Oliva**

Diretor de Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho

# SUMÁRIO

## 5 APRESENTAÇÃO

### **ENSAIOS**

- 15 A influência da espetacularização midiática no Direito: estudo do caso “mensalão”  
*Yann Dias; Alexis Magnum Azevedo de Jesus*
- 23 Espetacularização do Direito: A Influência da Mídia no Processos Criminais e o Impacto na Vida dos Envolvidos  
*Sofia Pitta; Fernanda Fortes Litwinski*
- 31 A Espetacularização do Direito e a Proteção da Personalidade Humana  
*Plínio Rebouças de Moura; Murielle Nicácio da Silva  
Gabriel Ribeiro dos Passos; Alexis Magnum Azevedo de Jesus*
- 47 Análise do Direito à Imagem da Criança e seus Reflexos nas Mídias Sociais: o Filho como Objeto de Exposição dos Pais  
*Yann Dias; Plínio Rebouças de Moura  
Antonina Gallotti Lima Leão; Alexis Magnum Azevedo de Jesus*
- 53 Responsabilidade Civil do Provedor no Caso de Reclamação Formal  
*Murielle Nicácio da Silva; Plínio Rebouças de Moura*
- 61 Direito à Imagem e Redes Sociais: Reflexos no Ordenamento Jurídico Brasileiro  
*Sofia Pitta; Daniela de Andrade de Souza;  
Antonina Gallotti Lima Leão*
- 69 Entre o Dito e o Não Dito: Um Ensaio sobre o Papel Retórico-Estratégico do Discurso Acadêmico na Arbitrariedade do Direito Brasileiro  
*Pedro André Guimarães Pires*

- 91 Iluminando o Coração das Trevas: como Navegar as Marés da Vulnerabilidade e as Ondas da Heteronomia?  
*Pedro André Guimarães Pires*
- 133 Precisamos Conversar sobre Medalhões: um Ensaio Waratiano Sobre o Conhecimento no Direito  
*Pedro André Guimarães Pires*

## **PARECERES**

- 159 PRESÍDIO – SUPERLOTAÇÃO E DOENÇAS  
161 Presídio – Superlotação e Doenças  
*Amanda de Sá Santos; Evânio José de Moura Santos*
- 173 RESPONSABILIDADE MÉDICA  
175 Parecer 1 - Responsabilidade médica  
*Tiago Bockie de Almeida; Daniel Aquino Ribeiro*
- 189 Parecer 2 - Responsabilidade médica  
*Marcela Queiroz de França Damázio; Tiago Bockie de Almeida Filipe Sobral Azevedo*
- 202 Parecer 3 - Responsabilidade médica  
*Maria Eduarda de Amorim Souza; Marcela Queiroz de França Damázio Tiago Bockie de Almeida*
- 212 Parecer 4 - Responsabilidade médica  
*Marcela Q. de França Damázio; Rachel Machado de Sales e Silva Tiago Bockie de Almeida*
- 227 CORTE DE ENERGIA - PANDEMIA  
229 Parecer - Corte de Energia – Pandemia  
*Marcela Queiroz de França Damázio; Gabriel Amorim Machado Tiago Bockie de Almeida*
- 239 FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - SUS  
241 Parecer 1 - Fornecimento de medicamento – SUS  
*Raíra de Almeida; Marcela Queiroz de França Damázio Tiago Bockie de Almeida*



- 248 Parecer 2 - Fornecimento de medicamento – SUS  
*João Guilherme de Abreu Smith Farias; Sâmya Santana Santos*
- 255 LIBERDADE RELIGIOSA
- 257 Parecer 1 - Liberdade Religiosa  
*Laila Souza Schoucair; Sâmya Santana Santos*
- 264 Parecer 2 - Liberdade Religiosa  
*Larissa Góes Santos; Marcela Queiroz de França Damázio  
Tiago Bockie de Almeida*
- 272 Parecer 3 - Liberdade Religiosa  
*Sônia Maria Nunes da Silva Oliveira; Marcela Queiroz de França Damázio  
Alexis Magnum Azevedo de Jesus*
- 279 DESPEJO
- 280 Parecer 1 - Parecer Jurídico  
*Letícia Tavares Nunes da Silva; Alexis Magnum Azevedo de Jesus*
- 285 Parecer 2 - Parecer Jurídico  
*Plínio Rebouças de Moura; Alexis Magnum Azevedo de Jesus  
Sophia Bilquis Silva Hasan*
- 290 Parecer 3 - Parecer Jurídico  
*Alexis Magnum Azevedo de Jesus; Vinícius dos Santos Sá*
- 297 CIRURGIA PLÁSTICA PÓS BARIÁTRICA
- 299 Parecer - Cirurgia Plástica pós bariátrica  
*Sônia Maria Nunes da Silva Oliveira; Afonso Carvalho de Oliva  
Plínio Rebouças de Moura*
- 307 DANO MORAL - MANIPULAÇÃO DE PARTIDAS DE FUTEBOL
- 309 Parecer - Dano Moral - Manipulação de Partidas de Futebol *Maria  
Eduarda de Amorim Souza; Plínio Rebouças de Moura  
Alexis Magnum Azevedo de Jesus*
- 319 RESPONSABILIDADE CIVIL - AGRESSÃO EM ESCOLA PARTICULAR
- 321 Parecer 1 - Responsabilidade Civil – Agressão em escola particular  
*Filipe Sobral Azevedo; Plínio Rebouças de Moura  
Tiago Bockie de Almeida*

- 331 Parecer 2 - Responsabilidade Civil – Agressão em escola particular  
*Marcio dos Anjos Santana; Plínio Rebouças de Moura*  
*Alexis Magnum Azevedo de Jesus*
- 339 IPHAN – CUSTEIO DE REFORMA DE IMÓVEL TOMBADO
- 340 Parecer - IPHAN – Custeio de reforma de imóvel tombado  
*Rachel Machado de Sales e Silva; Marcela Queiroz de França Damázio*  
*Sâmya Santana Santos*
- 351 REINTEGRAÇÃO DE POSSE - OCUPAÇÃO DE BEM PÚBLICO
- 352 Parecer 1 - Reintegração de Posse - Ocupação de bem público  
*Amanda de Sá Santos; Marcela Queiroz de França Damázio*  
*Sâmya Santana Santos*

## **ARTIGOS**

- 363 Constitucionalismo Pandêmico: o Impacto da Pandemia da Covid-19 no Sistema Federativo  
*Gustavo Silva Calçado; Alessandra Silva de Carvalho*
- 379 Os Reflexos da Pandemia de Covid-19 e sua Relação com o Direito à Informação  
*Marindalva de Souza Santana; Thiago de Menezes Ramos*
- 397 O Aumento no Número de Homicídios, na Pandemia, pela Atuação do Crime Organizado  
*Antônio Wellington Brito Júnior; Emanuel Messias P. dos Santos Júnior*
- 413 O Trabalho *Home Office* como Alternativa na Pandemia de Covid-19  
*Marcos Alexandre Costa de Souza Póvoas; Mileny Mercoli M. Rodrigues*
- 427 O impacto da pandemia nas micro e pequenas empresas brasileiras  
*Myllena Regina Maciel Lucena; Thiago de Menezes Ramos*
- 439 O Aumento da Violência Doméstica no Contexto Pandêmico  
*Antônio Wellington Brito Júnior; Vitória Menezes Santos*
- 455 A Relativização de Direitos Fundamentais na Pandemia por Covid-19 no Brasil: Uma Análise sobre o Direito de Ir e Vir e de Liberdade Religiosa  
*Daniela de Andrade de Souza; Antonina Gallotti Lima Leão*  
*Bryan Oliveira de Assis*

- 469 Os Desafios do Direito Civil em um Ambiente Pós-Pandemia: uma Análise da Vulnerabilidade do Consumidor, a Renegociação de Contratos e a Garantia ao Direito à Pensão Alimentícia  
*Plínio Rebouças de Moura; Bruna Helena Souza Libório*
- 483 A Violação dos Direitos da Personalidade no Contexto das Inteligências Artificiais  
*Samelah Rayane Bezerra de Moraes; Plínio Rebouças de Moura*
- 501 A Quarta Revolução Industrial e a Nova Lei de Licitações  
*Emanuel Messias Pereira dos Santos Júnior;  
Marcela Queiroz de França Damázio; Tiago Bockie de Almeida*
- 519 A Quarta Revolução Industrial e o Descompasse Democrático: Como o Avanço da Tecnologia pode Interferir no Exercício da Democracia  
*Alessandra Silva de Carvalho; Gustavo Silva Calçado*
- 539 A Quarta Revolução Industrial e os Impactos das Novas Tecnologias nos Regimes Políticos: uma Análise Comparativa entre Brasil e China  
*Erick Felipe Araújo Pinto dos Santos; Daniela de Andrade de Souza  
Sâmya Santana Santos*
- 553 SAF FC: As Inovações no Processo de Reestruturação do Futebol Brasileiro  
*Ercílio Bastos Neto; Thiago de Menezes Ramos*
- 569 A Tecnologia *Blockchain* aplicada ao Direito Societário Brasileiro  
*Myllena Regina Maciel Lucena; Thiago de Menezes Ramos*
- 577 Direitos Trabalhistas e Automação: Discussões Acerca da (Não) Regulamentação da Proteção ao Trabalhador  
*Bryan Oliveira de Assis; Daniela de Andrade de Souza  
Sâmya Santana Santos*
- 591 Direito Penal, *Fake News* e Crimes de Ódio  
*Evânio José de Moura Santos; Amanda de Sá Santos  
Larissa Góes Santos; Maria Eduarda de Amorim Souza  
Rachel Machado de Sales e Silva; Sophia Bilquis Silva Hasan*

- 617 A Personalidade do Agente e as Influências do Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro à Luz da Obra “O Estrangeiro”  
*Antônio Wellington Brito Júnior; Daniel Aquino Ribeiro*
- 641 A Reserva do Possível e o Orçamento Sensível ao Gênero  
*Sâmya Santana Santos*
- 657 Nem o Único Nem o Melhor: a Crítica Positivista ao Absolutismo Moral Neoconstitucionalista  
*Pedro André Guimarães Pires*
- 683 O Mito e o Lógos a Berrante: Diferenciando a Pós-Verdade pela Retórica do Bolsonarismo  
*Pedro André Guimarães Pires*
- 705 O País Sem Carnaval: A Carnavalização do Ensino Jurídico por um Direito Menos Arbitrário  
*Pedro André Guimarães Pires*
- 729 Para Meus Amigos, Tudo; Para Meus Inimigos, a Exceção: Vida Nua e Biopoder nos Campos de Trump  
*Pedro André Guimarães Pires*
- 751 SOBRE AUTORES

# Ensaaios



# A INFLUÊNCIA DA ESPETACULARIZAÇÃO MIDIÁTICA NO DIREITO: ESTUDO DO CASO “MENSALÃO”

## **YANN DIAS**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: yanndiasn.ydn@gmail.com.

## **ALEXIS MAGNUM AZEVEDO DE JESUS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Doutor em Educação (UFS); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (EJUSE); Bacharel em Direito (UFS).

### **Resumo:**

Essa obra buscará analisar os acontecimentos no que tangem os efeitos da espetacularização no maior caso de corrupção política da história brasileira, prezando pela integridade e neutralidade dos fatos que outrora foram vivenciados, apesar de que conforme o renomado autor hermeneuta Hans-Georg Gadamer, todos os indivíduos estão submetidos à existência em um dado momento histórico, com isso toda interpretação nunca será neutra pois só pelo fato de estarmos inseridos em um momento histórico isto já influenciará em nossas interpretações. Por isso, nessa obra será almejado o distanciamento temporal para que haja a maior clareza possível acerca dos fatos. Além disso, o método utilizado para o desenvolvimento da pesquisa será o sistêmico, no qual parte da realidade presente nas organizações e com este esclarecimento, buscar ações para minimizar os efeitos deste complexo entrave. Em síntese, neste estudo de caso, a principal abordagem será a problematização entre os fatores midiáticos e a necessidade da exposição dos casos jurídicos e suas respectivas consequências nas principais esferas sociais, políticas e jurídicas. Palavras-chave: Espetáculo. Corrupção. Influência. Midiática.

## INTRODUÇÃO

Para que seja possível o entendimento acerca da espetacularização midiática em casos como este, que são reconhecidos nacional e internacionalmente, é necessário saber como as redes de mídia tiveram acesso aos tribunais e seções jurídicas e como à posteriori foram repassadas a população de forma hiperbólica ou até mesmo distorcidas. Entretanto, é necessário salientar que a mídia tem um papel fundamental na sociedade, haja vista que por meio dela que as informações são transmitidas de maneira vertiginosa à maior parte da população brasileira, sendo, portanto, o principal meio de comunicação presente na contemporaneidade efetivado, posto que a própria Constituição Federal de 1988, assegura os direitos à livre expressão que estão expressos no artigo 220 caput, que diz: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição”. Dessa forma, fica-se evidente o principal questionamento à abordagem técnica deste caso: Até que ponto a mídia tem a soberania em expor casos judiciais visando audiência popular, e até que ponto os direitos à personalidade jurídica do réu como, direito à imagem, a dignidade humana, a honra, entres outros podem ser de violados e afetados por ações midiáticas que almejam o lucro acima das ações sociais informacionais?

Desta maneira, deve-se analisar previamente os fatores históricos do surgimento da mídia e sua relação com os âmbitos jurídicos. Em conformidade ao acervo digital do “Estadão” de São Paulo, no dia 30 de setembro do ano de 1992 ocorreu o primeiro caso em que foi implementado o uso de aparatos midiáticos no Supremo Federal Tribunal, caso este que se caracteriza pelo o julgamento do então presidente Fernando Collor de Melo, onde na ocasião sofreu impeachment e posteriormente a perda da inelegibilidade por oito anos. Entretanto, o fato a ser relevante neste estudo não é questionar se o impeachment do presidente Collor foi justo ou não, mas sim dimensionar o quão foi fundamental a influência midiática na decisão de cada deputado,



sabendo que milhares de indivíduos estariam vendo e julgando o seu futuro perante a sociedade.

Outrossim, é de suma relevância salientar os direitos violados dos réus envolvidos em casos como estes e como isto afeta em sua vida posterior. Em consonância ao artigo 5 da Constituição Federal de 1988, em seu inciso X, diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano moral ou decorrente de sua violação”, ademais, no inciso LVII também reforça os direitos primordiais ao réu afirmado que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Deste modo, as notícias que buscam dramatizar um fato jurídico são, portanto, paradoxais, haja vista que vão em contraposição aos artigos supracitados no período anterior e que podem levar até mesmo à consequências sociais excludentes como, por exemplo, a dificuldade de aceitação em empregos, o receio dos bancos em fornecer créditos altos, entre outras causas que são proliferadas em detrimento da promulgação da imagem distorcidas do réu pela mídia que acabam destruindo a possibilidade de ressocialização do culpado na realidade social brasileira.

## **REFERENCIAL TEÓRICO**

Por conseguinte, depois de apresentadas as considerações iniciais acerca do tema, é relevante salientar como tais concepções puderam ser aplicadas de fato na realidade, tendo como base o estudo do caso histórico do mensalão. Em uma rápida síntese, o mensalão, ou também denominado de ação Penal 470, foi nada menos do que um esquema de corrupção bilionária que se iniciou em 2002 que somente em 2005 houve sapiência do episódio, por meio de uma gravação secreta. Além disso, o funcionamento do processo de desvio do dinheiro foi basicamente dividido em três esferas, a primeira foi responsável pela manipulação política com o objetivo de que novos partidos se aliassem ao PT (partido dos trabalhadores) através de propina, a segunda esfera era caracterizada por fazer parcerias entre as agências de publicidade

e o governo que tinha como objetivo o desvio de verbas públicas, e pôr fim a esfera financeira na qual o Banco Rural realizava empréstimos ilegais aos políticos envolvidos no mensalão. Sendo assim, após este breve resumo do caso, fica-se evidente que os envolvidos neste caso são culpados e passivos de punição, entretanto, a questão a ser firmada neste estudo de caso é que, houve inegavelmente um pré-julgamento por parte da mídia e estas opiniões antecipadas afetariam a decisão do Supremo Tribunal. Para um dos maiores advogados criminalista do Brasil e do mundo, Antônio Carlos de Almeida Castro, outambém conhecido como “Kakay”, neste caso do mensalão, em tese a influência midiática não afetariam o Supremo tribunal, mas para ele é indiscutível que os ministros são pessoas comuns como todas as outras e que conseqüentemente serão cobrados e pressionados pela sua família, amigos e a própria sociedade, por isso, a grande relevância deste debate, pois o julgamento é nada menos do que o destino da vida do indivíduo por anos, ou até sua morte, assim demonstrando que é indispensável a seriedade com que se deve tratar a influência midiática no direito penal, uma vez que durante o fato, as redes de comunicação transmitiam diariamente notícias, que por mais que fossem iguais, eram repassadas à sociedade incansavelmente, e este é o ponto crítico a ser debatido, pois houve uma massacre ideológico acerca de determinado posicionamento que influenciou de forma assertiva no julgamento do caso.

Em consonância ao advogado Fábio Martins de Andrade, doutor em direito pela UERJ em seu artigo publicado na revista “Consultor Jurídico” em uma análise do caso mensalão, relata que no Brasil o alto índice de analfabetismo e baixa escolaridade, fazem com que a população seja sensível e relativamente manipulável, com isso “o enorme poder que os órgãos da mídia concentram em suas mãos, torna-se muito importante a coerência da linha editorial do jornal”, ou seja, é preciso que as notícias sejam imparciais, não tendenciosas e objetivas, haja vista que para ele a própria liberdade de imprensa que está assegurada na Constituição Federal, não pode ser confundida com libertinagem, visto que, com um grande poder de influência e

capacidade de formar opiniões na grande massa telespectadora, traz consigo a responsabilidade de prestar um serviço público ou privado de veicular as informações de modo correto, imparcial e íntegro.

Ademias, foi no caso mensalão que aconteceu uma das maiores audiências do STF, de acordo com a TV justiça, pois durante os julgamentos do mensalão que apesar de serem transmitidas via satélite, foi via internet que os números de telespectadores se mostraram superiores e crescentes, uma vez que somente na abertura dos trabalhos, no dia 2 de agosto de 2012, houve um aumento de três mil por cento, aproximadamente na audiência midiática do tribunal. Diante disso, nota-se que o simples fato de a TV justiça ter televisionado o caso não se configura espetacularização, uma vez que é o simples ato de disseminar as informações sobre o caso, no qual a sociedade tem direito de saber os seus rumos, entretanto, a disseminação excessiva por outros meios de comunicação de forma insistente com o objetivo de construir um sentimento de vingança e injustiça são, portanto, totalmente imorais e desonestos com a população.

Do mesmo modo, o renomado autor Noam Chomsky, considerado o pai da linguística moderna, afirma em sua teoria, desenvolvida em seu livro “Mídia: propaganda política e manipulação”, que em uma democracia que funciona adequadamente existem duas classes de cidadãos, a primeira que tem a função ativa na gestão dos assuntos de interesse público, em outras palavras, seriam as pessoas que tomam as decisões e administram as coisas no sistema público, ideológico e econômico (trata-se de um percentual pequeno da população). A outra classe, ele denomina de “rebanho desorientado”, pois estes estão fora do pequeno grupo e sua função é apenas de espectador, entretanto por se tratar de uma democracia esta classe tem outra função “de vez em quando ele tem a permissão para transferir seu apoio a um outro membro da classe especializada” e esta escolha é denominada de eleição. Com isso, surge a grande função e representação da mídia na sociedade, na qual é conduzir o “rebanho desorientado” a concepções ideológicas pré-concebidas, padronização de comportamentos e opiniões. Entretanto, dito isso, não se pode generalizar que todos

os tipos de mídias possuem esse carácter dogmático, mas é de suma importância criticar padrões e não aceitar abertamente tudo que é exposto de forma espetacularizada.

Ademias, para reforçar tais concepções supracitadas, em conformidade ao autor Walfrido Warde, em seu brilhante livro “O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país” afirma que combater a corrupção é como combater um câncer e nossa maior dificuldade é matar o câncer sem matar o paciente, sob a dificuldade extraordinária que ambos habitam no mesmo corpo, além disso considera que é compreensível que a sociedade brasileira tenham diante de tantos acontecimentos corruptos um guardado grito de revolta que são reprimidas por uma história de impunidade, com isso o espetáculo de notícias se torna uma justificada revolta do nosso desejo de vingança e retribuição, por isso tanto o Estado, como detentor do poder, e a mídia devem submeter-se ao domínio das emoções visando suas consequências futuras para o desenvolvimento social, político e jurídico de toda a sociedade, buscando transmitir à população as notícias de forma imparcial e esclarecedora .

## **CONCLUSÃO**

Por fim, é de suma relevância salientar que este é um tema espinhoso e difícil de ser debatido na sociedade, pelo fato de ser algo comum e, portanto, desprezado. Entretanto, mediante os argumentos supracitados, por mais que as mídias informacionais não tenham a pretensão de tornar uma notícia espetacularizada, é necessário que haja uma política de conscientização para que os indivíduos com menos escolarização e renda econômica possam buscar outros métodos de informações e contestações acerca do mesmo fato, pois uma vez que uma notícia é tornada espetacularizada os indivíduos à margem, chamados de “rebanho desorientado” por Chomsky, ficarão dependentes de meios informativos que são tendenciosos, conse-

quentemente será uma forma de padronizar opiniões e argumentos sobre determinados casos penais. Por isso, surge a necessidade de aparatos legais que influam nas divulgações de casos jurídicos penais com teor dramático e espetacularizado, além disso, é necessário que tenham uma conscientização por parte da rede midiática em torna-se imparcial e não tendenciosa, por mais que seus lucros possam ser subtraídos, massamente assim a população como um todo começará a ter opiniões próprias e individualizadas sobre os casos jurídicos no Brasil, e conseqüentemente os juizes e deputados nacionais poderão decidir casos com mais seriedade, possuindo a compreensão que cada decisão tomada será o destino da vida do réu por anos de sua vida, e suas conseqüências poderão influir em uma possível apatia social por esse indivíduo.

A verdade dos fatos encontra-se enterrada debaixo de montanhas e montanhas de mentiras. Do ponto de vista de evitar a ameaça à democracia, tem se mostrado um sucesso formidável, alcançado num contexto de liberdade, o que é extremamente interessante. Não é com um Estado totalitário, que é feito por meio da força. Esses feitos acontecem num contexto de liberdade... (Noam Chomsky).

## REFERÊNCIAS

CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. 1.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2002.

Madoz, W. A. *A justiça como espetáculo: O julgamento do escândalo político mediático do mensalão*. 2016. 256p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*. Rio de Janeiro: Editora casa da palavra, 2018.



# ESPETACULARIZAÇÃO DO DIREITO: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS PROCESSOS CRIMINAIS E O IMPACTO NA VIDA DOS ENVOLVIDOS

## **SOFIA PITTA**

Discente do curso de Direito.

## **FERNANDA FORTES LITWINSKI**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Professora das disciplinas Teoria Geral do Direito e Hermenêutica da Faculdade 8 de Julho. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Especialista pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

### **Resumo:**

O ensaio trata sobre a espetacularização do direito e como a mídia influencia nos processos judiciais e na vida das vítimas e dos réus. Tem como objetivo demonstrar os efeitos causados pelo fenômeno no âmbito jurídico, analisando casos como “Vigilante do Metrô” e de Suzane von Richthofen. Utiliza-se o método dedutivo e a natureza da pesquisa é qualitativa, partindo de análise geral de casos importantes relacionados ao assunto abordado. Ao final foi constatado que a espetacularização do direito afeta os processos criminais e a reintegração dos envolvidos.

Palavras-chave: espetacularização; influência; mídia; processo penal.

## INTRODUÇÃO

Esse ensaio tem como objetivo explicitar a manipulação midiática no processo penal e na vida dos envolvidos a partir da análise de casos que foram fortemente influenciados pela espetacularização e pela mídia.

Para tal, utilizou-se o método dedutivo, já que foram analisados casos de grande magnitude em diferentes épocas e locais. Utilizou-se, também, o método de pesquisa bibliográfico e qualitativo na análise dos casos documentados e de grande renome.

Segundo Aristóteles, os seres humanos são animais sociais e, por se manterem em convivência constante, precisam desenvolver métodos para sua comunicação. Para tanto foi necessária a propagação de informação, a qual acontece desde os primórdios da humanidade. Contudo, essa parte essencial das inúmeras sociedades sofre influência das mais diversas naturezas. Podem ser distorcidas para manipulação dos indivíduos, para disseminar preconceito e ódio, além de para favorecer algum indivíduo ou causa em detrimento de outro. Esses são apenas alguns exemplos dos modos desonestos para que a comunicação em massa, a qual atualmente é chamada de mídia, pode ser utilizada.

A mídia se tornou parte essencial da sociedade a qual cada vez mais busca inseri-la no seu dia a dia. Para alcançar tal objetivo, os meios de comunicação de massa, sobretudo após a Terceira Revolução Industrial, foram inovados e outros dispositivos foram criados. Dessa forma facilitando a propagação de informação e descobrindo novas formas de influenciar a população.

Nessa época surgiram figuras importantes que usavam recorrentemente a mídia para influenciar e conquistar a população. Getúlio Vargas foi um exímio comunicador e político que, com ajuda dos meios de comunicação, ele conquistou a simpatia brasileira e firmou seus mandatos a partir disso.

Contudo, a espetacularização pode provocar dois efeitos distintos. Apesar de ser utilizada em alguns casos para informar e deixar



conteúdos mais acessíveis para as camadas da sociedade, o fenômeno também é utilizado para manipular as massas.

Existem diversas técnicas de manipulação, as quais são constantemente utilizadas pela mídia a fim de exercer seu poder e controlar a população de acordo com as suas vontades e opiniões. Atualmente, a espetacularização de questões jurídicas, em especial em matéria criminal, é uma das mais recorrentes, já que, cada vez mais, as pessoas preferem observar a realidade alheia como um filme do que como algo verídico, o que problematiza essa técnica.

## **REFERENCIAL TEÓRICO**

A espetacularização que, como já mencionada, foi organizada a favor de várias figuras públicas, inclusive a do antigo presidente Getúlio Vargas, pode ser utilizada de outras formas. A espetacularização é, segundo o Dicionário Online Priberam de Português, “ato ou efeito de tratar algo como se fosse um espetáculo, de espetacularizar”. O que pode ser usada, também no mundo do Direito.

No âmbito jurídico julgamentos famosos, principalmente na área criminal, são os alvos preferidos da espetacularização. Tais casos são fortemente repercutidos na mídia e prejudicam na imparcialidade do júri, já que eles estão constantemente rodeados de novas informações que, por vezes, nem mesmo são comprovadas. Além de que, independentemente do resultado do julgamento, as partes envolvidas serão de alguma forma afetadas e eternizadas nos casos.

No segundo episódio do documentário da plataforma de streaming Netflix “Condenados pela Mídia” foi relatado o caso do “Justiciero do Metrô”. No ano de 1984 em Nova York, Bernhard Goetz atira em quatro jovens negros no metrô e depois alega legítima defesa. Na época, a cidade estava em uma crise de segurança e muitos novaiorquinos aprovaram a atitude de Goetz. Os jornais colocavam o atirador como herói, como um modelo a ser seguido e isso influenciou ainda mais seu julgamento. A seleção do júri foi extremamente complicada

como é possível entender a partir da fala de Mark Baker, advogado de defesa de Bernhard Goetz, no documentário.

Os advogados de ambos os lados não procuraram pessoas que não conhecem sobre esse caso tão repercutido, já que os advogados duvidam que muitos nova-iorquinos se enquadrem [...] queríamos jurados que já tivessem sido vítimas de assalto, porque queríamos que pudessem se identificar com Goetz. E o promotor de justiça queria vítimas de assalto para poder argumentar para o júri: “você não atirou em alguém. Por que o Sr. Goetz atirou?” (BAKER, 2020)

Apesar dos danos causados aos jovens e da declaração do atirador afirmando ter atirado novamente em uma das vítimas por ele “não parecer estar em um estado tão ruim quanto os outros” (GOETZ, 2020), o acusado foi absolvido dos crimes e apenas condenado por porte ilegal de armas. Um tempo depois a mãe do rapaz que levou o segundo tiro o deixando paraplégico, processou Goetz e, com a mudança de opinião da mídia devido à declaração anterior do réu, ganhou o caso. O fato mostra como a mídia é poderosa e interfere profundamente nos resultados dos julgamentos e na vida dos envolvidos, já que a reputação das partes foi intimamente afetada, o que pode atrapalhar na reintegração a sociedade, de ambas as partes, após o evento.

Vale ressaltar que apesar das atrocidades ditas e cometidas pelo condenado ele ainda é conhecido como o Vigilante do Metrô, indicando uma espécie de proteção. A afirmação leva ao seguinte questionamento: qual condenação foi mais significativa, a social midiática ou a jurídica? O caso, mesmo após mais de 30 anos passados, é muito relevante para a compreensão da sociedade nessa nova era midiática.

O autor francês Guy Debord em sua obra *Sociedade do Espetáculo* aborda questões extremamente relevantes acerca da influência exacerbada da mídia e seus efeitos. Esse livro coloca em xeque a percepção humana quanto a manipulação midiática, o espetáculo e o mundo real.

Onde o mundo real se converte em simples imagens, estas simples imagens tornam-se seres reais e motivações eficientes típicas de um comportamento hipnótico. O espetáculo, como tendência para *fazer ver* por diferentes mediações especializadas o mundo que já não é diretamente apreensível, encontra normalmente na visão o sentido humano privilegiado que noutras épocas foi o tato; a visão, o sentido mais abstrato, e o mais mistificável, corresponde à abstração generalizada da sociedade atual. Mas o espetáculo não é identificável ao simples olhar, mesmo combinando com o ouvido. Ele é o que escapa à atividade dos homens, à reconsideração e à correção da sua obra. É o contrário do diálogo. Em toda a parte onde há representação independente, o espetáculo reconstitui-se.

A partir do excerto, fica claro que em diversos casos abordados pela mídia a verdade não foi o foco, e sim, o que a espetacularização quer que a sociedade entenda dos fatos e como fará os indivíduos se comportarem acerca do tema em questão. Como exemplo disso pode ser utilizado o famoso caso de Suzanne von Richthofen. Os fatos ocorridos são bem conhecidos pela maioria dos brasileiros, contudo o que aconteceu depois do encarceramento da acusada não teve tal atenção.

Richthofen realizou algumas tentativas de ingresso em universidades durante seu período presa, contudo, nenhum deles foi acatado. Cada pedido foi negado de formas diferentes, mas todos estavam relacionados à garantia da segurança da ré fora do presídio. Segundo o jornal G1, em 2016 a ré pediu para cursar administração online por medo do assédio sofrido presencialmente, mas ele foi negado pela Justiça devido à falta de estrutura presidiária para aulas.

O desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan (2021) afirmou que

Se a lei almeja a reintegração social não há razão para que Suzane fique sem frequentar a faculdade onde conseguiu matrícula e financiamento de seu curso, tendo sido aprovada no Enem.

Contudo, existe, sim, uma razão: sua segurança está em risco.

A espetacularização do caso foi tamanha que após quase 20 anos de sua condenação, a presidiária ainda corre risco de ser assediada na rua por indivíduos sem envolvimento com o caso apesar de estar cumprindo sua pena. A influência da mídia foi tanta que a sociedade entende que é direito de ela punir, de sua forma, os condenados. Assim, fazendo com que situações como a de Richthofen aconteçam.

## **CONCLUSÃO**

Este ensaio buscou apresentar casos relevantes para a compreensão da espetacularização do direito e suas consequências. Buscou explicar que os diversos usos do fenômeno em favor dos interesses de algumas figuras públicas foram essenciais para o mundo ser como é hoje. Contudo, apesar de ter moldado a sociedade, o direito espetacularizado pode trazer alguns empecilhos para o seu melhor desempenho, como o prejuízo na imparcialidade do júri e o impacto na vida das partes envolvidas.

Como abordado anteriormente ao tratar do segundo episódio do documentário “Condenados pela Mídia” a espetacularização aproveitou situações sobre as quais a população tem uma opinião comum e influência para que sigam as diretrizes apontadas como certas e boas pela mídia. Essas opiniões, entretanto, não são constantes e à medida que flutuam, os indivíduos a seguem, o que interfere nos resultados dos julgamentos.

Dessa forma, é chegada à conclusão de que a manipulação midiática faz com que a população torne, bem como disse Guy Debord, simples imagens em motivações eficientes. Com isso, é entendido que a busca dos fatos, da verdade, nunca foi o foco mas, sim, a busca pela influência social.

No caso de Suzane von Richthofen, verifica-se como a influência midiática pode interferir na vida dos indivíduos e na sensação de que a sociedade precisa fazer algo além do que a Justiça já faz para

que possa sentir que os condenados estão sendo realmente punidos. Assim, entende-se que a espetacularização do direito é algo prejudicial para a devida aplicação legislativa, já que a reintegração às respectivas realidades é comprometida pelo demasiado envolvimento de terceiros e da mídia.

## REFERÊNCIAS

DEBORD, Guy. *Sociedade do espetáculo*. 1. ed. Paris: Contraponto, 2007.  
ESPETACULARIZAÇÃO. In: *DICIONÁRIO* da língua portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2008-2021. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/espetaculariza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 25 out 2021.

JUSTICEIRO do Metrô. In: *CONDENADOS* pela mídia. Produção: George Clooney, Ryan Murphy e Steven Brill. Estados Unidos: Netflix, 2020. 61 minutos, Temporada 1, episódio 2. Disponível na Netflix. Acesso em: 15 out 2021.

LEIMIG, Luara. Com medo do assédio, Suzane pede para cursar faculdade a distância. *G1*, São Paulo. 20 maio 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2016/05/com-medo-do-assedio-suzane-pede-para-cursar-faculdade-distancia.html>. Acesso em: 02 nov 2021.

REDAÇÃO. Justiça autoriza Suzane Richthofen a cursar faculdade. *Nexo*, São Paulo. 13 set 2021. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/extra/2021/09/13/Justi%C3%A7a-autoriza-Suzane-Richthofen-a-cursar-faculdade>. Acesso em: 02 nov 2021.



# A ESPETACULARIZAÇÃO DO DIREITO E A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE HUMANA

## **PLÍNIO REBOUÇAS DE MOURA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: pliniormoura@yahoo.com.br

## **MURIELLE NICÁCIO DA SILVA**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: murielleapx@gmail.com

### **Resumo:**

A espetacularização é tratar algo como se fosse um espetáculo, é tudo o que chama a atenção, atrai e prende o olhar. Essa espetacularização se choca com o princípio da dignidade humana, que é o centro de todo o ordenamento jurídico, pois ele reúne todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa. Como também há conflitos com os direitos da personalidade, que são extrapatrimoniais próprios da pessoa e decorrem do princípio da dignidade humana. Esta é uma pesquisa qualitativa, explicativa e bibliográfica.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos da Personalidade. espetacularização.

## **INTRODUÇÃO**

Em uma sociedade cada vez mais conectada aos programas televisivos e as redes sociais é perceptível o crescimento da espetacularização do direito das pessoas, a invasão da mídia que por diversas vezes ultrapassa a questão de apenas informar o fato, e diante disto acaba ferindo algum direito da personalidade; como à honra, a imagem ou privacidade de alguém, causando-lhe danos a sua dignidade.

Diante do abuso perante a informação prestada a sociedade, como fica o direito de quem teve sua vida exposta como um espetáculo? O que prevalecer? O direito à informação ou a dignidade do ser humano? Não são questões simples, em se tratando de dois direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, e art. 220, onde nenhum é mais importante que o outro.

O problema está nas pessoas que fazem uso dos meios de comunicação, pois esquecerão qual é o principal objetivo deste direito, que é o de relatar algum acontecimento de modo imparcial. A falta de ética e de respeito ao próximo é que leva ao cometimento de abusos na notícia. Além disso, em um estado democrático é essencial a liberdade de informação assim como a de expressão, desde que ressalvadas algumas hipóteses, pois quem tem direito também possui um dever. Qualquer ser humano é livre para expor o que quiser em suas redes sociais ou em programas, porém, ao ferir a integridade de outrem, este, responderá pela exorbitância praticada.

Para a elaboração deste ensaio jurídico, foi utilizado o método de pesquisa qualitativo, explicativo e bibliográfico.

## **A ESPETACULARIZAÇÃO É UMA REALIDADE QUE SE CHOCA COM A DIGNIDADE HUMANA**

Espetacularização é tratar algo como se fosse um espetáculo, e de acordo com o minidicionário Aurélio (2001) espetáculo é tudo o que chama a atenção, atrai e prende o olhar.



Em uma sociedade onde há diversos programas televisivos, e várias redes sociais a espetacularização do direito de outrem tem aumentado. Os programas com o intuito de manter audiência extrapolam o seu direito de informar, e ao invés disso, passam a realizar um cenário circense da vida de alguém com o intuito de prender a atenção do telespectador. Por meio disso, a notícia obtém um certo poder sobre a sociedade despertando instintos julgadores, justiceiros, e de superioridade, desencadeando ao mesmo tempo o preconceito, a exclusão, o suicídio, dentre outros, são atos que violam a dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que se encontra na Constituição brasileira de 1988, art. 1º, III. De acordo com Farias e Rosendal (2017) o centro fundamental do ordenamento jurídico brasileiro é a dignidade humana que reúne todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa, ele abarca a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, assim como, garante a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade. Farias e Rosendal (2017) o conceitua como valor máximo da ordem jurídica brasileira.

Além disso, a dignidade da pessoa humana segundo Farias e Rosendal (2017) carrega consigo uma dupla face, ou seja, possui uma eficácia positiva e outra negativa. Na eficácia positiva é imposta obrigações ao Estado e aos particulares para a afirmação da dignidade, e a eficácia negativa, serve para limitar o poder público e às pessoas como um todo, no desempenho de deliberados direitos.

Desse modo, este princípio traz consigo a ideia de que todos têm direito a um mínimo de garantias para que se possa viver dignamente. Cada ser é único e digno de respeito independente de sua cor, raça, região, religião, de ser ele um condenado, um indigente, um transgênero, etc. Uma pessoa não pode ser vista como um simples objeto, não deve ser usada apenas como um meio de se obter algo, por isto este princípio é inviolável, irrenunciável, universal, inalienável e imprescritível.

## **DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Os direitos da personalidade na perspectiva de Lôbo (2017) são direitos não patrimoniais próprios da pessoa, concebido do núcleo principal de sua dignidade, semelhantemente Gagliano e Filho (2017) conceituam os direitos da personalidade como aqueles cuja finalidade são os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa.

Este direito surgiu para proteger o homem, são inerentes a ele. O ser humano é o titular dos direitos da personalidade, Gagliano e Filho (2017) destacam que a norma alcança também os nascituros pois ainda que não tenham personalidade jurídica, possui seus direitos garantidos pela lei desde a concepção, os caracterizando como direitos da personalidade.

Suas características são: absoluto, geral, extrapatrimonial, indisponibilidade, imprescritibilidade e vitalício.

O Direito da personalidade é absoluto pois ele é erga omnes significa que não é dado a ninguém a possibilidade de violar esse direito, assim, como também pode ser relativizado; ele é geral pois alcança a todos os seres humanos; é extrapatrimonial pois não admite valor pecuniário, a honra, a imagem, o nome de alguém são bens que não se precifica; são indisponíveis, ou seja, não se pode doar e nem vender a outrem; é imprescritível pois não se perde com o decurso do tempo; e vitalício, direito que permanece até a morte, Gagliano e Filho (2017) articulam que há alguns direitos da personalidade que incidem também após a morte do indivíduo.

Os direitos da personalidade de acordo com Gagliano e Filho (2017) são classificados com base na tricotomia do corpo, mente e espírito. Eles visam a proteção da vida e integridade física como o corpo com vida, do cadáver, e da voz; também protegem a integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal), e a integridade psíquica e criações intelectuais.

Esses direitos que podem ser encontrados do art. 11 ao 21, CC, possuem um rol exemplificativo, existindo outros que não esteja tipificado expressamente no código civil.

Lôbo (2017) conceitua o Direito à vida como inerente, mas também, como uma obrigação imposta ao próprio ser, que não pode de ela dispor. O Direito à honra é o direito à integridade moral, ele tutela o respeito, a notoriedade e a estima que alguém aprecia nas relações sociais, para Lôbo é o mais frágil dos direitos da personalidade, pois pode ser danificada em decorrência de informação inverídica, e conseqüente a honra, esta é subjetiva quando toca à pessoa física pois apenas ela pode sofrer constrangimento e humilhações.

Lôbo (2017) continua conceituando os demais direitos da personalidade, o direito geral à liberdade é o direito de ser livre desde o nascer até a morte, é o direito de ir e vir, exceto em função de cometimento de delito; o direito à integridade física e psíquica tem como finalidade a intocabilidade do corpo físico e mental do ser humano, porém, esse direito não é absoluto havendo hipóteses de pequenas intervenções; em seguida o direito à vida privada tem relação ao ambiente familiar e seu dano perpassa aos outros membros familiares.

Além disso, Lôbo (2017) diz que à intimidade está interligada a fatos e acontecimentos que o indivíduo deseja ter sob seu domínio, sem partilhar com outrem, já o direito à imagem diz respeito a toda forma de representação da pessoa em sua totalidade. Ele sofre uma colisão, com a liberdade de imprensa que se encontra no art. 220, CF, onde com o crescente uso da tecnologia e o surgimento de diversas redes sociais faz aumentar o percentual de notícias invasivas na vida de alguém, que para manter a audiência realizam verdadeiros espetáculos.

No art. 20 do código civil está explícita uma condição de sanção caso ocorra um fato que ofenda a imagem ou honra de alguém, porém, os casos devem ser analisados no caso concreto verificando se houve algum abuso pela imprensa, usando a técnica de ponderação.

O direito ao esquecimento é uma jurisprudência, que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana que é o centro de todo o ordenamento jurídico e do direito da personalidade, para poder ser aplicado é verificado no caso concreto as suas particularidades e ver se cabe o uso deste entendimento. De acordo com Farias e Rosenvald (2017) o direito ao esquecimento não outorga a ninguém o direito de

apagar fatos ou reescrever a história, é a perspectiva reconhecida a todos de restringir o uso de fatos pretérito ligados a si.

O Supremo Tribunal Federal julgou o caso Aída Curi, onde os irmãos ajuizaram uma ação contra o programa Linha Direta por fazer a reconstituição do caso o qual mencionou o nome da sua irmã já falecida no programa sem autorização da família, as partes solicitavam indenização e direito ao esquecimento ao programa.

Contudo, em um julgado recente sobre o referido caso Aída Curi do dia 11/02/21, o Supremo Tribunal Federal em relação ao direito ao esquecimento do Recurso extraordinário 1010606, teve o pedido de recurso negado, em sua decisão o STF deixa claro não reconhecer o direito ao esquecimento, ele cita que esse direito é incompatível com a constituição, e que os eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, principalmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral.

À luz deste julgado, percebesse que o entendimento do STF geralmente tende a priorizar a informação, porém, repugna a extrapolação do conteúdo no tocante aos direitos da personalidade.

## **CONCLUSÃO**

Diante do exposto acima, fica claro que todos são dignos de respeito e possui o direito de ter sua imagem, intimidade e honra resguardados da imprensa, independente se ele for um ex-condenado, um indigente, um transgênero, um ator, o ser humano não é um objeto. A falta de empatia na sociedade é cada vez maior o que acaba causando transtornos psicológicos, econômicos, e sociais.

É necessário haver campanhas de conscientização nas emissoras de tv, assim como nas redes sociais, para que ao repassarem as informações o faça de modo imparcial sem espetáculo, respeitando o interesse público e do próximo, os fazendo repensar o que é o direito de informar. Eles possuem o direito de transmitir fatos, mas, com isso também vem o dever de respeitar a dignidade de alguém.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NRB 10520*: apresentação de citação em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *NRB 6023*: elaboração de referências. Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário RE 1010606 / RJ - RIO DE JANEIRO*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. *Direito ao esquecimento*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021. (Sessão realizada por videoconferência – Resolução 672/2020/STF). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446557/false>. Acesso em: 27 out. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: parte geral e LINDB. 15. ed. v. 1. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio Século XXI Escolar*: O minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 19. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*: atualizado de acordo com as últimas normas da ABNT. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIEIRA, Alessandro. *VADE MECUM*. Brasília: Senado Federal, 2021.



# DO DIREITO AO ESPETÁCULO

## **GABRIEL RIBEIRO DOS PASSOS**

Discente do curso de Direito.

## **ALEXIS MAGNUM AZEVEDO DE JESUS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Doutor em Educação (UFS); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (EJUSE); Bacharel em Direito (UFS).

## **RESUMO:**

A espetacularização do direito tornou-se algo inerente ao ramo jurídico. A história da humanidade é repleto de casos que foram totalmente espetacularizados, sendo eles decisivos para a história no mundo, contudo a espetacularização virou excessiva e deliberada, findando uma exposição demasiada de ambas as partes envolvidas no processo, trazendo mais um julgamento para os incluídos, sendo ele o social. Ademais, nos dias atuais a dissipação das notícias ganhou um proporção enorme e incalculável por conta das redes sociais, trazendo ainda mais a tona o espetáculo diante do direito.

Palavras-chave: Espetacularização; Exposição; Julgamento.

## **INTRODUÇÃO**

Do direito ao espetáculo: é um estudo que visa analisar o fenômeno da espetacularização do direito, desde os primeiros julgamentos da história até o presente momento, como todo envolvimento do público leigo afeta o andar desde o início do julgamento até o resultado. O presente trabalho busca descrever por meio de exemplos históricos como a influência midiática pode mudar os rumos de uma decisão judicial e as consequências das exposições exageradas.

Desde os primeiros julgamentos com base no direito da época, os casos penais sempre foram os mais espetacularizados, com plateias em volta dos réus para se saber o caminhar da decisão. É fato que toda a população se interessa com o resultado da decisão, contudo julgamentos importantes são abordados de forma tão espantosa que o envolvimento da população se torna algo perigoso as partes presentes no caso, pois aos olhos dos leigos, em um caso espetaculoso e abordado de forma errada o réu mesmo que o júri não prove nada e o julgue como inocente, a sua exposição foi tamanha que sua boa fama foi afetada diante da população.

A problemática no tema abordado é saber difundir até onde deve ser benéficas partes quando um caso se torna público, e em que consiste tamanha exposição não só do caso como de todos os envolvidos no mesmo. Trazendo aos dias atuais, infelizmente não há um controle do que será exposto diante de um caso, pois a disseminação de notícias pelas redes sociais atinge um público incontável, desse modo a exposição aos envolvidos no caso um julgamento social, violando seus direitos a privacidade, imagem e honra.

## **REFERENCIAL TEÓRICO**

Com o decorrer da história humana nota-se a necessidade de um espetáculo para entreter uma sociedade, visto que esse tipo de fenômeno a faz “esquecer” o que está acontecendo em sua volta, aplicando assim o conceito de pão e circo, adotado na Roma antiga.



Infelizmente o direito tornou-se uma espécie de espetáculo para a sociedade a favor de saciar os seus desejos, na mesma Roma antiga onde foi instituída a política pão e circo, aconteceu o julgamento mais emblemático de toda a história (excluindo fatores religiosos), o julgamento de Jesus Cristo, foi um espetáculo do começo ao fim, com multidões ao redor do réu esperando sua sentença. Diante de todos que estavam sedentos pelo andar do caso de Cristo, Poncio Pilatos (governante da Judeia e juiz que decidia o caso) decide jogar ao povo à última salvação para o “Salvador”, fazendo-os decidir quem seria crucificado, logo sentenciado a morte, Cristo ou Barrabás (réu acusado de roubos e assassinatos), contudo a população totalmente engajada no caso decide para a condenação de Jesus Cristo. Sendo assim é nítido o total espetáculo fornecido ao público diante desse julgamento, provando que este fenômeno não provem apenas dos dias atuais.

Hannah Arendt em seu livro chamado “Eichmann em Jerusalém” cita a teoria “banalização do mal”, esta teoria consiste no não pensar do indivíduo, o mesmo agindo pelo que lhe convém, sem pensar nos malefícios daquilo que ele criaria.

Analogamente a Hannah Arendt, trago o Tribunal Revolucionário (1792) criado logo após a Revolução Francesa (1789), formado com o intuito de julgar os políticos infratores, contudo o tribunal se tornou uma máquina de morte diante da sociedade pois em um de seus julgamentos, foram apresentados 178 acusados, sendo 53% absolvidos e 25% condenados à morte na guilhotina, onde estas execuções aconteciam em praça públicas diante de uma “plateia” que clamavam por suas execuções. Isto é, a Revolução Francesa juntamente ao Tribunal Revolucionário visava uma melhora para o governo e a população francesa contudo o mal foi banalizado de tal forma que execuções por meio de decapitação eram feitas diariamente, a luz do povo tornando um circo da morte a céu aberto e fornecendo aos seus cidadãos um verdadeiro espetáculo das condenações.

Zygmunt Baumann em seu livro Modernidade Líquida, afirma que no tempo presente, os fatos são feitos para serem passageiros, ou quase descartáveis, pois para ele hoje mais liberdade para agirmos da

forma em que nos convém, contudo essa liberdade não implica em um tempo mais próspero, pelo contrário, esta liberdade nos exige mais responsabilidade para aquilo que fazemos e consumimos.

Diante da liberdade que possuímos hoje dita por Baumann, é questionável até onde deve-se ir tal direito, pois atualmente o há um consumo deliberado de informações a todo momento, junto a estas informações que possuímos por termos aliberdade como direito há também a exposição em demasia. A medida em que a liberdade a informação cresce, junto a ela a exposição de pessoas aumentam majestosamente.

Voltando ao mundo jurídico e retomando as ideias apresentadas na estrofe acima, a liberdade a informação torna-se perigosa a partir do ponto em que a exposição por via de terceiros torna-se excessiva. É notável cada dia, mais programas “policiais” exibirem em canal aberto e em horários nobres um horror, uma ofensa ao direito da personalidade, visto que em suas matérias há um total escárnio aos envolvidos nos casos em que esse tipo de jornalismo de informação atua. Retomando Baumann, a liquidez da sociedade fez com que o direito a imagem virasse algo romântico, e não aplicável (fora da tese) quando o que o indivíduo produziu seja de puro interesse midiático, causando a este indivíduo uma exposição que ela possa lhe render um julgamento social muito pior que um julgamento nas vias do direito.

Segundo Guy Debord, a sociedade é o próprio espetáculo e que os meio de imagem são usadas para a criação de um realidade em que favoreça o seu meio. Ademais seria o espetáculo manipulado pela imagem como um meio de unificação da sociedade, unindo seus modos de pensar e fazendo-os com o que obtivessem um só “modos operante” através da monotonia do que fornecido

O espetáculo é ao mesmo tempo parte da sociedade, a própria sociedade e seu instrumento de unificação. Enquanto parte da sociedade, o espetáculo concentra todo o olhar e toda a consciência. Por ser algo separado, ele é o foco do olhar iludido e da falsa consciência; a unificação que realiza

não é outra coisa senão a linguagem oficial da separação generalizada. (Guy Debord – A Sociedade do Espetáculo)

Retomando os pensamentos de Debord, a forma como se é abordado os casos do direito no meio midiático possuem um caráter além do informativo, um semblante ficcional. Por vias de fato, trago o caso do ex-jogador de futebol americano, que o seu julgamento recebeu o adjetivo de “julgamento do século” pois, o ex-atleta foi acusado de matar sua ex-esposa e um rapaz. Ademais, ao desenrolar do caso acontece uma fervorosa perseguição de carro entre a polícia e O.J, contudo o canal estava transmitindo a final da NBA, evento que para todo um país, os Estados Unidos, diante da perseguição o canal midiático interrompe a transmissão do jogo para exibir a perseguição para prender o ex-atleta. Dessa forma é explícito o modo que como os meios de mídia abordam os casos de grande repercussão, jogando a favor de si, já que todo o país parou de assistir uma final de basquete, para ver uma perseguição, abordando O.J como fugitivo e dando uma hipótese de que o ex-atleta era culpado, contudo sendo absolvido em seu julgamento.

De certo, as mídias televisivas e digitais possuem uma massa de comunicação de tamanho incalculável, além disso a liberdade e o mascaramento diante do anonimato causam um sentimento de impunidade. Sobretudo, a espetacularização e o envolvimento massivo da população leiga e até mesmo o fatório julgamento social findou causando um segundo fenômeno além do julgamento nas vias do direito, esse fenômeno chama-se cancelamento, onde há um verdadeiro linchamento que ocorre nas redes sociais, muitas vezes sem provas, e acusações sem embasamentos concretos, ademais o alvo em maioria das vezes não possui chance de responder e acaba sofrendo consequências repulsivas em sua vida cotidiana devido à grande exposição sofrida.

Por fim trago Jean Braudrillard, que em sua filosofia apontava a sociedade atual como uma sociedade de consumo, pois ele acreditava que as massas eram cúmplices da situação atual do mundo, criticava

o consumo exagerado da mídia pela sociedade, tornando notícias como simples objetos, descaracterizando o seu real valor informativo.

De certa forma, muito do que é circulado em excesso e divulgado possui um alvo a ser atingido. No entanto, os meios midiáticos entenderam a ânsia que a população possui diante de casos espetaculosos, transformando-os em meros produtos de informação e entretenimento, substituindo o seu valor informativo por um mero produto para se entreter.

## **CONCLUSÃO**

Do direito ao espetáculo buscou mostrar como a sociedade lida com julgamentos de grande repercussão, é nítido o encantamento que tais casos trazem. É certo que as mídias sociais manipulam e tornam as notícias o mais sensacionalistas possíveis para que o direito se torne algo fantasioso como é para o bom grado dos deuses.

Ademais, a massa midiática trouxe à tona um fator que não se é discutido: como é a vida das partes presentes no caso após toda a repercussão? Desse modo não se há nada a ser debatido de até onde é saudável tamanha exposição. Contudo sabemos que mesmo não sendo condenado, o julgado possui toda a sua imagem associada a aquele fato, trazendo a ele o julgamento social, inviabilizando sua vida por conta da inaccessibilidade midiática.

Entretanto, a liberdade a informação torna a prática do sensacionalismo dentro do direito algo vago, corriqueiro. Desse modo há de se debater até onde deveir o direito à informação para ele chegar a colidir com o direito de imagem e boa fama do indivíduo. Não se nota um apreço pela imagem da pessoa se naquilo que ele está envolvido trazer interesses a mídia social

Outrossim, infelizmente não ainda há uma garantia para que a imagem dos envolvidos sejam preservadas, a não ser aqueles que ocorrem em segredo de justiça, contudo não há uma segurança da imagem pessoal o indivíduo, sendo ele vendida de forma nua e crua para a sociedade, trazendo um verdadeiro espetáculo para o direito.

## REFERÊNCIAS

SILVA, Eduardo. *No compasso de uma sociedade punitiva: da espetacularização do processo aos suplícios pós-modernos*. bdtcc.unipe.edu., 2018. Disponível em: <https://bdttcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/04/NO-COMPASSO-DE-UMA-SOCIEDADE-PUNITIVA-DA-ESPETACULARIZA%C3%87%C3%83O-DO-PROCESSO-AOS-SUPLICIOS-P%C3%93S-MODERN.pdf>. Acesso em: 2021.

SANTOS, Amanda. *A sociedade do consumo*. Reflexões subversivas, 2020. Disponível em: <https://medium.com/reflex%C3%B5es-subversivas/a-sociedade-do-consumo-21ed1bf5587a>. Acesso em: 2021.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 16 dezembro de 1999

NEVES, José Roberto. *Os grandes julgamentos da história*. São Paulo: Nova Fronteira, 7 de dezembro de 2018.

DEBORD, Guy. *La société du spectacle*. França. Gallimard Education, 14 de janeiro de 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. 1ª edição. Brasil: Zahar, 17 de abril de 2001

BRAUDILLARD, Jean. *A sociedade do consumo*. 1ª edição. Brasil: Edições 70, 2 de março de 2009.



# ANÁLISE DO DIREITO À IMAGEM DA CRIANÇA E SEUS REFLEXOS NAS MÍDIAS SOCIAIS: O FILHO COMO OBJETO DE EXPOSIÇÃO DOS PAIS

## **YANN DIAS**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: yanndiasn.ydn@gmail.com.

## **PLÍNIO REBOUÇAS DE MOURA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: pliniormoura@yahoo.com.br

## **ANTONINA GALLOTTI LIMA LEÃO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Professora de Graduação e Pós-graduação em Direito da Criança e do Adolescente. Doutoranda em Direito (UFBA), Mestre em Direito (UFBA) e Especialista em Direito (UFBA).

## **ALEXIS MAGNUM AZEVEDO DE JESUS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Doutor em Educação (UFS); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (EJUSE); Bacharel em Direito (UFS).

### **Resumo:**

Essa obra buscará analisar o Direito à imagem da criança relacionado com os efeitos da exposição exacerbada nas redes sociais, prezando pela integridade e neutralidade dos fatos que outrora foram e são vivenciados, apesar de que conforme o renomado autor hermeneuta Hans-Georg Gadamer, todos os indivíduos estão submetidos à existência em um dado contexto histórico, com isso toda interpretação nunca será neutra pois só pelo fato de estarmos inseridos em um contexto histórico diferente, isto já influenciará nossas interpretações. Dessa forma, nessa obra será almejado o distanciamento cultural, para que haja a maior clareza possível acerca dos fatos. Além disso, o método utilizado para o desenvolvimento da pesquisa será o sistêmico, no qual parte da realidade presente nas organizações e com este esclarecimento, buscar ações para minimizar os efeitos deste complexo entrave. Em resumo, neste estudo, a principal abordagem será: até que ponto é saudável para uma criança a sua exposição nas redes sociais e suas consequências nas principais esferas sociais, políticas e jurídicas.

Palavras-chave: Direito à imagem, crianças, personalíssimos, redes sociais, entrave, pais.

## INTRODUÇÃO

Primordialmente, antes de adentrar de fato no tema apresentado, é de suma relevância compreender a definição do Direito personalíssimo e suas particularidades no âmbito jurídico.

Desta forma, conforme os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona em sua renomada obra: “Novo Curso de Direito Civil”, ambos revelam que o direito da personalidade está diretamente relacionado à aptidão de um indivíduo, titular de um direito, possuir a capacidade de contrair direitos e obrigações, na qualidade de sujeito de direito.

Dessa maneira, compreende-se imagem não apenas como aspecto físico de uma pessoa, mas também uma forma de manifestação da sua personalidade no meio social.

Noutro ponto, em consonância à Carta Magna de 1988, em seus artigos 5º, incisos V e X, ratificam a importância do direito à imagem do indivíduo enquanto ser humano, posto que, trata-se de um direito fundamental constituído como cláusula pétrea. Veja-se:

Constituição Federal de 1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Além disso, faz-se necessário salientar que o direito a imagem é regulamentado conjuntamente pelo código civil de 2002 em seu artigo 20º. Veja-se:



Código Civil de 2002: Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

Devido a isso, o direito de imagem é indisponível (intransmissível e irrenunciável), imprescritível, impenhorável, extrapatrimonial e vitalício. Portanto, para garantir a sua proteção, o Código Civil, em seu art. 20, prevê que a utilização ou exposição dos direitos de imagem de uma pessoa podem ser proibidas, se lhe atingirem a honra, a boa fama, a respeitabilidade ou se destinarem a fins comerciais.

Além disso, conforme a súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), caso haja a violação ao direito à imagem do indivíduo, o responsável pelo dano será responsabilizado a indenizar a vítima independentemente de prova de juízo, ou seja, a publicação não autorizada da imagem de uma pessoa com fins econômicos ou comerciais sem o seu consentimento gera o dever de indenizar o lesado em âmbito cível.

Noutro ponto, assim como toda regra tem sua exceção, no direito à imagem não é diferente, uma vez que não se trata de um direito absoluto, ou seja, possui casos em que tal direito não é protegido. Dentre eles, estão os casos de: Interesse Público, Ambiente Político, Liberdade de Imprensa e Contratos particulares em que versem sobre este direito, podendo ser gratuitos ou onerosos, dependendo do pacto entre as partes.

Entretanto, como se pode notar, o direito à imagem de crianças se encontra em uma linha tênue, posto que, os pais alegam boa-fé em expor seus filhos nas redes sociais, almejando inclui-los desde cedo na esfera digital. Todavia, diferente do ponto de vista dos pais, existem aqueles que defendem o direito à imagem exclusivo da criança, e que deve ser disponibilizado somente quando a criança expressamente ceder a autorização.

A fim de esclarecer e interpretar o segundo argumento supracitado, é de suma relevância citar o estudo da renomada psicológica, autora e professora da USP, Luciana Carla dos Santos Elias, uma vez que ela possui um estudo acerca da exposição dos filhos nas redes sociais. De acordo com ela, muitas vezes a internet apresenta uma vida perfeita e inalcançável, que pode impactar diretamente na autoestima e percepção de mundo das crianças e adolescentes, portanto, o diálogo, a mediação e o estabelecimento de limites pelos responsáveis é imprescindível.”

Todavia, deve-se entender que dividir os momentos prazerosos e o desenvolvimento dos filhos com amigos e familiares pelas redes sociais é normal e tem um sentido benéfico, porém, quando os pais começam a compartilhar esses conteúdos com centenas de pessoas desconhecidas, é preciso refletir sobre os perigos e sobre o respeito à individualidade de suas crianças.

## **O DIREITO A IMAGEM NA CONTEMPORANEIDADE**

É inegável afirmar, que atualmente vivenciamos uma intensa modernização em todas as esferas tele comunicativas em nosso mundo. Ocorre que tais, avanços, do mesmo modo que concedeu melhorias ao cotidiano das pessoas, facilitou a possibilidade de violação de direitos da personalidade e, entre esses, destaca-se o direito à imagem.

Além disso, com advento da pandemia “Covid19” no ano de 2019, surgiu a necessidade de os indivíduos ficarem restritos por um tempo indeterminado em suas casas (quarentena), a fim de não contraírem a doença. Sucede que, conforme o estudo realizado pela empresa brasileira Spark, durante o pico da crise mundial, Facebook, Instagram e WhatsApp tiveram um crescimento de cerca de 40%.

Deste modo, a partir dos dados e fundamentos supracitados, é fato que atualmente há um maior engajamento nas redes sociais do que anos atrás.

Com isso, para analisarmos de forma mais prática e não metafísica o estudo do direito a imagem, faz-se relevante citar o caso da cantora conhecida como “Mc

Melody” que atualmente possui 15 (quinze) anos de idade. A cantora mirim ganhou notoriedade desde os anos de 2015, na época possuindo apenas 8 (oito) anos de idade e já fazia sucesso nas redes sociais através da rede social “youtube”. Ocorre que o vídeo postado foi alvo de inquérito Civil aberto pelo Ministério Público de São Paulo/SP pelo forte conteúdo erótico e de apelos sexuais em seus vídeos e publicações nas redes sociais, seus pais, o também cantor Thiago Abreu, conhecido como “MC Belinho” e Daiane Glória Severino, foram investigados pela suspeita de violação ao direito e respeito à dignidade de crianças/adolescentes.

Diante disso, nota-se que o direito à imagem é um assunto de extrema necessidade a ser discutido, uma vez que tem aplicabilidade prática.

Em continuação ao caso abordado, atualmente a cantora afirma publicamente que a utilização de sua imagem é permitida e aceita por ela. Todavia, conforme já demonstrado, muitos são os perigos que os pais submetem seus filhos, e muitas vezes sem nem se dar conta. Pois, precisam compreender que os seus filhos são sujeitos em formação, por isso são mais vulneráveis, e precisam ter uma tutela diferenciada de seus direitos, principalmente relacionada ao direito à imagem dos menores.

Ademais, em consonância ao artigo 2º do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente - LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990). Veja-se:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

## **CONCLUSÃO**

Por fim, com vistas a análise desenvolvida neste artigo, é possível o entendimento de que apesar do intenso desenvolvimento tecnológi-

co em que vivenciamos é pertinente que os pais ou responsáveis pelas crianças tenha o devido entendimento de que o seu filho possui um direito imprescritível, impenhorável, extrapatrimonial e vitalício, ou seja, o direito à imagem adquirido pela criança quando nasce até o pós-morte, deve ser respeitado e preservado.

Assim, deve-se sempre buscar uma exposição funcionalizada ao melhor interesse do menor, a fim de resguardar os direitos da personalidade da criança e do adolescente.

## REFERÊNCIAS

GAGLIANO, Pablo; FILHO, Rodolfo. *Nosso curso de direito civil*. 19ª edição. Bahia: Universidade Federal da Bahia 2017.

DESCONHECIDO, Autor. *INSTAGRAM de MC Melody é retirado do ar*. Redação do *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo 22/01/2019. Disponível em: < <https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2019/01/instagram-de-mc-melody-e-retiradodo-ar-ema-e-diz-que-ira-lutar-pela-guarda-e-carreira-da-filha.shtml> >. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BILCHES, William. *Qual o preço pago por filhos e pais diante da exposição de crianças na internet*. Gazeta do Povo, Sempre Família, 2019. Disponível em <<https://www.semprefamilia.com.br/qual-o-preco-pago-por-filhos-e-pais-diante-daexposicao-de-criancas-na-internet/>> Acesso em 06/10/2019.

# RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR NO CASO DE RECLAMAÇÃO FORMAL

## **MURIELLE NICÁCIO DA SILVA**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: murielleapx@gmail.com

## **PLÍNIO REBOUÇAS DE MOURA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: pliniormoura@yahoo.com.br

### **RESUMO:**

A garantia de proteção à imagem é um direito fundamental que se encontra no art. 5º, X, da Constituição Federal, como também faz parte dos direitos da personalidade, como consta no Código Civil, art. 20. Trata-se de um direito indisponível e imprescritível, que representa a expressão exterior sensível da individualidade humana, desta forma digna de tutela jurídica. A Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) veio para trazer mais segurança jurídica, englobando em seus arts. 18 e 19, regulamentando a responsabilidade do provedor com relação a conteúdos publicados por terceiros que degrade a honra ou imagem de alguém. Esta é uma pesquisa qualitativa, explicativa e bibliográfica.

Palavras-chaves: direito à imagem; responsabilidade civil do provedor; notificação extrajudicial.

## **INTRODUÇÃO**

O uso indevido da imagem de alguém ou o desvio ou desígnio o qual foi autorizado caracteriza em descumprimento ao direito à imagem, por este motivo o infringente deve ser responsabilizado civilmente.

Com o progresso tecnológico veio o acréscimo do abuso do direito à imagem e a honra das pessoas através das redes sociais por postagens feitas por terceiros, porém, até o ano de dois mil e treze, não havia uma lei específica que regulamentasse os deveres e obrigações dos provedores e de seus usuários. A Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) veio para trazer segurança jurídica, oferecendo ao judiciário uma base legal para que, ao surgir questões referentes ao assunto, não houvesse decisões divergentes.

Nos artigos 18 e 19 desta lei orientam o modo de responsabilização do provedor de aplicação de internet. Em seu art.19, caput, está redigido que o provedor de aplicação de internet só será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não adotar as medidas cabíveis.

Porém, em um cenário onde a propagação da notícia é imediata e possui um alcance colossal, seguir totalmente à risca a letra da lei no tocante a aguardar uma ordem judicial para poder tomar alguma providência não será benéfico nem a vítima, tampouco ao Poder Judiciário, pois haverá um sobrepeso ao órgão. Sendo assim é mais exequível que não haja a necessidade de ordem judicial, incumbindo outras vias para assim dar agilidade ao caso.

Para a elaboração deste ensaio jurídico, foi utilizado o método de pesquisa qualitativo, explicativo e bibliográfico.

## **DIREITO À IMAGEM**

A garantia de proteção à imagem é um direito fundamental que se encontra no art. 5º, X, da Constituição Federal, assim, como também faz parte do direito da personalidade como consta no Código Civil, art. 20.

Gagliano e Filho (2017) afirmam que o detentor deste direito é o homem precipuamente, e que o direito à imagem tem caráter absoluto pois ele é erga omnes estabelecendo a sociedade o dever de respeitá-lo. Ademais é indisponível pois não pode ser dado a outrem, como também imprescritível pois não se perde com o decurso do tempo.

Ainda de acordo com Gagliano e Filho (2017), o direito à imagem pode ser relacionado aos direitos de caráter moral, pois os seus reflexos em caso de macula é mais sentido no âmbito moral do que no físico.

Para eles, a imagem representa a expressão exterior sensível da individualidade humana, por isto digna de tutela jurídica, a utilização indevida da imagem de alguém ou o transvio da finalidade do uso o qual foi autorizado configura em descumprimento ao direito à imagem, carecendo ser o infrator responsabilizado civilmente.

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE INTERNET**

Antes da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) não havia no Brasil uma norma específica que regulasse as obrigações e deveres dos provedores assim como de seus usuários.

Jesus e Milagre (2014) dizem que o Marco Civil da Internet veio para trazer segurança jurídica, pois essa norma oferece ao judiciário uma base legal para quando surgir questões abrangendo a internet e tecnologia da informação obstando decisões contraditórias sobre temas iguais.

Por conseguinte, o Marco Civil da Internet traz, nos arts. 18 e 19, a responsabilidade do provedor de aplicação de internet.

No art. 18 está explícito que o provedor não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, e o art. 19, caput, diz que o provedor de aplicações de internet só pode ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as devidas providências.

Em um julgado recente de recurso especial nº 1.783.269 – MG, que trata de uma ação recorrente onde a parte é o facebook serviços online, o assunto em pauta refere-se a Direito Civil - Responsabilidade Civil – indenização por dano moral, onde teve como Relator o Exmo. sr. Ministro Antônio Carlos Ferreira. O recurso especial obteve seu provimento negado por maioria dos votos, no mês de dezembro 2021. O assunto em pauta trata-se de um caso em que um terceiro postou uma imagem com um menor de idade e seu genitor, associada a grave acusação de estupro e pedofilia, hipoteticamente praticados pelo pai, sendo ainda divulgada para a galera da rede social do genitor. A vítima da imagem de imediato denunciou à empresa “facebook” o ocorrido para que ela tomasse as devidas providências, porém, à empresa respondeu agradecendo a denúncia e informando que a foto não viola os padrões de comunidade da entidade.

Em face ao ocorrido a vítima entrou com ação contra o facebook, e o mesmo alegou que não houve ordem judicial pedindo a retirada do conteúdo das vias de veiculação, a sua defesa se norteou com base no art. 19, caput da lei 12.965/14.

O julgado foi publicado no informativo n. 723 da Corte Superior, do mês de fevereiro 2022, com o seguinte destaque: Responde civilmente por danos morais o provedor de aplicação de internet que, após formalmente comunicado de publicação ofensiva a imagem de menor, se omite na sua exclusão, independente de ordem judicial.

É também interessante ressaltar que a constitucionalidade do art. 19, da lei 12.965/2014, está sendo objeto de debate em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no tema n. 987/STF “ Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros”.

Em virtude da situação, cabe refletir a respeito se há necessidade de sempre aguardar uma ordem judicial, para resolver determinadas situações.



No mundo globalizado como o atual torna-se inviável esperar sempre por uma ordem judicial, a começar pela alta demanda de processos o qual o poder judiciário já está incumbido, em casos de responsabilização do provedor de aplicação de internet não há necessidade de ficar à espera da ordem judicial para poder dar andamento a resolução do problema, sendo que através de comunicado é possível deliberar a questão.

Ademais há uma certa demora na liberação da ordem judicial e enquanto isso a notícia, ou imagem de alguém fica sendo veiculada há algo inverídico tomando uma grande proporção, marcando desse modo à vida do indivíduo de tal maneira que, a depender do caso é irreversível a mancha que se terá sobre a dignidade daquele ser.

Enfim, já que existe uma outra possibilidade de solução de tais controvérsias, como é o caso das vias administrativas, para poder tratar a matéria, então que opere recorrendo as tratativas extrajudiciais, deixando desta maneira o judiciário aliviado, necessitando apenas da comunicação formal.

## **CONCLUSÃO**

Em suma, compreende-se que o detentor do direito à imagem é o homem, e que este direito tem caráter absoluto por ser erga omnes estabelecendo desse modo a sociedade o dever de respeitá-lo, bem como, é indisponível pois não pode ser dado a outrem, como também é imprescritível pois não se perde com o decurso do tempo. A utilização indevida da imagem de alguém afigura em descumprimento de lei levando a responsabilização por isto.

Em virtude disto, tenha-se a responsabilização civil do provedor de aplicação de internet que em regra aguarda por uma ordem judicial para poder dirimir um infortúnio, e aquilo que deveria ser tratado de modo hábil acaba sofrendo uma delonga, ocasionando uma sobrecarga desnecessária ao poder judiciário.

Sendo assim utilizar-se de meios administrativos contatando diretamente à empresa responsável pela administração do site, reali-

zando a denúncia diretamente pelo canal de atendimento que a mesma disponibiliza em sua central de ajuda, incumbindo-a a obrigação de tomar as medidas cabíveis após conhecimento dos fatos ilícitos, a priori medidas como bloqueio, retirada ou banimento do material e conta utilizadas na publicação, destarte não haverá demasia de processos ao judiciário.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NRB 10520*: apresentação de citação em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *NRB 6023*: elaboração de referências. Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 1783269/MG*. Direito civil, infante juvenil e telemático. Provedor de aplicação. Rede social. Danos morais e à imagem. Publicação ofensiva. Conteúdo envolvendo menor de idade. Retirada. Ordem judicial. Desnecessidade. Proteção integral. Dever de toda a sociedade. Omissão relevante. Responsabilidade civil configurada. Recorrente: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Recorrido: G O D. Relator: Min. Antônio

Carlos Ferreira, 14 de dezembro de 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s\\_equencial=2128573&num\\_registro=201702627555&data=20220218&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s_equencial=2128573&num_registro=201702627555&data=20220218&formato=PDF). Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo N° 723*. Responde civilmente por danos morais o provedor de aplicação de internet que, após formalmente comunicado de publicação ofensiva a imagem de menor, se omite na sua exclusão, independentemente de ordem judicial. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 1037396 RG/SP*. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Relator: Min. Dias Toffoli, 01 de março de 2018. Disponível em : <https://stf>.

[jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987](http://jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987) . Acesso em: 30 abr. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 19. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. *Marco civil da internet: comentários à lei 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito: atualizado de acordo com as últimas normas da ABNT*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VIEIRA, Alessandro. *VADE MECUM*. Brasília: Senado Federal, 2021.



# DIREITO À IMAGEM E REDES SOCIAIS: REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

## **SOFIA PITTA**

Discente do curso de Direito.

## **DANIELA DE ANDRADE DE SOUZA**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Professora universitária da Faculdade de Direito 8 de Julho e do Centro Universitário Estácio de Sergipe. Especialista em gênero e sexualidade. Advogada. E-mail: danielaasg@gmail.com

## **ANTONINA GALLOTTI LIMA LEÃO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Professora de Graduação e Pós-graduação em Direito da Criança e do Adolescente. Doutoranda em Direito (UFBA), Mestre em Direito (UFBA) e Especialista em Direito (UFBA).

### **Resumo:**

O presente ensaio discute acerca do direito à imagem e como as diversas redes sociais influenciam a vida dos indivíduos, e, conseqüentemente, impactam no referido direito. Em vista disso, o objetivo geral é demonstrar os efeitos causados pelo uso das redes sociais no cenário jurídico, analisando o caso Carolina Dieckmann, que deu origem à Lei nº 12.737/2012, e apresentando os dados referentes às denúncias feitas acerca da violação desse direito, bem como os instrumentos normativos criados para regulamentar tais situações. Para tanto, emprega-se a pesquisa de abordagem qualitativa, com procedimento de pesquisa bibliográfica e documental. Ao final, constata-se que o direito à imagem, de grande relevo aos direitos da personalidade, deve receber proporcional proteção do ordenamento jurídico quanto maior a exposição causada pelo uso das redes sociais, uma vez que afeta a vida em sociedade como um todo. Palavras-chave: Direito à imagem; Lei nº 12.737/2012; Redes sociais.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988, também conhecida como a Constituição Cidadã devido às várias garantias humanitárias que ela possui, protege como fundamentais os direitos da personalidade. São eles, em rol não taxativo, a proteção da vida, da liberdade, da integridade, da sociabilidade, da privacidade, da honra, da imagem e da autoria. Nesse ensaio jurídico, será abordado, de forma mais profunda, o direito à imagem.

O direito à imagem, assim como os demais direitos da personalidade, é intransmissível e irrenunciável, portanto, intrínseco ao ser humano. O direito protegido pelo artigo 5º, inciso X da Constituição Federal se torna cada vez mais importante nesse mundo extremamente globalizado, dada a rapidez em que as informações se multiplicam e se compartilham. Com a 3ª Revolução Industrial e o advento das novas tecnologias, os seres humanos ficaram mais expostos e vulneráveis, e nessa fase de adaptação para sua nova realidade, alguns direitos foram negligenciados. O direito de imagem foi um deles.

Com o crescente aumento das redes sociais e o engajamento dos indivíduos nelas, o direito de imagem tem seus limites borrados e, por vezes, ultrapassados. Dessa forma, muito embora o ordenamento jurídico possua instrumentos normativos voltados à proteção deste importante direito, violações continuam a ser praticadas, com a sensação de desresponsabilização em virtude de uma tela que separa a vida real da vida virtual.

Contudo, a internet, há muito, deixou de ser uma “terra sem lei”. Por essa razão, este ensaio jurídico tem o propósito de relacionar o direito de imagem e o uso das redes sociais, de modo que se possa compreender os limites da utilização da imagem e a liberdade de expressão nas redes. Visto isso, dois questionamentos devem ser feitos. Até onde as redes sociais podem interferir na vida humana e como o ordenamento jurídico pátrio protege o direito de imagem no âmbito virtual?

Tendo isso em vista, o presente ensaio será desenvolvido a partir de pesquisa de abordagem qualitativa, valendo-se de procedimento de pesquisa bibliográfica e documental, de modo a responder à problemática posta. Para tanto, será distribuído em dois tópicos, em que o primeiro abordará o direito à imagem em uma perspectiva histórico-evolutiva nas constituições brasileiras, e, o segundo, os instrumentos normativos que o ordenamento jurídico pátrio dispõe para regular o uso da imagem nas redes sociais, com enfoque na Lei nº 12.737/2012, que criminaliza violências cibernéticas.

## **REFERENCIAL TEÓRICO**

### **A evolução histórica do direito à imagem**

A 3ª Revolução Industrial e as suas novas tecnologias, apesar de terem proporcionado grandes benefícios para o mundo, colocaram em evidência a vulnerabilidade humana e seu desejo de aprovação. Segundo Santaella e Nöth, o mundo das imagens é dividido em três paradigmas:

- (1) paradigma pré-fotográfico, ou produção artesanal, que dá expressão à visão por meio de habilidades da mão e do corpo;
- (2) paradigma fotográfico, que inaugurou a automatização na produção de imagens por meio de máquinas, ou melhor, de próteses óticas;
- (3) paradigma pós-fotográfico ou gerativo, no qual as imagens são derivadas de uma matriz numérica e produzidas por técnicas computacionais. (SANTAELLA; NÖTH, 2010, p. 163)

Visto isso, entende-se que antes da criação e difusão da fotografia, a reprodução da imagem era feita através da pintura, escultura ou desenho, técnicas que precisam da presença do retratado para sua concretização, ou seja, seu consentimento.

Atualmente, esse consentimento nem sempre é concedido; mas fotos são tiradas, propagando, de forma demasiada e por vezes indesejada, a exposição da imagem das pessoas. Os excessos não

autorizados no uso da imagem geram mecanismos de defesa, como o afastamento e a desconfiança nos outros, bem como o isolamento e mudança de comportamento em casos mais graves, que, por vezes, não são os melhores para o indivíduo nem para a população.

Assim, compreende-se que a proteção do direito de imagem pouco era preocupante para a sociedade antes do advento da fotografia. Só com o desenvolvimento desta nova tecnologia, a qual permite a captura da imagem muito mais rápida e facilmente, que o direito de imagem começa a ser amplamente abordado.

## **DIREITO À IMAGEM E REDES SOCIAIS: INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

No Brasil, o direito de imagem é mencionado e protegido em 1988, com a Constituição Cidadã. Esse importante direito da personalidade é encontrado no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal que declara que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente se sua violação”. O Código Civil de 2002 também o prevê, em seu Capítulo II, artigo 20, em que consta:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Nesse sentido, o direito à imagem visa a proteção dos indivíduos e suas reputações, cujo uso não autorizado é passível de indenização e outras providências, conforme expressa disposição acima. Cada vez mais vulneráveis devido ao desenvolvimento exacerbado das redes sociais, as plataformas de compartilhamento promovem a constante



publicação de mídia e do dia a dia dos usuários os quais se tornam dependentes da exposição proporcionada pelas redes.

Entende-se que há uma troca de exposição já que, ao se cadastrar em uma rede social, o indivíduo coloca uma porção de quem é para que todos vejam. Assim, é possível conjecturar que ambas as partes, quem posta e quem observa, entram em um ciclo onde buscam ver cada vez mais um dos outros. Em alguns casos essa “curiosidade” é extremamente prejudicial, o que pode ser comprovado com a situação ocorrida com a atriz Carolina Dieckmann em 2012.

De acordo com a matéria publicada pelo portal de notícias G1, a atriz foi ameaçada de ter suas fotos publicadas caso não pagasse 10 mil reais e, ao se recusar, a ameaça foi concretizada. Dieckmann teve suas fotos íntimas vazadas na internet por hackers que invadiram seu computador, assim tendo seu direito de imagem violado. A Polícia Federal prendeu os suspeitos do crime e foi criada uma lei que criminaliza violências cibernéticas. Essa lei, de número 12.737/2012, foi nomeada de Lei Carolina Dieckmann em homenagem à atriz.

O caso da atriz, todavia, não é isolado. Segundo o portal de notícias G1:

A exposição de imagens íntimas sem consentimento lidera o ranking das principais violações contra direitos digitais, de acordo com a SaferNet Brasil, organização não governamental que atua em parceria com o Ministério Público Federal. [...] No ano passado, a instituição registrou crescimento de 23% no número de atendimentos, em relação a 2018. Em 14 anos de atuação, já foram contabilizados mais de 4 milhões de denúncias de infrações cometidas na internet. Ao todo, segundo a SaferNet Brasil, foram 467 denúncias de exposição de imagens íntimas sem consentimento, enviadas por chat e e-mail por usuários de diferentes faixas etárias. (GOIS; BRUNO, 2020)

Assim, entende-se que a violação do direito de imagem afeta gravemente as vítimas, que podem ser rechaçadas pela comunidade

da qual fazem parte, perder o emprego ou, até mesmo, desenvolver traumas e doenças psicológicas. Tal situação deve ser combatida, contudo, as medidas tomadas até então, como o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), não possuem a eficácia desejada.

A própria Lei nº 12.965/2014 afirma em seu artigo 1º que “esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”. Assim, entende-se que apesar dos indivíduos terem um guia de qual é o comportamento adequado, são necessárias outras formas de regulamentação para que as diretrizes sejam obedecidas, por exemplo, uma fiscalização regular para que as medidas sejam respeitadas.

## **CONCLUSÃO**

Este ensaio buscou apresentar a relação entre o direito de imagem e a redes sociais com ênfase na sua violação. Buscou explicar que os diversos casos de exposição da imagem foi fruto do desenvolvimento exacerbado e desordenado das novas tecnologias e que, por mais que elas estejam presentes no dia a dia da sociedade e tragam inúmeros benefícios, também trazem consigo consequências indesejadas.

O consentimento dado pelo indivíduo para ter sua imagem capturada é essencial para a proteção do seu direito de imagem, o qual é protegido pela Constituição Federal do Brasil de 1988 e pelo Código Civil de 2002. Quando são retratados sem o seu consentimento, seu direito de imagem, bem como a Constituição, são violados. Essas situações, entretanto, são cada vez mais aparentes na sociedade moderna e interferem no dia a dia da população.

Dessa forma, é chegada à conclusão de que a violação do direito da personalidade abordado faz com que a população torne a ver casos como o da atriz Carolina Dieckmann. Com isso, é entendido que a proteção da imagem é, mais do que nunca, essencial para a sociedade e seu desenvolvimento saudável e que as denúncias divulgadas pelo SaferNet Brasil em parceria com o Ministério Público diminuem.

O Marco Civil da Internet, apesar de proporcionar certa regulamentação acerca do assunto abordado no ensaio, sozinho não é o suficiente para que o direito de imagem seja protegido. Portanto, entende-se que a imagem de alguém é um tópico a ser defendido e que a regulamentação da proteção desse direito deve ser acompanhado de outras medidas que visem a garantia dele na vida em sociedade e no âmbito jurídico.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 42. ed. Brasília, DF: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.737/2012*. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Brasília, 30 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965/2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 23 de abril de 2014.

G1. Suspeitos do roubo das fotos de Carolina Dieckmann são descobertos. Rio de Janeiro. 14 maio 2012. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/05/suspeitos-doroubo-das-fotos-de-carolina-dieckmann-sao-descobertos.html>. Acesso em: 28 abr. 2022.

GOIS, Daniel; BRUNO, Gabriel. Exposição de imagens íntimas sem consentimento lidera ranking de violação de direitos na internet. G1, Santos e Região. 17 out 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/educacao/noticia/2020/10/17/exposicao-de-imagensintimas-sem-consentimento-lidera-ranking-de-violacao-de-direitos-na-internet.ghhtml>. Acesso em: 5 maio 2022.

SANTAELLA, Lúcia; NÖTH, Winfried. *Imagem: cognição, semiótica, mídia*. São Paulo: Iluminuras, 2010.



# ENTRE O DITO E O NÃO DITO: UM ENSAIO SOBRE O PAPEL RETÓRICO-ESTRATÉGICO DO DISCURSO ACADÊMICO NA ARBITRARIEDADE DO DIREITO BRASILEIRO

## PEDRO ANDRÉ GUIMARÃES PIRES

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Possui, ainda, Certificat d'études politiques pelo Institut d'Études Politiques de Lyon (Sciences Po Lyon). Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e Processual Civil do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). Professor de Direito e Arte da Faculdade de Direito 8 de Julho.

## INTRODUÇÃO

Ao se debruçar sobre as especificidades dos problemas do Brasil, as ciências ditas humanas — a sociologia, a economia, a antropologia — tendem a voltar seus olhares para a incontornável questão do *subdesenvolvimento* e dos problemas que ele acarreta. O mesmo não pode ser dito sobre o direito. A “ciência” jurídica, na forma como discutida nas faculdades que se multiplicam a cada dia e nos livros de doutrina “esquemáticos” e “facilitados” que habitam as listas de mais vendidos, se limita a reproduzir conceitos, prazos, regras e sua “natureza jurídica”, ou, quando muito, como os tribunais interpretam esses conceitos, prazos e regras. Sua verdade é pressuposta, raramente questionada.

Essa pressuposição de verdade afasta o direito da realidade social complexa e contingente que ele pretende regular, nos tornando órfãos de uma linguagem jurídica apropriada para lidar com os problemas muito específicos de nossa sociedade. Sem um discurso acadêmico que ajude a construir e controlar essa linguagem, o caminho fica aberto para que essa construção se dê, de forma arbitrária, nos locais de poder de sempre: a política, o judiciário, as elites econômicas. Não

é à toa que o exercício arbitrário do poder seja um dos problemas clássicos do subdesenvolvimento, que o discurso jurídico brasileiro solenemente ignora.

Acontece que essa não é uma constatação trivial no discurso acadêmico, que não costuma questionar a pressuposição das verdades que se propõe a “estudar”. O objetivo deste trabalho é ir no sentido contrário, se valendo de um instrumental teórico que recusa a existência de verdades objetivas e se volta para as particularidades do mundo real, a fim de tentar compreender o papel que o discurso acadêmico exerce (ou deixa de exercer) na construção arbitrária desse direito.

Isso se torna possível quando se parte de um referencial teórico ancorado na retórica realista, que permite compreender o direito como resultado da disputa entre relatos conflitantes sobre a realidade, que conforma essa mesma realidade. Esse referencial, aliado à utilização de uma etnometodologia que nos convida a pensar a partir dos problemas, pode fornecer respostas para questão da relação entre o discurso acadêmico e a arbitrariedade do direito.

## **1 ANTECEDENTES DO PROBLEMA: VERDADE E LINGUAGEM NO DIREITO**

### **1.1 Um Olhar Retórico Sobre o Conhecimento no Direito**

O que é o direito? Esta pergunta se encontra há séculos no centro de um debate filosófico que, até hoje, não chegou a um consenso. Sua resposta muda de acordo com a perspectiva de cada intérprete. Se fosse feita a Hans Kelsen, ele provavelmente diria que o direito é algo como uma ordem normativa escalonada produzida pelo estado e dotada de coercitividade, fundamentada numa norma hipotética fundamental de cunho lógico-transcendental (KELSEN, 2006). H. L. A. Hart provavelmente lançaria mão de uma regra de reconhecimento, também hipotética, que permitiria identificar quais outras regras seriam parte do sistema (HART, 2007). Se a esse debate fosse chamado Ronald Dworkin, ele argumentaria que esse modelo não seria capaz de abarcar as hipóteses em que as regras jurídicas são insuficientes,

e que, nesses casos, os juízes decidem com base em juízos morais, de modo que moral e direito têm uma conexão conceitual (DWORKIN, 1967, 1986, 2013). Robert Alexy, por sua vez, se colocaria contra o positivismo por defender que a norma jurídica deve conter uma pretensão de correção moral, e que uma lei extremamente injusta não é direito (ALEXY, 2003, 2012, 2018).

Essas quatro concepções do fenômeno jurídico, apesar de formularem diferentes conceitos de direito, têm algo em comum: uma pretensão de verdade. É dizer: todos os conceitos de direito dominantes no debate filosófico moderno são formulados sob a crença de que o sujeito cognoscente é capaz de identificar caracteres ônticos permanentes e imutáveis, uma “essência” do direito que lhe permitiria conhecer sua verdade científica e objetiva. Essa concepção ontológica, essencialista, de que a filosofia (e, por arraste, a filosofia do direito) tem como objeto a busca pela verdade encontra um contraponto na *filosofia retórica*, na forma como concebida pelo jusfilósofo pernambucano João Maurício Adeodato (2001, 2008, 2014, 2018, 2019). Para ele, a busca pela verdade não se justifica se compreendemos o ser humano por meio de uma antropologia *pobre* ou *carente*, em oposição à pressuposição, adotada pelas ontologias, de uma antropologia *rica* ou *plena* (ADEODATO, 2008, p. 56; 2014, p. 6; 2019, p. 301).

Explique-se. Dizer que o ser humano deve ser compreendido por meio de uma antropologia rica é considerar sua capacidade de cognição como um *plus* em relação à natureza, que lhe permite avaliar objetivamente a realidade e formular sobre ela enunciados objetivamente válidos (ADEODATO, 2014, p. 6). Uma antropologia pobre, por sua vez, é aquela que compreende o aparato cognitivo humano como um *minus* em relação à natureza, pois é carente de instintos e só pode acessar a realidade por meio da linguagem (2014, p. 6; 2019, p. 303). A capacidade linguística permite a abstração do ambiente e do presente (p. 303-304) por meio da criação de signos linguísticos que tentam refletir, representar, o real, transformando eventos (“os objetos e acontecimentos do mundo real, aparentemente externos ao ser humano”) em expressões linguísticas (ADEODATO, 2014, p. 38).

O problema é que os signos e os relatos linguísticos não se igualam aos eventos que tentam refletir — poderíamos dizer, adaptando o *topos* popular, que um evento vale mais do que mil palavras. A construção de um signo pressupõe uma tomada de *perspectiva*: invariavelmente, o processo de designação de algo enfatiza um aspecto desse algo em detrimento de outros (2001, p. 195). Katharina Sobota explica que o “algo” designado pelo signo não existe objetivamente, mas apenas quando visto da perspectiva particular por que foi designado (SOBOTA, 1994, p. 173).

Para Adeodato, essa constatação se apresenta a nós como um paradoxo: “o ser humano apreende os objetos que o rodeiam ao mesmo tempo em que percebe que esses mesmos objetos permanecem não apreendidos” (2014, p. 50). A linguagem que possibilita a compreensão do mundo também dificulta essa mesma compreensão. Essa dificuldade decorre da incompatibilidade recíproca entre os três elementos do conhecimento humano, que Adeodato define como (i) evento real, (ii) ideia e (iii) expressão linguística (2001, p. 195).

O *evento real*, como já sugerido anteriormente, é “o acontecimento único e irrepetível que aparentemente de maneira independente do sujeito cognoscente, coloca-se presente em sua experiência” (p. 195), esta também única e irrepetível. É, então, particularizado, individual e contingente, representa sempre uma “novidade radical” que se perde quando é generalizada. Como o aparato cognitivo humano opera com base em generalizações, o evento real é irracional e incognoscível ao ser humano.

A *ideia*, por sua vez, é “o estímulo que se completa no sujeito no ambiente de seu defrontar-se com os eventos” (p. 195). Esse completamento se dá por meio da síntese entre o evento experimentado, real, e a generalização ideal, que abstrai caracteres particulares com vistas a classificá-lo de alguma forma. Esse processo permite que os eventos “façam sentido” para o sujeito que produz a ideia (p. 195-196). É por meio dele, por exemplo, que uma pessoa que não sabe o que é uma mangaba consegue identificá-la como uma fruta. Contudo, a ideia, embora generalizante, ainda é única em relação ao sujeito (p. 196) — é solipsista (2014, p. 39, 45).



Por último, a *expressão linguística* é aquilo que reintroduz a ideia no mundo real por meio da comunicação, agora não mais de maneira individual em relação ao sujeito, mas com pretensões de comunicabilidade. Por isso, é ainda mais genérica que a ideia: ao comunicá-la por meio de uma expressão simbólica, a reintroduz no mundo real, transformando-a ela própria em um evento (ADEODATO, 2001, p. 197). Essa pretensão de comunicabilidade só poderá ser satisfeita com a submissão da expressão a um controle público da linguagem, no qual a expressão, o relato individual, será confrontada com um “relato vencedor”: aquele que adquiriu maior adesão no controle público, ainda que essa adesão seja circunstancial e temporária (2014, p. 63).

É possível, então, observar que entre o evento, a ideia e a expressão subsiste uma recíproca incompatibilidade. O evento não pode ser completamente “traduzido” numa ideia, assim como uma ideia não pode ser completamente “traduzida” numa expressão. O conhecimento do mundo, então, é sempre imperfeito porque sempre depende da linguagem, e a linguagem sempre depende da formação de consensos que lhe deem sentido, ainda que de forma circunstancial e temporária. A essa incompatibilidade, que representa um problema inerente ao conhecimento, Adeodato dá o nome de *abismo gnoseológico*<sup>1</sup>.

Para o âmbito que mais interessa a este ensaio, o do *direito*, a vantagem da filosofia retórica é a de, por meio da compreensão desse abismo gnoseológico, possibilitar a compreensão de que a “realidade” jurídica é formada por acordos linguísticos decorrentes da “vitória” de um relato sobre eventos reais. Assim, pode-se compreender que os fatos ditos juridicamente relevantes são *eventos* assim selecionados e classificados também por meio de relatos que,

---

1 João Maurício Adeodato opta por distinguir *gnoseologia* de *epistemologia*, divergindo de autores de língua inglesa, por considerar a gnoseologia como um gênero do qual a epistemologia é uma espécie. Isso porque o étimo do termo *gnose* indica um sentido mais amplo de conhecimento, enquanto que *episteme* se refere a um conhecimento dito científico, mais propenso à exatidão e à certeza (ADEODATO, 2019, p. 189-190).

se vencedores, constituirão a norma. Da perspectiva retórica, então, torna-se possível perceber que também o domínio específico do direito tem de lidar com as dificuldades inerentes à incompatibilidade entre a contingência e a individualidade dos eventos do mundo real e a generalidade da norma.

Esse breve panorama nos mostra que um enfoque *retórico* da filosofia promove, quanto a esse problema da gnoseologia do direito, o que Luís Alberto Warat chama de “deslocamento epistêmico”<sup>2</sup> (1982, p. 49) ao negar a possibilidade de verdades objetivas comum às filosofias ontológicas. É por meio desse deslocamento, então, que podemos compreender as teorias brevemente apresentadas no início desta seção — de Kelsen, Hart, Dworkin e Alexy — como diferentes relatos que concorrem no âmbito do controle público da linguagem para conquistar adesão a suas verdades ditas ontológicas e fazer, assim, com que elas passem a formar parte da “realidade”.

## 1.2 O Marco Teórico da Retórica Realista

Contudo, mais que possibilitar a compreensão de que esses ideais ontológicos de verdade podem ser questionados quando se considera a incontornável indeterminação da linguagem, a filosofia retórica também apresenta estratégias para lidar com os problemas revelados por essa consideração.

---

2 Warat, dialogando com a semiótica de Raymond Barthes, atribui o deslocamento epistêmico da ciência jurídica ao que chama de “pensamento crítico” do direito, um conjunto de “vozes dissidentes” que busca promover uma relativização das significações estabelecidas pela “dogmática jurídica tradicional” (WARAT, 1982). O alvo preferencial de suas críticas é a “pureza metódica” de Hans Kelsen, contra o qual Warat reivindica a necessidade de substituição por um princípio de “heteronímia significativa”, por meio do qual se compreendem as significações dos conceitos jurídicos como fruto não apenas de uma subsunção lógico-dedutiva do direito positivo, mas “também em associações de sentido determinadas pelo saber acumulado e as condições materiais da vida social” (WARAT, 1984, p. 32). Embora a posição de Warat não esteja formalmente filiada à perspectiva retórica adotada por Adeodato, suas considerações parecem compatíveis com ela ao refutar a possibilidade de verdades objetivas e reconhecer um controle público da linguagem jurídica, afastando-se assim das filosofias ontológicas, das quais o positivismo kelseniano pode ser visto como uma célebre metonímia.

Ao admitir uma antropologia carente, na qual o homem, não estando condicionado pelo instinto, compreende e acessa a realidade por meio de abstrações linguísticas, a filosofia retórica passa a admitir que essa realidade é ela própria criada pela linguagem. É dizer: a generalização e a classificação dos eventos do passado em enunciados linguísticos, ainda que não seja inteiramente capaz de representar plenamente esses eventos, cria a ilusão de que o é quando retorna ao mundo dos eventos e conquista adesão no controle público da linguagem, passando a conformar a realidade para o futuro. Essa linguagem constitutiva da realidade é o que Adeodato, desenvolvendo um conceito proposto por Ottmar Ballweg, chama de *retórica material*, que “compõe a relação do ser humano com o meio ambiente, é o conjunto de relatos sobre o mundo que constitui a própria existência humana” (ADEODATO, 2014, p. 21).

A retórica material é o que resta da realidade quando se lhe retira o fundamento ontológico: “A filosofia retórica considera que eventuais acordos sobre os fenômenos empíricos não são ontologicamente determinados, mas sim construídos pela retórica material” (p. 46). Esses acordos, que se dão pelo controle público da linguagem, fundamentam uma confiança inconsciente na linguagem, que, por sua vez, fundamenta a confiança no direito “e em outros mitos; entre os quais o mito da razão” (BALLWEG, 1991). Dizer que os acordos são constituídos pela retórica material é dizer, então, que não há qualquer referência de controle externa à linguagem. A retórica material é, assim, autorreferente (ADEODATO, 2014, p. 46) — o que não implica dizer que seja subjetiva ou arbitrária. Por sua função de reduzir a complexidade, deve ter regularidades, *métodos*, ainda que circunstanciais e temporários.

Mas o controle público da linguagem, no qual são empregados os métodos que, quando eficientes, definem o relato vencedor na retórica material, é conformado por *metodologias*, teorias sobre os métodos, que se propõem a estabelecer diretrizes para atingir objetivos na retórica material. No direito, essas metodologias podem ser didaticamente separadas em “duas direções básicas”: a teoria da interpretação e a teoria

da argumentação. São, então, *metodologias* que se desenvolvem tendo como objeto os *métodos* da retórica material, a linguagem conformadora da realidade. Estão, portanto, um nível acima da linguagem, o nível da metalinguagem. Na nomenclatura proposta por Ballweg, trata-se da *retórica estratégica* (ADEODATO, 2014, p. 24).

Além disso, a constatação da filosofia retórica de que o conhecimento só se dá por meio da linguagem em toda sua indeterminação, ao rejeitar as pretensões de verdade das metodologias da retórica estratégica, possibilita lançar também sobre elas um olhar externo. Assim, torna-se possível tomar como objeto de estudo as retóricas material e estratégica, os métodos e as metodologias — no direito, as práticas jurídicas e a “metodologia doutrinária da dogmática jurídica” (2018, p. 115) , buscando compreender, de um ponto de vista tentativamente neutro, como interagem em suas pretensões normativas para compor a realidade. A essa *metódica*, situada em um nível de meta-metalinguagem Ballweg e Adeodato chamam *retórica analítica* (ADEODATO, 2014, p. 24-26).

Esse ferramental conceitual — a que se deu o nome de *retórica realista* — constitui um novo marco teórico cuja inovação, refutar a existência de verdades ontológicas, pode contribuir com o problema do abismo gnoseológico do direito (p. 15-16). Além disso, a negação de uma objetividade universalizadora torna esse aparato metodológico mais adequado à compreensão de realidades dotadas de especificidades como as que se apresentam na modernidade periférica, o que o torna especialmente útil para pensar o fenômeno jurídico no Brasil (ADEODATO, 2012).

## **2 O PROBLEMA DA CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO NO BRASIL**

### **2.1 O Direito na Modernidade Periférica: Complexidade, Autoipse, Aloipse e Arbitrariedade**

A postura analítica proporcionada pela retórica realista permite analisar especificidades que não são detectadas pelas lentes do pensamento (jus)filosófico fundado sobre as ontologias. Ela possibilita,

por exemplo, uma análise mais acurada do abismo gnoseológico do direito no contexto muito específico do estado dito subdesenvolvido (ADEODATO, 2012), aquele vinculado à chamada *modernidade periférica* (NEVES, 2018). Para fazê-lo, emprega a “estratégia metodológica” (ADEODATO, 2014, p. 48) da etnometodologia. Adeodato explica que “a postura etnometodológica pode se apoiar na aporia da consciência do problema, o saber do não saber” (p. 50). Trata-se de uma “perspectiva heurística, problematizante, contra as holísticas e as teorias sistematizantes”, que permite fazer uma “sociologia do dia a dia”, que inclui em seu objeto de estudo os aspectos da vida social que escapam das análises ontológicas, mas que, mesmo que comezinhos, compõem fatores da complexa equação da retórica material.

Partindo dessa base metodológica, Adeodato mostra interesse na meditação sobre o funcionamento do fenômeno jurídico no âmbito do “Estado moderno subdesenvolvido”, enfocando suas peculiaridades em relação ao direito das nações centrais, onde tipicamente são construídas as teorias ditas científicas (2012). Esse interesse é levado a cabo de maneira ainda mais aprofundada pelo também pernambucano Marcelo Neves, que, para definir essas especificidades, emprega a expressão “modernidade periférica” (2018).

A postura etnometodológica abre o caminho para pensar o problema do abismo gnoseológico do direito na modernidade periférica através das lentes da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (1983). O sociólogo alemão explica que, com a pressuposição do dever-ser jurídico como dado (ontológico, na perspectiva retórica), “bloqueia-se de imediato o acesso às indagações mais ricas do nível teórico” (p. 45). Para contrapor esse bloqueio, propõe encarar o mundo como um lugar onde assumem um papel social relevante a *complexidade* e a *contingência*. Em sentido análogo ao da retórica realista, Luhmann reconhece que “o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente” (p. 45). Ao fato de que ao ser humano é impossível realizar todas as possibilidades, dá o nome de *complexidade*.

Já a possibilidade de uma possibilidade não se concretizar, por ser enganosa, inexistente ou inatingível — num exemplo prosaico, ir até uma loja para descobrir que ela já não existe — é o que chama de *contingência* (p. 45). A complexidade e a contingência, então, geram o desapontamento de *expectativas*.

Para diminuir a complexidade e a contingência, algumas premissas que direcionam a experiência a um bom resultado terminam por formar regularidades (no sentido adotado por Katharina Sobota [1991]<sup>3</sup>), constituindo *sistemas*. Por meio deles, “[a]s comprovações e as satisfações imediatas são em parte substituídas por técnicas de abstração de regras confirmadamente úteis, e de seleção de formas adequadas de experimentação e de autocertificação” (LUHMANN, 1983, p. 46). Na linguagem retórica, os sistemas podem ser compreendidos como feixes de relatos vencedores na retórica material que, por meio da abstração, minimizam a complexidade e a contingência da vida em sociedade; da mesma forma que a expressão linguística minimiza a complexidade e a contingência dos eventos reais.

Nos sistemas sociais, a substituição das satisfações imediatas pelas regras que definem as formas adequadas de experimentação diminui complexidade e contingência por meio da estabilização de expectativas. É dizer: por meio das normas sociais, minimiza-se a possibilidade de discordância sobre as expectativas. Mas não apenas: os sistemas têm a função de gerar expectativas sobre as expectativas, num “plano reflexivo” que cria “a segurança sobre o comportamento próprio e a previsibilidade do comportamento alheio” (p. 52).

Há, no entanto, dois tipos de expectativas possíveis, a depender de sua tolerância aos desapontamentos. Se uma *expectativa cogni-*

3 “‘Regularities’, as we understand them, are neither as general nor as permanent as those of classical physics were supposed to be. They are dynamic cybernetic *formations* like the living network of a cell or like seasons, fashions, rituals or behavior patterns. Regularities are ‘patterns’, not ‘structures’ or ‘rules’ — ‘patterns’ constructed by an observer, or constructed by an observing dimension within the system itself” (SOBOTA, 1991, p. 47).

*tiva* é desapontada, ela se adapta a essa realidade desapontadora; a *expectativa normativa*, por sua vez, não admite o desapontamento (LUHMANN, 1983, p. 56-66; NEVES, 2018, p. 23-24). Para Luhmann, então, normas podem ser compreendidas como “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos” (1983, p. 57). Essa natureza contrafática pode ser explicada pelo fato de que o cumprimento ou descumprimento é irrelevante para a validade das normas (NEVES, 2018, p. 25); o mesmo não pode ser dito das expectativas cognitivas.

Essa distinção é instrumental para a definição de Luhmann para o direito: “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas” (1983, p. 121), que “estabiliza as comunicações sociais entre os expectantes, ou, pelo menos, reduz a instabilidade a um nível suportável” (NEVES, 2018, p. 26). Na modernidade, em que a diferenciação funcional da sociedade já descrita pela solidariedade orgânica de Émile Durkheim (2004) maximiza a complexidade e a contingência, o direito assume uma característica de positividade, quando a legislação passa a se fundar em *decidibilidade* e *alterabilidade*, ou seja, quando a entrada e a saída em vigor de uma norma dependem de *decisões*. Estas, mais que representar uma criação do direito pelo legislador, podem ser compreendidas como um processo de filtragem do excedente de expectativas de comportamento — para a retórica, fixando os relatos vencedores no âmbito da retórica material. Essa seletividade pressupõe, então, que o direito positivo seja estruturalmente diferenciado e funcionalmente especializado, constituindo um sistema social (NEVES, 2018, p. 30-34). A diferenciação torna o direito autorreferente, pois “depende de processos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico” (p. 48) — *autopoiese* (ADEODATO, 2014, p. 48).

Feitas essas considerações, nossa perspectiva etnometodológica deve agora se voltar às especificidades da gnoseologia jurídica no Brasil, tendo como ponto de partida a constatação de que o direito brasileiro se insere num contexto de *modernidade periférica*. Neste, a positivação do direito — da perspectiva retórica, a construção dos

relatos vencedores que resultam da filtragem das expectativas na retórica material, diferenciando-o estruturalmente — é deficiente, implicando “acoplamentos insuficientemente complexos entre sistema e ambiente e, por conseguinte, insegurança de expectativa” (NEVES, 2018, p. 107). Assim, os diferentes códigos, programas e critérios que compõem os sistemas “misturam-se e isolam-se, cruzam-se sem se acoplarem e sobrepõem-se uns aos outros” (p. 108-109). O direito moderno periférico, então, é assimétrico em relação a outros sistemas, no sentido de que se submete a elementos extrajurídicos na produção do direito: sujeita-se, portanto, à *alopoiese* (p. 114), que implica “rompimentos heteronomizantes da circularidade ou da reprodução autopoietica do sistema jurídico” (p. 115).

Aliando a perspectiva da filosofia retórica ao instrumental da teoria dos sistemas por meio de uma estratégia etnometodológica, então, torna-se possível compreender que o problema do abismo gnoseológico do direito — representado pela incompatibilidade recíproca entre os eventos reais considerados juridicamente relevantes, as normas como significantes e o controle público dos seus significados —, é agravado pela alopoiese do direito da modernidade periférica. A deficiência no tratamento sistemático das expectativas em um contexto hipercontingente e hipercomplexo, em vez de reduzir contingência e complexidade, aumenta a insegurança. Uma das características heteronomizantes da alopoiese para o direito, identificável no caso brasileiro, é a construção arbitrária de significações jurídicas na retórica material, desvinculada dos constrangimentos que estruturam o direito como um sistema autopoietico.

## **2.2 O Papel Retórico-Estratégico do Discurso Acadêmico na Arbitrariedade do Direito Brasileiro**

O problema da alopoiese, arbitrária e heteronomizante, do direito da modernidade periférica se expressa no Brasil de diversas formas, que podem ser investigadas pela retórica analítica por meio da postura etnometodológica.



Rodrigo de Oliveira Kaufmann identifica, na historiografia brasileira, uma forte preponderância do político sobre o jurídico, o que, na linguagem da teoria dos sistemas, representa a assimetria alopoiética do sistema político sobre o sistema jurídico — a prevalência de relatos extradogmáticos na retórica material do direito dogmático. Para Kaufmann, a história constitucional brasileira parece ter se pautado, desde a Constituição outorgada de 1824, “[n]o fato de que o discurso jurídico frequentemente não tenha se colocado como um real protagonista no andar dos acontecimentos institucionais” (2011, p. 37). A ciência do direito no Brasil, fortemente ancorada numa perspectiva ontológica importada da Europa, manteve-se alheia às particularidades dos eventos reais e dos problemas por eles representados, “tentando não se sujar, tentando manter a pureza de um discurso transcendente” (p. 41), voltado à busca ontológica pela justiça e pela verdade. Assim, o sistema político, sem um controle público que lhe impusesse qualquer constrangimento no tratamento retórico das expectativas, tomou largamente as rédeas da retórica material: “seu tom extremamente estratégico e utilitarista foi também o tom da nossa história constitucional” (p. 41). O que mudou, de lá para cá, foi apenas a substituição da política pelo judiciário no controle dessas rédeas — apenas por consequência da judicialização da política e do ativismo judicial trazidos pelo paradigma constitucionalista pós-bélico.

Parece-nos difícil dissociar esse tratamento alopoiético das expectativas, levado a cabo ao alvedrio da arbitrariedade das elites políticas — e, hoje, também judiciais —, daquilo que Tobias Barreto e seus colegas da Escola do Recife chamaram “bacharelismo”: um gosto excessivo pela forma, pela palavra, pelo discurso e pela eloquência em detrimento dos fatos (KAUFMANN, 2011, p. 41). Sérgio Buarque de Holanda identifica a “praga” (1995, p. 156) ou o “vício do bacharelismo” (p. 157) na construção da identidade brasileira, reconhecendo a desconexão entre a realidade e a formação de bacharéis, “que só excepcionalmente farão uso, na vida prática, dos ensinamentos recebidos durante o curso” (p. 156). Ele associa, ainda, o bacharelismo às

ontologias identificadas e refutadas pela filosofia retórica (p. 157-158)<sup>4</sup>. Esse fenômeno, então, por não ser capaz de construir metodologias que visem direcionar a retórica material ao tratamento da contingência e da complexidade do mundo real, deixam essa tarefa ser realizada pelo sistema político, limitada apenas por seus constrangimentos extrajurídicos. Há, então, uma conexão entre a apatia acadêmica na construção de uma retórica estratégica que busque direcionar a retórica material em direção à autopoiese do direito e a própria construção alopoiética deste. É dizer: a academia, representada pelo ensino e pela doutrina, exerce (ou deixa de exercer) um papel retórico fundamental na alopoiese do direito na retórica material.

É pertinente observar que o bacharelismo foi identificado ainda no século XIX, e o percurso histórico da modernidade em direção ao que Ulrich Beck chama de modernidade reflexiva, na qual se estrutura a chamada sociedade de risco (1997), não trouxe uma diminuição na complexidade e na contingência da sociedade — pelo contrário. O conhecimento dogmático sobre o direito, no entanto, pouco mudou no Brasil. Em 1955, San Tiago Dantas denunciava em aula inaugural na Faculdade Nacional de Direito, hoje parte da UERJ, a incapacidade do ensino tradicional, “baseada na meditação em voz alta e na eloquência” e no “estudo sistemático dos institutos e normas”, de preparar os estudantes para a vida prática, que se dá no seio da realidade (DANTAS, 1955). Em 1993, Horácio Wanderlei Rodrigues revelava que permanecia em voga a aversão ao raciocínio jurídico nas

---

4 “Um amor pronunciado pelas formas fixas e pelas leis genéricas, que circunscrevem a realidade complexa e difícil dentro do âmbito dos nossos desejos, é dos aspectos mais constantes e significativos do caráter brasileiro. Essas construções de inteligência representam um repouso para a imaginação, comparável à exigência de regularidade a que o compasso musical convida o corpo do dançarino. O prestígio da palavra escrita, da frase lapidar, do pensamento inflexível, o horror ao vago, ao hesitante, ao fluido, que obrigam à colaboração, ao esforço e, por conseguinte, a certa dependência e mesmo abdicação da personalidade, têm determinado assiduamente nossa formação espiritual. Tudo quanto dispense qualquer trabalho mental aturado e fatigante, as idéias claras, lúcidas, definitivas, que favorecem uma espécie de atonia da inteligência, parecem-nos constituir a verdadeira essência da sabedoria” (HOLANDA, 1995, p. 157-158).

escolas de direito descrita por Dantas em 1955 (RODRIGUES, 1993, p. 15). Em 2012, Lenio Streck já dizia que se pode mesmo falar que houve um retrocesso, representado pelo desenvolvimento de ensino e doutrina baseados em padronizações e esquemas mnemônicos, “formas de mercancia de conhecimento prêt-à-porter”. E constatava, ácido: “O saber jurídico — que acaba sendo obnubilado pela informação fragmentada — hoje cabe em 140 caracteres, para usar uma imagem tipicamente contemporânea” (STRECK, 2012, p. 186). De 2012 para cá, parece que apenas uma coisa mudou: é que o saber jurídico passou a dispor de 280 caracteres.

Hipercomplexidade e hipercontingência crescentes, quando combinadas com a inexistência de metodologias retórico-estratégicas suficientemente fortes para conformar a retórica material do direito, agravam tanto o problema do abismo gnoseológico a que se sujeita qualquer ordem humana, quanto a deficiência no controle das expectativas decorrente da alopoiese periférica do direito. Isso porque, inexistindo uma instância que estabeleça os constrangimentos próprios à concretização do direito, aproximando-o da autopoiese, torna-se possível promover uma aplicação do direito (entendida como “a fixação concreta do significado de um texto normativo em relação a um caso determinado” [NEVES, 2018, p. 117]) completamente arbitrária.

O papel estratégico (não) exercido pelo discurso acadêmico é bem investigado por Luís Alberto Warat. O jusfilósofo argentino, a partir de uma perspectiva gnoseológica antiontológica que o aproxima da filosofia retórica, propõe que se analise linguisticamente os sentidos adotados pelo discurso acadêmico em seu aspecto dogmático, “como jogos de efeitos, de estratégias, e normas de ação, de dominação e de luta” (WARAT; ROCHA; CITTADINO, 1980, p. 146) — em sentido análogo ao que propõe a retórica analítica.

Warat questiona o próprio fundamento científico do conhecimento jurídico, confrontando-o com os conceitos de *doxa* (do grego δόξα, opinião) e *episteme* (do grego επιστήμη, ciência). A *doxa* seria um “conglomerado de argumentos verossímeis, formados a partir das representações ideológicas, das configurações metafísicas e das

evocações conotativas” — significações. Na linguagem da retórica realista, esse conglomerado seria composto pelos diferentes relatos que competem pela retórica material. A *episteme* seria o conhecimento científico representado pelo “saldo, logicamente purificado, de todos esses fatores” (WARAT, 1982, p. 51), que converte as significações em conceitos. O conhecimento jurídico, então, seria a purificação da *doxa* do direito em uma *episteme*, cuja pretensão de verdade (ontológica) suprime seus aspectos ideológicos e suas relações com o poder, compondo um *corpus* de conceitos que é transmitido pelo discurso acadêmico e assimilado ingenuamente<sup>5</sup> — na retórica material, sem reflexão e sem crítica (p. 52).

Por ser acrítica e não se preocupar com a origem dessas significações, essa assimilação impede a compreensão de sua alopoiese. Para o receptor do discurso acadêmico, seja o estudante, no caso do ensino, seja o jurista, no caso da doutrina, o que importa são os conceitos, os métodos, e não as metodologias que conformam esses métodos, num “praxismo” que enfatiza o “saber fazer” em detrimento do “por que fazer” (RODRIGUES, 1993, p. 72) — retórica material em vez de estratégica. Sem uma retórica estratégica que indique como operar os conceitos da retórica material, essa operação pode ser feita de forma arbitrária, sem constrangimentos de autorreferência. Dá-se os significantes, mas não se dá o modo de atribuir os significados. Assim, abre-se margem para uma alopoiese não apenas dos significantes, mas também dos significados do direito, que passam a ter como referência o que Warat chama de *senso comum teórico*: “uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças,

---

5 Sobre essa assimilação acrítica e ingênua do discurso acadêmico, é pertinente o conceito de violência simbólica elaborado por Pierre Bourdieu e Jean-Claude Passeron. Eles identificam na educação (que chamam “ação pedagógica”) um poder de imposição de significações que ocultam as relações de poder a ela subjacentes, o que permite que essas significações sejam assimiladas sem que se perceba na autoridade pedagógica qualquer imposição. Dessa forma, a significação imposta (o “arbitrário cultural”) é reproduzida ingenuamente por quem o recebe, fazendo com que o poder de violência simbólica da autoridade pedagógica possa produzir efeitos na realidade social (BOURDIEU; PASSERON, 1970).

ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação” (1987, p. 57).

Warat e Adeodato se aproximam na identificação do papel retórico que o discurso acadêmico (não) exerce na formação do conhecimento jurídico, ambos detectando sua incapacidade de uma compreensão gnoseológica que vá além das verdades transmitidas como ontológicas e reivindicando que ele assuma o exercício desse papel. Para Adeodato, se a ciência dogmática do direito está inserida na retórica estratégica, então não faz sentido pretender decorar “os milhares de leis e os milhões de portarias e regulamentos e regimentos que infestam qualquer ordem jurídica positiva contemporânea” (ADEODATO, 2014, p. 277), ou “as opiniões fugidias dos magistrados e os acordos temporários das decisões judiciais” (p. 278). O foco da academia no direito, então, deveria ser as metodologias, e não os métodos (p. 279). Warat, por sua vez, defende que é possível substituir a univocidade de uma pretensa verdade por uma polifonia de significados que não se pretendem definitivos, fazendo com que a ciência seja “uma literatura do sentido suspenso, uma linguagem que provoque respostas, mas não as dê” (1984, p. 31). É a esse deslocamento da univocidade autoritária da “pureza metódica” à polifonia democrática da “heteronímia significativa” (1983) que Warat, empregando uma categoria da crítica literária de Mikhail Bakhtin, dá o nome de “carnavalização” (1984, p. 33; 1985, p. 109).

Uma perspectiva antiontológica do direito revela, então, que as ontologias apresentam uma deficiência gnoseológica que as impede de compreender e se adaptar a uma realidade complexa e contingente. No âmbito da modernidade periférica, a superação desse abismo gnoseológico é agravada pela alopoiese do sistema jurídico, que ao possibilitar uma aplicação heterorreferente do direito, dificulta seu controle, abre margem para a arbitrariedade, trata deficientemente o excesso de expectativas e gera a insegurança. Isso se torna ainda mais grave no Brasil, quando se percebe, adotando as ferramentas da retórica realista, que a academia historicamente não exerce seu papel

retórico-estratégico na construção do conhecimento jurídico, que, sem essa referência, fica cada vez mais vulnerável à arbitrariedade e à heteronomia da alopoiese.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de muito breve, esta exploração do fenômeno da construção do conhecimento jurídico no Brasil nos permitiu entrever a relação entre o discurso acadêmico que se produz no ensino e na doutrina e a fixação arbitrária dos sentidos no direito. Isso foi possível por causa do emprego de uma lente retórica para enxergar os elementos que passam ao largo do que o próprio discurso acadêmico no direito costumeiramente produz.

Analisar o direito a partir da perspectiva da filosofia retórica é recusar suas sedutoras ofertas fáceis de verdade, compreendendo-o como resultado de acordos temporários acerca do que deve ser normatizado e de qual significado se dará a essa norma. O trunfo dessa abordagem é permitir, por meio da tripartição didática da retórica em material, estratégica e analítica, uma visão privilegiada a partir de um ponto de vista externo — é apenas do espaço que se vê que a Terra é redonda.

Dessa forma, percebemos que toda a realidade se dá no interior da linguagem, e que o direito que se diz verdadeiro, científico, é, na verdade, retórico, e sua prevalência não se dá por qualquer fundamento imanente, transcendental, metafísico ou ontológico, mas porque não encontra qualquer resistência no âmbito do discurso. Percebemos que isso é consequência de nossa realidade periférica e da ignorância de nossa “ciência” jurídica em relação a ela. Percebemos que, ao não exercer seu papel estratégico na formação retórica da realidade jurídica, o discurso acadêmico deixa um vácuo metodológico suprido por um senso comum teórico que relega a concretização do direito ao arbítrio.

Mas o mais importante: percebemos que esse senso comum teórico é “o lugar do secreto” (WARAT, 1987, p. 59), em que sorrateiramente convivem “o dito e o não dito” (STRECK, 2014, p. 97). Tomar consciência

de que a concretização dos nossos direitos, mais do que daquilo que é dito, depende daquilo que *não* é dito é o primeiro passo para criar, por meio da própria retórica, uma realidade menos arbitrária e um futuro mais seguro.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na Ética e na Ciência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- \_\_\_\_\_. O direito e a constituição retórica do mundo real. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Interpretação, Retórica e Linguagem**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- \_\_\_\_\_. Para um debate entre a atitude retórica e o positivismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- \_\_\_\_\_. Pressupostos e Diferenças de um Direito Dogmaticamente Organizado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 1, n. 20, 2001.
- \_\_\_\_\_. Retórica analítica como metódica jurídica. **Argumenta Journal Law**, n. 18, p. 11-30, 2013.
- \_\_\_\_\_. Retórica como metódica para estudo do direito. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 29, n. 56, p. 55-82, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madri: Marcial Pons, 2018.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- \_\_\_\_\_. **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. **Revista brasileira de filosofia**, v. 39, n. 163, 1991.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH Scott. **Modernização**

**reflexiva:** política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **La reproduction** : éléments pour une théorie du système d'enseignement. Paris: Les éditions de minuit, 1970.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. A educação jurídica e a crise brasileira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 159, p. 449-459, 1955.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DWORKIN, Ronald M. The Model of Rules. **Faculty Scholarship Series**, New Haven, Paper 3609, 1967.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Taking Rights Seriously**. Kindle Edition. Londres: Bloomsbury, 2013.

HART, H. L. A. **El Concepto de Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica:** uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm! **Revue internationale de semiotique juridique**, v. 4, n. 1, p. 45-60, 1991.

\_\_\_\_\_. Identity and representation. **Revue internationale de semiotique juridique**, v. 7, n. 2, p. 171-184, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. O senso (in) comum das "obviedades" desveladas: um tributo a Luís Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 4, n. 2, p. 185-192, 2012.



WARAT, Luís Alberto; ROCHA, Leonel Severo; CITTADINO, Gisele. O poder do discurso docente das escolas de Direito. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 2, n. 02, p. 146-152, 1981.

WARAT, Luís Alberto. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

\_\_\_\_\_. A la fortune du pot. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 5, n. 08, p. 27-40, 1984.

\_\_\_\_\_. As vozes incógnitas das verdades jurídicas. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 8, n. 14, p. 57-61, 1987.

\_\_\_\_\_. Do postulado da pureza metódica ao princípio da heteronímia significativa. Florianópolis, **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 4, n. 7, p. 28-34, 1983.

\_\_\_\_\_. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 3, n. 05, p. 48-57, 1982.



# ILUMINANDO O CORAÇÃO DAS TREVAS: COMO NAVEGAR AS MARÉS DA VULNERABILIDADE E AS ONDAS DA HETERONOMIA?

## PEDRO ANDRÉ GUIMARÃES PIRES

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Possui, ainda, Certificat d'études politiques pelo Institut d'Études Politiques de Lyon (Sciences Po Lyon). Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e Processual Civil do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). Professor de Direito e Arte da Faculdade de Direito 8 de Julho.

## 1 INTRODUÇÃO: O FAROL DA JUSTIÇA OU ENTRE PERGUNTA E RESPOSTA

Não parece uma constatação inovadora ou revolucionária a de que o guia maior do direito é a luz que emana do farol da justiça. Essa consideração, com efeito, é discutida longamente nos bancos dos primeiros períodos das faculdades de direito de todo o mundo por jovens acadêmicos cheios de ideais. A experiência anedótica de todo professor de direito é pródiga de situações em que seus alunos, quando perguntados acerca da razão de sua escolha pelo curso, não hesitam em afirmar, com invejável convicção: “escolhi fazer direito porque quero fazer justiça”. É inegável que há certa poesia na potência, no que há de vir a ser, naquela folha em branco na qual se inscreverão, se tudo correr bem, as lições da dogmática, da propedêutica, da hermenêutica, da deontologia, da axiologia, da argumentação.

Segundo o primeiro registro escrito das tradições religiosas hebraicas, a Mishná (no *Avot*, I, 18<sup>1</sup>), disse o rabino Simeão ben Ga-

---

1 Como primeira coletânea escrita das tradições canônico-jurídicas orais do judaísmo, a Mishná é considerada também a primeira grande obra da chamada literatura

maliel, um dos grandes Doutores da Lei judaica que viveu na época de Jesus Cristo e foi *nasi* (príncipe ou presidente) do Grande Sinédrio, a corte suprema das leis judaicas: “[b]y three things is the world sustained: by truth, by judgement, and by peace, as it is written, *Execute the judgement of truth and peace*” (DANBY, 1933, p. 447)<sup>2</sup>. *Judgement* (“julgamento”), aqui, é a tradução adotada por Herbert Danby para a palavra hebraica מִשְׁפָּט (*mishpát*), que, em sua natureza polissêmica comum no léxico hebraico, pode significar também a *lei* ou a *justiça*. É esta última tradução, aliás, que é adotada por Gustavo Zagrebelsky (na edição consultada, vertida para o espanhol por Miguel Carbonell),

---

rabínica, o conjunto dos escritos religiosos da era talmúdica (anterior aos escritos rabínicos medievais, como os de Maimônides), e modernos. Foi compilada e editada por Judah ha-Nasi (Judá, o Príncipe) no século II, e é dividida em seis ordens: Zeraim (“Sementes”, em que trata de orações, bênçãos e leis da agricultura), Moed (“Festival”, sobre as leis do Sabá [Sabbath] e das festas religiosas), Nashim (“Mulheres”, sobre as leis de casamento e divórcio e sobre a forma jurídica dos juramentos), Nezikin (“Danos”, sobre os direitos civil, penal e processual), Kodashim (“Coisas Sagradas”, sobre ritos de sacrifício, leis do templo e de alimentação [a famosa dieta kosher]) e Tohorot (“Purezas”, sobre as leis de pureza e impureza dos mortos, dos alimentos e do corpo). Cada ordem é dividida em tratados; o trecho citado faz parte do tratado Avot (Sobre os Pais), da ordem Nezikin.

- 2 Na Idade Média, alguns pensadores judaicos se debruçaram sobre as tradições do judaísmo, elaborando extensos comentários sobre as leis canônicas, sua hermenêutica e seu modo de efetivação, um pouco nos moldes do que hoje se faz com os códigos comentados. Entre eles, destaca-se a obra de Moisés ben Maimon, mais conhecido como Maimônides (de seu nome grego, Μαϊμωνίδης), filósofo judaico sefardita que nasceu na cidade de Córdoba, Espanha, e viveu sob o domínio árabe do império de al-Andalus (atual Andaluzia). Maimônides escreveu o Comentário sobre a Mishná (conhecido em árabe como *Kitáb al-Sirāj* [Kitáb al-Sirāj, “O Livro da Lâmpada”] e em hebraico como *Pirush haMishnayot* [Pirush haMishnayot, “Interpretação da Mishná”]), em que fornece sua hermenêutica das leis talmúdicas transcritas na Mishná. Ao comentar sobre o tratado Avot, faz a seguinte colocação sobre os juízes: “[w]e should not say, ‘Why should we accept the decision of this Judge or abide by the ordinance enacted by that Judge?’ This attitude is wrong, because the decision was not rendered by the judge alone, but also by Hashem who said ‘Judgment belongs to God’ (Devarim 1:17). It is all one and the same system of justice that was transmitted over the ages, from generation to generation” (FINKEL, 1996, p. 123). Essa compreensão de que o juiz não é senhor da lei, mas seu escravo, se correlaciona com o pensamento recente da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck. Acerca de como a discricionariedade judicial pode abrir as portas para a arbitrariedade, sendo portanto uma força de heteronomia que atenta contra o estado de direito, ver STRECK, 2013, 2014, 2016, 2017 e 2019 e GUIMARÃES PIRES, SPOSATO, 2019.

que, mostrando como esses ideais de verdade, justiça e paz podem ser amalgamados em um só, sintetiza: “[d]e hecho, apoyándose la justicia en la verdad, a lo que llega es la paz” (2006, p. 17).

Ora, essa ênfase dada pelo direito à busca pela justiça, por meio da verdade e da paz, é algo que, para os jovens e idealistas calouros dos cursos de direito, soa como uma resposta: o jurista se torna jurista para *efetivar* esses objetivos. O que esses jovens estudantes não esperam, no entanto, é que essa luz que emana do farol da justiça nem sempre é vista com tanta clareza quando, já mais letrados nas artes jurídicas, nos aventuramos a singrar as águas do mundo da vida para cada vez mais longe da costa, onde as marés da vulnerabilidade se mostram cada vez mais fortes e as ondas da heteronomia, uma após a outra, revelam a constante ameaça do naufrágio. É então que se percebe que a busca pela justiça, pela verdade e pela paz não são a *resposta* do direito: são, antes, sua *pergunta*, uma pergunta que, desde os tempos do príncipe-juiz Simeão, tem sido reiteradamente posta e repostada, feita e refeita, e que mostra que é longe da segurança da costa que a justiça se deita.

O enfoque nos aspectos *pergunta* ou *resposta* do direito tem fortíssima relação com a distinção, feita por Theodor Viehweg, entre *zetética* e *dogmática*. Tercio Sampaio Ferraz Jr., em sua seminal *Introdução ao estudo do direito* (2007), faz a melhor elucidação brasileira sobre essa distinção. O jusfilósofo das Arcadas explica que o direito pode ser encarado por meio de duas perspectivas: uma que extrai dele teorias básicas e informativas e outra que nele identifica teorias “ostensivamente diretivas” (p. 40). A primeira perspectiva, para Viehweg, é a que define como *zetética* (do grego ζητέιν [zetéin], “perguntar”, ou, para Ferraz Jr., “perquirir”); a segunda é a que ele define como *dogmática* (de δοκεῖν [dokeîn], “ensinar”, “doutrinar” [p. 41]). Para entender a diferença entre esses dois enfoques, o brasileiro nos convoca a “admitir que toda investigação científica esteja sempre às voltas com *perguntas e respostas*; problemas que pedem soluções; soluções já dadas que se aplicam à elucidação de problemas” (p. 40, grifo nosso). E, para deixar cristalino, recorre a uma anedota “histórica”:

Sócrates estava sentado à porta de sua casa. Nesse momento, passa um homem correndo e atrás dele vem um grupo de soldados. Um dos soldados então grita: agarre esse sujeito, ele é um ladrão! Ao que responde Sócrates: que você entende por “ladrão”? Notam-se aqui dois enfoques: o do soldado que parte da premissa de que o significado de ladrão é uma questão já definida, uma “solução” já dada, sendo seu problema agarrá-lo; e o de Sócrates, para quem a premissa é duvidosa e merece um questionamento prévio. Os dois enfoques estão relacionados, mas as consequências são diferentes. Um, ao partir de uma solução já dada e pressuposta, está preocupado com um problema de ação, de como agir. Outro, ao partir de uma interrogação, está preocupado com um problema especulativo, de questionamento global e progressivamente infinito das premissas. (p. 40)

É, então, por meio desse enfoque zetético, focado no aspecto *pergunta* que tem o direito, que tentaremos compreender nestas linhas *como* é possível, nas águas revoltas do mundo contemporâneo, navegar com segurança por sobre as marés da vulnerabilidade e as ondas da heteronomia em direção ao farol da justiça, que, embora por vezes difícil de enxergar, jamais se apaga. Quando pensamos acerca dessas perguntas — O que é a vulnerabilidade do indivíduo? Como ela se manifesta? Como ela condiciona nossa existência enquanto sujeitos de direitos? —, podemos, aos poucos, ao sabor das marés, perceber e aprender — como bons marinheiros — os meios de que dispomos para fazer frente às forças da heteronomia que, se aproveitando de nossa condição de seres vulneráveis, atentam contra o próprio estado de direito e nos afastam da justiça.

Neste ensaio, isso se fará por meio da identificação dos planos nos quais se efetiva a heteronomia segundo o pensamento do jurista e jusfilósofo canadense Bjarne Melkevik (2018). Apoiando-nos na compreensão trazida por ele e fazendo correlações interdisciplinares com outros pensadores, não apenas do direito, mas da filosofia, como Aristóteles, Immanuel Kant e Martin Heidegger, da sociologia, como

Ulrich Beck, da biopolítica, como Giorgio Agamben, da psicologia, como Jean Piaget, Amos Tversky e Daniel Kahnemann, e da economia, como Richard Thaler e Cass Sustein, poderemos traçar um panorama bastante aberto acerca do problema da vulnerabilidade e da heteronomia na concretização dos direitos, e, assim, buscar propostas para contornar nossa natureza de seres vulneráveis e garantir nossa autonomia — uma exigência que, em última análise, não é outra senão a própria exigência de justiça.

## 2 A VULNERABILIDADE CONTRA A AUTONOMIA

### 2.1 O Conceito de Vulnerabilidade

A vulnerabilidade é parte da condição humana. Eis uma constatação que Bjarne Melkevik expõe em seu artigo *Vulnérabilité, droit et autonomie: un essai sur le sujet de droit* (2018), em que demonstra como o homem, inserido no paradigma que o autor chama de “moderno”, no sentido de contemporâneo, é, com efeito, *definido* por sua vulnerabilidade. Segundo ele, a vulnerabilidade humana é mesmo uma *constatação*, a verificação de um dado que se revela no mundo do real: para o autor, é possível observar em nossa condição de vulneráveis um aspecto não apenas *natural*, decorrente de nossa natureza humana enquanto biologicamente adstrita ao reino animal, mas, também e sobretudo, de nossa condição de *cidadãos*, de *sujeitos de direitos*. É dizer: não apenas nossa natural fragilidade biológica — a sujeição do homem a doenças, acidentes, fatalidades; enfim, a fugacidade da vida humana —, mas também o fato de vivermos *em sociedade* é capaz de nos conferir vulnerabilidade.

Essa constatação, para Melkevik, serve de ponto de apoio sobre o qual o autor constrói suas reflexões acerca do sentido que deve ser atribuído ao conceito de “vulnerabilidade”, usando como ferramenta os influxos da filosofia jurídica. O jurista canadense busca, com isso, trazer uma contribuição para a compreensão dos obstáculos à garantia dos direitos do indivíduo: ele próprio argumenta que seu objetivo principal é “d’aider à une meilleure appréhension de l’autonomie

attribuable au sujet de droit et de souligner comment celle-ci se reflète dans notre compréhension de même que dans notre engagement en faveur du projet juridique moderne [*leia-se: contemporâneo*]” (p. 154).

Para que se possa efetivar essa tarefa, então, Bjarne Melkevik invoca a necessidade de se fixar uma base conceitual sólida para a análise. Assim, o autor busca traçar as origens do termo “vulnerabilidade” para que, por meio da compreensão da evolução histórica de seu conteúdo semântico, se possa compreender o sentido que se pode, hoje, atribuir a ele.

Melkevik se reporta, então, a ideia de vulnerabilidade importada para o direito da linguagem adotada pelas ciências da saúde, em especial pela medicina. O canadense explica que uso do termo pelo pensamento jurídico é recente: nascido da modernidade, o conceito começou a ser adotado pelo direito no século XIX, como transmutação de um conceito médico, este sim, antigo — *vulnéraire*; em português, “vulnerário”. O autor explica que “[à] l’origine, le vocable faisait référence à l’individu en lutte contre des blessures ou maladies d’ordre physique” (p. 154). Além desse sentido, a palavra definia também, no campo da farmácia, o remédio utilizado para tratar esses doentes e feridos. Em português, os dicionários registram este sentido para o termo “vulnerário”. Para ilustrar, fiquemos com a definição trazida pelo *Aulete*:

(vul.ne.rá.ri:o)

a.

1. Que é próprio para curar úlceras ou feridas (erva vulnerária)

sm.

2. Med. Medicamento cicatrizante para o tratamento de feridas:

“Uma bênção da menor das criaturas pode ser, às vezes, vulnerário suave para as feridas mais dolorosas do atleta.” (Rui Barbosa, *Coletânea literária*.) [Us. tb. figuradamente.]

[F.: Do lat. *vulnerarius*, a, um.]

Há, portanto, uma forte correlação entre o vocábulo “vulnerário” e a ideia de doenças ou ferimentos, de modo que, por transposição



analógica, deu na expressão “vulnerável”. É essa última, que, *lato sensu*, recebeu a conotação de algo ou alguém “[q]ue é mais suscetível de ser danificado ou magoado, prejudicado ou destruído” (AULETE, s.d.). Bjarne Melkevik explica que, com essa preocupação semântica, o que ele busca é demonstrar que, na perspectiva da filosofia jurídica, ser “vulnerável” não significa possuir “une quelconque « faiblesse »” (p. 155), uma fragilidade qualquer. E completa:

Plus qu'un être atteint d'un tel « handicap », l'emploi du terme sert à en qualifier un se trouvant dans une situation, ou position. Il s'agit en l'occurrence d'une situation ou position physique ou morale qui rend cet être plus fragile qu'il ne l'est normalement ou qu'il ne devrait l'être. Or, sur le plan de l'existence, à titre d'individus, la « vulnérabilité » nous concerne, en ce sens qu'elle relève essentiellement de la « condition humaine ».

A vulnerabilidade, então, diz respeito a uma *condição* ou *situação* real, fática, na qual se encontra inserido o indivíduo por sua própria natureza humana.

## **2.2 A Vulnerabilidade Contemporânea pode ser Compreendida por Meio da Filosofia da Linguagem**

Para Melkevik, então, a vulnerabilidade do indivíduo só pode ser compreendida por meio dos “*effets à la baisse plus ou moins intense sur la vulnérabilité découlant de situations*” (p. 155). O vulnerável, então, só pode ser compreendido como tal em uma perspectiva que o insira *dentro* do mundo do real, do mundo da vida, da *faticidade*, no sentido muito próprio que Jürgen Habermas (1997) confere a esta palavra. O canadense argumenta, *a contrario sensu*, que mesmo o antônimo de vulnerável — *invulnerável* — é um conceito que só pode ser aferido de fato se se considera o substantivo a que ele se liga — o indivíduo — como *inserido* no mundo do real: “il ne pourra jamais qualifier celui se trouvant dans une situation où sa vulné-

rabilité existentielle aura été supprimée, ce qui constituerait une contradiction dans les termes”. Por isso, vulnerabilidade é *sempre* um conceito relativo: o indivíduo só pode ser, em qualquer situação, *parcialmente* vulnerável ou invulnerável. Amarrando as pontas dessa ideia, o autor arremata: “En tant que personnes humaines, nous aurons toujours un « point faible », un « talon d’Achille » pouvant causer, par définition, jusqu’à notre perte. La « vulnérabilité » est donc consubstantielle à la condition humaine”.

Essa ideia, de que a compreensão da vulnerabilidade deve estar sempre adstrita a uma perspectiva de *dentro* do mundo dos fatos, por sua vez, possui forte relação com o rompimento teórico de toda a filosofia ocidental moderna, a partir dos anos 20 do século passado, com a metafísica de tradição aristotélico-tomista, ou, mais recentemente, fichteana-kantiana, como prefere Melkevik. Para ele, “cette façon de voir les choses suppose que nous rejetions la conception métaphysique dite des « deux mondes »” (p. 156) — e essa visão de “dois mundos” pode se relacionar com o que se convencionou chamar de “esquema sujeito-objeto”, ao mesmo tempo berço e herança da metafísica aristotélica, do *absolto* hegeliano e da razão prática kantiana.

Para Aristóteles, as “causas nomeadas na física”, ou seja, a compreensão do mundo das coisas, para o sujeito, depende do conhecimento daquilo que já foi definido previamente. No entanto, para o estagirita, “the causes of things are neither an infinite series nor infinitely various in kind” (2005, p. 26), de modo que, em última análise, toda sua filosofia se baseia na ideia de que todas as coisas podem ser divididas em duas categorias: substâncias, como “mesa”, “livro”, “computador”, e acidentes, como “escrever um artigo”, “ouvir música” ou “filosofar”. As substâncias existiriam *antes* dos acidentes, pois estes, por se manifestarem como, por exemplo “atividades” e “passividades”, dependem, para isso, da preexistência de substâncias. Essas substâncias, então, constituiriam um *a priori*, prévio a nossa compreensão de mundo, existente em algum plano *além* da física — por isso o nome “*metafísica*”.

Immanuel Kant, em sua *Crítica da Razão Prática* (*Critique of Practical Reason* na edição inglesa consultada [2015]), argumenta que nossa razão, para que seja válida, depende de um objetivo de cunho *prático*, da ideia de que toda manifestação da razão deve ser movida pelo que chama de *bem maior* (*highest good*), relacionado com a crença na existência de Deus e na imortalidade; em apertadíssima síntese, é esta a ideia de *razão prática*, ou de *razão prática pura*, termo empregado no original. No caso da filosofia kantiana, então, a razão prática estaria, como a ideia de substância em Aristóteles, em última análise adstrita a um plano metafísico, estritamente dependente da ideia de um “bem maior”.

No final, tanto a metafísica aristotélica quanto a razão prática kantiana terminam por se reduzirem a uma tautologia solipsista: em ambos os casos, a compreensão do mundo estaria fundamentalmente ancorada em conceitos de cunho metafísico, externos ao próprio mundo, que pairam além da física, e que, em sua manifestação no mundo dos fatos, dependeriam exclusivamente do que Ernildo Stein (2000, p. 47) definiu como uma “síntese na subjetividade”. É essa relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, desprovida de *intersubjetividade* e, portanto, *solipsista*, *tautológica*, que se convencionou chamar “esquema sujeito-objeto”.

Toda a filosofia ocidental desde Aristóteles até os anos 20 do século passado estava ancorada nesse grande esquema. Foi apenas com a virada linguística, em que se insere a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger, que se iniciou o questionamento desse modelo, o qual Lenio Streck (2017) define como *epistêmico*, e se passou a adotar outro, mais adequado à compreensão do mundo na contemporaneidade, baseado em três conceitos-chave heideggerianos: o *Dasein*, o círculo hermenêutico (*hermeneutischer Zirkel*) e a diferença ontológica (*ontologische Differenz*).

*Dasein*, em alemão, significa, ao pé da letra, “estar-aí”, e possui o sentido geral de “existência”. Em Heidegger, o *Dasein* é o conceito que possibilita ao indivíduo, enquanto ser, sua interação com o mundo da faticidade (*Faktizität*). Heidegger explica que toda a filosofia ocidental

até então se baseava em uma premissa tautológica e solipsista: a da autoevidência do *ser* (*Sein*). Em sua *magnum opus*, *Ser e Tempo* (*Sein und Zeit*) (2012), o filósofo alemão inicia suas considerações argumentando pela necessidade de uma constante repetição de uma “pergunta pelo ser” (*Seinsfrage*), um questionamento efetivo, que não se contente com a pré-compreensão solipsista que oferecia a filosofia até o momento. A constante resposta a essa constante pergunta, então, dependeria da compreensão do homem em seu *Dasein*: o ser *inserido* no mundo, *dentro* do mundo, condicionado por uma pré-compreensão construída de forma *intersubjetiva*, não mais solipsista, e limitada por sua realidade histórica; daí, *ser e tempo*. Seu argumento vale ser transcrito:

Sofern das Sein das Gefragte ausmacht, und Sein besagt Sein von Seiendem, ergibt sich als das *Befragte* der Seinsfrage das Seiende selbst. Dieses wird gleichsam auf sein Sein hin abgefragt. Soll es aber die Charaktere seines Seins unverfälscht hergeben können, dann muß es seinerseits zuvor so zugänglich geworden sein, wie es an ihm selbst ist. Die Seinsfrage verlangt im Hinblick auf ihr Befragtes die Gewinnung und vorherige Sicherung der rechten Zugangsart zum Seienden. Aber »seiend« nennen wir vieles und in verschiedenem Sinne. Seiend ist alles, wovon wir reden, was wir meinen, wozu wir uns so und so verhalten, seiend ist auch, was und wie wir selbst sind. Sein liegt im Daß- und Sosein, in Realität, Vorhandenheit, Bestand, Geltung, Dasein, im »es gibt«. An *welchem* Seienden soll der Sinn von Sein abgelesen werden, von welchem Seienden soll die Erschließung des Seins ihren Ausgang nehmen? Ist der Ausgang beliebig, oder hat ein bestimmtes Seiendes in der Ausarbeitung der Seinsfrage einen Vorrang? Welches ist dieses exemplarische Seiende und in welchem Sinne hat es einen Vorrang?

(...) Dieses Seiende, das wir selbst je sind und das unter anderem die Seinsmöglichkeit des Fragens hat, fassen wir terminologisch als *Dasein*. Die ausdrückliche und durchsichtige Fragestellung nach dem Sinn von Sein verlangt eine vorgängige

angemessene Explikation eines Seienden (Dasein) hinsichtlich seines Seins.<sup>3</sup> (HEIDEGGER, 2012, p. 44)

*Diferença ontológica* (vale lembrar que o termo “*ontologia*” vem do grego το ὄν [to ón], “ser”, e λόγος [logos], “razão”), então, é essa diferença fundamental entre o ser e o ente, sem que o *ser* seja compreendido como um *selbstverständliche Begriff*, um “conceito que-pode-ser-entendido-por-si-mesmo” (p. 39), pois isso representaria uma tautologia. Já o *círculo hermenêutico*, partindo dessa concepção, é a ideia de que nossa compreensão do mundo, para além de um substancialismo ou de uma razão prática pura, que invariavelmente descambam para tautologias de cunho solipsista, passa por uma intersubjetividade interpretativa, que gira incessantemente entre os sujeitos em interação e a pré-compreensão por eles gerada, um ciclo que, diferentemente do que a filosofia apresentava até então, não é tautológico, mas *virtuoso*. Por meio do emprego desses conceitos, Heidegger e os pensadores por ele influenciados, em especial Hans-Georg Gadamer com seu *Verdade e Método (Warheit und Methode)* (2004), promoveram o que se chamou de *virada hermenêutica*: a superação desse modelo de pensamento solipsis-

---

3 A edição brasileira consultada é bilíngue e traz a seguinte tradução: “Na medida em que o ser constitui o perguntando — e ser significa ser de ente — resulta que *aquilo a que se pergunta* [o perguntável] na questão-do-ser é o ente ele mesmo. Este é como que interrogado a respeito de seu ser. Mas, para que possa dar sem falsificação os caracteres de seu ser, o ente deve antes tornar-se acessível assim como ele é em si mesmo. A questão-do-ser, no relativo ao perguntável, exige a conquista e a prévia segurança do correto modo-de-acesso ao ente. Mas damos o nome de “ente” a uma multiplicidade deles e em diversos sentidos. Ente é tudo aquilo de que discorremos, que visamos, em relação a que nos comportamos desta ou daquela maneira; ente é também o que somos e como somos nós mesmos. Ser reside no ser-que e no ser-assim, na realidade, na subsistência, no consistente, na validade, no *Dasein*, no “dá-se”. Em *qual* desses entes o sentido deve ser colhido, qual o ente de que a abertura do ser deve partir? A partida é indiferente ou um ente determinado tem uma precedência na elaboração da questão-do-ser? “Qual é esse ente exemplar e em que sentido ele tem uma precedência?  
(...) Esse ente que somos cada vez nós mesmos e que tem, entre outras possibilidades-de-ser, a possibilidade-de-ser do perguntar, nós o apreendemos terminologicamente como *Dasein*. Fazer expressamente e de modo transparente a pergunta pelo sentido de ser exige uma adequada exposição prévia de um ente (*Dasein*) quanto ao seu ser.”

ta e tautológico baseado na metafísica do esquema sujeito-objeto — que Streck sintetiza na expressão “*filosofia da consciência*” — e a adoção de um novo paradigma — a “*filosofia da linguagem*” — que compreende nossa faculdade linguística como condição de possibilidade de estar-no-mundo (*in-der-Welt-sein*); e supera, com isso, o esquema sujeito-objeto.

Essa superação, que encara a linguagem como verdadeira condição de existência, a compreende, também, em uma dupla dimensão: hermenêutica e apofântica. A dimensão apofântica é aquela por meio da qual o sujeito expressa para o mundo externo aquilo que concluiu por meio de sua pré-compreensão — a dimensão hermenêutica. Por sua exemplar didaticidade, fiquemos com o ensinamento de Ernildo Stein:

O que significa a superação da relação sujeito-objeto? Significa a superação do projeto que busca na filosofia um fundamento para o conhecimento a partir do discurso em que impera a ideia de juízo, a ideia de síntese na subjetividade em que se fundaria o enunciado. Heidegger introduziu, para isso, uma distinção entre o discurso explicitador, o discurso manifestativo, que denomina apofântico, e o discurso subterrâneo, que acontece simultaneamente com o discurso apofântico e que o filósofo denomina de dimensão hermenêutica. Sem o elemento apofântico, não se daria, entretanto, o que podemos designar o discurso hermenêutico. Este representa a estrutura básica, que, desde sempre, sustenta qualquer tipo de enunciado que pode ser verdadeiro ou falso. Essa ideia heideggeriana, sem dúvida nenhuma, perpassa a questão do seu paradigma. Com isso, Heidegger já enuncia a introdução de uma crítica ao pensamento objetificador que domina a metafísica. Isso representa o germe do processo de desconstrução que está presente na sua ideia de destruição [*em alemão, Destruktion*] das ontologias da tradição. (2000, p. 47, comentário nosso.)

Apenas para arrematar, fiquemos, também, com a seguinte consideração de Lenio Streck acerca da matéria, propriamente no campo do direito. Para o hermeneuta gaúcho,

quando se fala na invasão da filosofia pela linguagem, mais do que a morte do esquema sujeito-objeto, isso quer dizer que não há mais um sujeito que assujeita o objeto (subjettivismos/axiologismos que ainda vicejam no campo jurídico), tampouco objetivismos como explicitado no item 1.2.3.4, retro); também não é mais possível falar em subsunções ou deduções e dualismos (cisões) entre regra e princípio, casos fáceis e casos difíceis (...). (2017, p. 451)

Feitas essas considerações, fica mais clara a razão por que Bjarne Melkevik rejeita a compreensão da vulnerabilidade por meio de uma perspectiva metafísica, baseada no esquema sujeito-objeto — em suma, filiada à chamada filosofia da consciência. A compreensão da natureza vulnerável do indivíduo no paradigma contemporâneo, então, só se sustenta se adotamos, para isso, os influxos da *filosofia da linguagem*. E isso tem forte implicação na compreensão do indivíduo como sujeito de direitos.

### **2.3 O Indivíduo Vulnerável é o Próprio Sujeito de Direitos**

Para Bjarne Melkevik, “l’individu et le sujet de droit ne font qu’un” (2019, p. 156). O autor explica que, para o “projeto jurídico moderno”, ou seja, para a compreensão do direito na contemporaneidade, “l’individu qui « agit » le fait nécessairement à titre de sujet de droit”; ser *sujeito de direitos*, então, não possuiria qualquer dimensão metafísica, pois significaria, simplesmente, encontra-se em uma condição, potencial ou atual, que lhe permita agir de modo a buscar, por meio de sua autonomia, a concretização de seus direitos. A *ação* do indivíduo, enquanto ser inserido no mundo — enquanto *Dasein* —, então, seria o próprio elemento que o caracterizaria como sujeito de direitos. E, por ser *Dasein*, por estar-no-mundo, o indivíduo — o sujeito de direitos — é invariavelmente vulnerável, pois é invariavelmente humano.

Melkevik argumenta que a compreensão de que o indivíduo e o sujeito de direitos pertencem a dois universos diferentes deve ser rejeitada em favor de uma visão que *inclua* a compreensão do sujeito

de direitos na faticidade do mundo; e, com isso, permita a amalgamação desses dois conceitos que, para a filosofia jurídica anterior à virada linguística, guardavam entre si uma correlação, mas não uma identidade absoluta. Segundo o canadense, os pensadores que protagonizam essa concepção entendem que o mundo metafísico, ao qual pertenceria, para eles, o conceito do sujeito de direitos, é a ferramenta que podemos utilizar para julgar o mundo “empírico” (termo este, inclusive, adotado por Kant em suas três *Críticas* [2000, 2007, 2015]), “peuplé d’individus” (MELKEVIK, 2018, p. 156), povoado de indivíduos. O autor toma como exemplo o pensamento de Alain Renaut em seu *L’individu : Réflexions sur la philosophie du sujet* (1995), em que este defende, “dans un esprit fichtéen-kantien[,] que l’« idée de sujet, précisément en tant qu’elle ne se réduit pas à celle d’individu, (...) implique (...) une transcendance, un dépassement de l’individualité »” (MELKEVIK, 2018, p. 156, grifo nosso). Bjarne Melkevik, denunciando ser esta visão obsoleta, argumenta, com exemplar verve irônica:

Or, une telle conception condamne la question du « sujet de droit » à n’être qu’une question de métaphysique circulaire proposant, comme interprétation, un monde séparant les concepts utilisés pour définir ou mettre en place un discours fondationnaliste. En fait, il s’agit d’une pensée stérile et étrangère à la tâche qui consiste à rendre compte de la condition véritable des sujets de droit ! *Il est temps d’admettre que la « préhistoire » de la philosophie juridique « moderne » n’est plus appropriée à la représentation de notre projet juridique contemporain et que celle-ci nécessite plutôt la mise au point de nouveaux outils philosophiques.* (MELKEVIK, 2018, p. 156, grifo nosso)

Essa conclamação, de que é chegada a hora de reconhecer a obsolescência do que chama “pré-história” da filosofia jurídica, se aproxima da constatação — há quase um século já entrevista por Heidegger (2012) e posteriormente elaborada por Gadamer (2004) — de que a filosofia da consciência já não é capaz nem de explicar



os fenômenos jurídicos da faticidade contemporânea, nem de ensinar a propositura de meios para efetivar a garantia dos direitos do sujeito — embora o autor não mencione isso expressamente. Nessa perspectiva, com efeito, não seria exagero algum dizer que uma nova era do pensamento jurídico se inicia com a virada linguística (ou hermenêutica, como prefere Gadamer [2004, 2007a, 2007b]), quando, por meio da superação da filosofia da consciência, superamos o esquema sujeito-objeto e inauguramos o paradigma contemporâneo da filosofia da linguagem.

Em sentido contrário (apresentando os dois lados do debate à moda de Maimônides no *Kitāb al-Sirāj*), há, ainda hoje, pensadores do direito que entendem que há, sim, uma fundamental diferença entre o indivíduo e o sujeito de direitos: este, um conceito apriorístico, acima de toda individualidade, e, portanto, universal e transversal, aplicável a toda realidade individual mediante uma lógica de subsunção; aquele, por sua vez, o habitante real do mundo dos fatos, condutor e conduzido pela faticidade, ao qual se subsume a natureza transcendente, metafísica, de sujeito de direitos.

Entre os pensadores que se filiam a essa concepção, podemos destacar o antropólogo jurídico francês Alain Supiot, que, em seu *Homo juridicus: Essai sur la fonction anthropologique du Droit* (2005), defende a compreensão do homem em três concepções distintas: o indivíduo, o sujeito e a pessoa. No livro, Supiot argumenta que nossa sociedade se sustenta sobre uma concepção do homem que daria sentido à vida humana: do ponto de vista jurídico, essa concepção o aproximaria da ideia de *sujeito*, “doué de raison et titulaire de droits inaliénables et sacrés”; do ponto de vista científico, entretanto, o homem seria considerado como *objeto* de conhecimento, cujas “leis de comportamento” poderiam ser descobertas e explicadas pelos influxos dos diferentes ramos científicos, como a biologia, a economia, as ciências sociais, etc. Para o francês, então, essas duas facetas do homem seriam como “deux faces de la même médaille”, pois “il faut avoir d’abord pensé l’esprit pour considérer le corps comme une chose” (SUPIOT, 2005, p. 37).

Ora, esse pensamento, de que a identificação do corpo como uma *coisa* depende da compreensão prévia do *espírito*, parece muitíssimo claro, guarda estreita relação com a filosofia da consciência aristotélico-tomista, fichteana-kantiana denunciada por Bjarne Melkevik (e por autores como Lenio Streck [2013, 2014, 2017, 2019] e todos aqueles filiados a sua Crítica Hermenêutica do Direito). A própria terminologia adotada por Supiot — o homem ao mesmo tempo *sujeito* de direitos e *objeto* de conhecimento — é reveladora da filiação do pensamento desse autor ao esquema metafísico sujeito-objeto, o que se torna ainda mais evidente quando se lê sua argumentação:

Les notions de sujet et d'objet, de personne et de chose, d'esprit et de matière se définissent par opposition mutuelle. L'une n'est pas concevable sans l'autre et jamais la science positive n'aurait pu voir le jour sans elles. Il faut bien en effet postuler que l'homme est un sujet capable de raison pour que la science soit possible. Et cette définition de l'être humain ne résulte pas d'une démonstration scientifique, mais d'une affirmation dogmatique ; c'est un produit de l'histoire du Droit et non pas de l'histoire des sciences. Dans un système de pensée qui ignore ces dichotomies, les querelles scolastiques qui opposent par exemple aujourd'hui un neurologue « matérialiste » et un philosophe « spiritualiste » seraient tout simplement dénuées de sens. Un système culturel comme celui de la Chine impériale, qui ignorait l'idée de sujet, ne pouvait évidemment pas, à la différence de la Rome impériale, qualifier d'objets certains hommes et ne pouvait donc qu'ignorer l'esclavage, au sens précis du terme. Il fallait pouvoir penser l'homme comme un objet matériel pour concevoir la médecine comme une science et le travail comme un bien négociable. La science et l'économie modernes n'auraient pas vu le jour sans cette configuration juridique propre à l'Occident qu'est la personne humaine. (2005, p. 37)

Parece-nos, muito humildemente, que a antropologia jurídica de Alain Supiot incorre nas mesmas limitações que Heidegger denuncia na filosofia da consciência (2012), que Melkevik denuncia na “pré-história” da filosofia jurídica (2018) e que Streck denuncia no procedimentalismo pós-positivista de Robert Alexy (2004, 2008, 2010, 2011, 2012) e de Jürgen Habermas (1997). Com efeito, a compreensão do sujeito de direitos como um *a priori* metafísico pode ter como resultado, ainda que involuntário, a adoção de uma tal compreensão solipsista por parte dos detentores das forças de heteronomia — aqueles que, atentando contra a autonomia do indivíduo, impõem sobre ele sua concepção autoritária do direito —, o que, com efeito, representa uma potencial e gravíssima porta de entrada para a arbitrariedade no direito.

Dizer que o sujeito de direitos é algo ou alguém fundamentalmente distinto, separado, do indivíduo enquanto “habitante do mundo dos fatos”, com efeito, é dizer, por extensão, que a norma e o texto da norma são, também, fundamentalmente desconectados, e uma tal compreensão abre margem para um universo *ilimitado* de interpretações do direito — inclusive para aquelas que os detentores do poder heteronômico adotam com a finalidade espúria de garantir que a lei seja usada apenas em seu benefício. Admitir o descolamento estrutural entre os conceitos de sujeito e de indivíduo, então, é um risco imensurável — se procedemos assim, corremos perigo de entrar em uma realidade muito bem expressa pela célebre frase apócrifa atribuída tanto ao marechal peruano Óscar Benavides quanto ao presidente mexicano Benito Juárez: “para meus amigos, tudo; para meus inimigos, a lei”.

Para arrematar essa refutação do argumento de Supiot acerca da *necessidade* de compreensão do mundo por meio do esquema sujeito-objeto, merece ser lida a seguinte crítica de Lenio Streck:

Como hermeneuta, quero deixar claro que não é possível concordar com qualquer forma de “ditadura do subjetivismo”, âncora do relativismo. Também sou contrário a essa espécie de

fatalismo relativista, do estilo “é assim que acontece no mundo prático”, “é assim que os juízes pensam e decidem” ou “nada há para fazer”. Se, de fato, os juízes “pensam assim”, é porque o expressam a partir de um paradigma ultrapassado, em que um sujeito “assujeita” o objeto. Na forma de um “subjativismo original ou autêntico ou na forma de uma vulgata, enfim, de um voluntarismo, em que prevalece a “opinião pessoal” do juiz-intérprete. Não importa: eis aí o autoritarismo da modernidade presente. A essa situação — de “assujeitamento do objeto” pelo “sujeito do conhecimento” — em uma apreciação, digamos assim, generosa poderíamos chamar de filosofia da consciência, com as ressalvas que já fiz anteriormente, isto é, os filósofos desse paradigma são (ou eram [vaticinamos: são]) bem mais complexos que o adágio “decido conforme minha consciência”. Não esqueçamos a filosofia da consciência foi a condição de possibilidade para a construção da modernidade e, fundamentalmente, para a institucionalização do Estado Moderno (pensemos em Hobbes, por exemplo). Claro que o início da modernidade está trezentos anos antes, no plano da filosofia, em Ockham e seu nominalismo. E, não esqueçamos, Hobbes foi um nominalista. (STRECK, 2017, p. 488, comentário nosso)

Fica clara, pois, a filiação do pensamento de Alain Supiot à metafísica do esquema sujeito-objeto, que, embora tenha sido, como diz Streck, “condição de possibilidade” da modernidade, já não é capaz de explicar nem de propor melhorias ao mundo. Assim, feita essa crítica ao pensamento do antropólogo francês, afiliamo-nos com a abordagem de Bjarne Melkevik acerca da matéria, por acreditar que esse enfoque que entende o sujeito de direitos como algo além da “física” do indivíduo, para adotar a terminologia de Aristóteles, ou da faticidade, como dizem Heidegger e Habermas, traz o grave risco de perpetuar, por meio dele, uma realidade de heteronomia que atenta contra os direitos do indivíduo-sujeito — e contra o próprio estado de direito.

## 2.4 A Exigência de Autonomia e a Exigência de Justiça

A superação do esquema sujeito-objeto pelo direito, defende Lenio Streck, é, por extensão, a superação de falidas dicotomias. Sujeito *vs.* objeto, regras *vs.* princípios, público *vs.* privado, todas essas dicotomias, compreendidas não como uma mera diferenciação estrutural ou conceitual, mas como uma contraposição frontal e insanável de conceitos, são, para Streck, o resquício insistente da filosofia da consciência no âmbito do direito; e, em consequência, uma medida da falência de nosso pensamento jurídico em crise (2017). É nesse contexto que Bjarne Melkevik argumenta que, para paliar os efeitos da vulnerabilidade, é preciso fortalecer no indivíduo sua dimensão de autonomia, em detrimento da heteronomia das forças externas como, segundo o autor, o sistema econômico e o sistema administrativo (2018). Ele argumenta:

Il s'agit dès lors d'une exigence, et nullement d'un quelconque donnés. C'est un fait avéré que s'engager dans le domaine dit du « droit » se fait toujours à ses risques et périls. L'exigence de l'autonomie individuelle, qui est forcément propre à chaque individu, constitue donc un préalable non juridique. Elle met pourtant en place la « conscience » et la « responsabilité » que doit posséder tout sujet de droit pour pouvoir être fonctionnel. Suivant les cas, la question de la « conscience » aussi bien que celle de la « responsabilité » représenteront, pour le dire métaphoriquement, un catalyseur, une faille potentielle ou encore un fusible pour notre vulnérabilité. (MELKEVIK, 2018, p. 158)

É evidente, aqui, a filiação do pensamento de Melkevik com a filosofia da linguagem e a ideia de *Dasein* heideggeriana. Perceba-se: a exigência de autonomia do indivíduo é propriamente *individual*, ou seja, intimamente ligada com a ideia de que todo *indivíduo* é dotado de uma *individualidade* que o distingue dos demais — que o torna único. Não se trata, com efeito, de um pleonasma ou de uma tautologia, mas de um ciclo virtuoso no sentido heideggeriano. A ideia de individuali-

dade como elemento distintivo do indivíduo está presente também em Alain Supiot, mas para este antropólogo, isso não significa qualquer identidade com o sujeito de direitos, que seria, antes, desprovido de qualquer individualidade (2005).

Bjarne Melkevik explica que o que está em jogo pela exigência de uma autonomia individual é a possibilidade de todo indivíduo (*αυτός* [*autós*], “si”) de fazer suas próprias leis (*νόμος* [*nómos*], “lei”, “norma”). Do étimo grego, então, vem a expressão “*autonomia*” como essa *capacidade* do indivíduo de se autorregular. Para o autor, “[i]l s’agit donc d’une démarche de construction de « conscience » (2018, p. 158-159). Essa autonomia individual, da “consciência”, se concretiza no plano da intersubjetividade (comunicativa para Habermas [2005], hermenêutica para Heidegger [2012]) sob a forma de uma autonomia *pública*: os indivíduos, em sociedade, têm a capacidade, por meio da consciência democrática (MELKEVIK, 2018, p. 169-170), de promover uma autonomia *coletiva*, em que o cidadão (o próprio indivíduo sujeito de direitos) pode julgar o que é melhor para si e para a coletividade, promovendo uma autorregulação coletiva (p. 169).

Se compreendemos a autonomia como um dado da vida, inserido no mundo, por meio da filosofia da linguagem, podemos dizer com certeza que ela não é outra coisa senão a concretização da própria ideia de justiça. Se é assim, então a exigência de autonomia descrita por Melkevik também não é outra coisa senão a *exigência de justiça* descrita por Gustavo Zagrebelsky em seu livro que também não tem outro título senão *La exigencia de justicia* na edição espanhola consultada (2006). A abordagem de Zagrebelsky acerca da exigência de justiça é praticamente idêntica à de Melkevik acerca da exigência de autonomia:

Quizá el origen del error este en el carácter especulativo de los intentos por comprender la justicia: especulativo tanto en el sentido de reflejo intelectual de una cosa que está fuera de nosotros —lo que es justo—, como en el sentido de razonamiento que construye por sí mismo sus propios objetos —las ideas

de justicia—. Pero la justicia no es ni una cosa ni otra: no está fuera de nosotros, tal como lo sugiere el dicho de que la justicia es una virtud, y no es simplemente una idea, como lo sugiere la expresión «sentimiento de justicia». En una de sus Cartas (VII, 344) Platón afirma que es imposible definir la justicia en abstracto: lo puede hacer, en concreto, solamente la persona justa, ya que tiene una «naturaleza conforme a la justicia». Lo cual, a menos que sea una deliberada tautología, descalifica de golpe cualquier planteamiento puramente especulativo. (ZAGREBELSKY, MARTINI, 2006, p. 26)

A identidade entre as duas é cabal: para ambos os autores, usando de conceitos que, embora distintos, guardam uma identidade analógica tão próxima quanto aquela entre a justiça, a verdade e paz, a autonomia e a justiça devem ser compreendidas para quem de qualquer concepção metafísica. Ressalte-se, aqui, que, embora Platão fizesse uma distinção, análoga à de Aristóteles, entre os objetos sensíveis e o mundo dos *universais*, o que é uma ideia claramente metafísica (Platão era um realista, em oposição aos nominalistas), o que Zagrebelsky enfatiza é que o ateniense não reconhecia no conceito *de justiça* uma definição abstrata, puramente especulativa.

Sobre a *exigência de justiça* em Zagrebelsky, e sobre como ela se identifica estreitamente com a exigência de autonomia individual em Melkevik, não podemos ser mais concisos e elegantes que o próprio mestre italiano:

Quizá podemos afirmar que la justicia es una exigencia que postula una experiencia personal: la experiencia, justamente, de la justicia, o, mejor, de la aspiración a la justicia que nace de la experiencia de la injusticia y del dolor que de ella deriva. Si no disponemos de una fórmula de justicia que pueda poner a todos de acuerdo, es mucho más fácil convenir —a menos que se trate de conciencias desviadas— en la percepción de la injusticia contenida en la explotación, en la cosificación de

los seres humanos por parte de otros seres humanos. Y es más fácil no verla o considerarla como algo remoto que permanecer insensibles una vez que se ha estado en contacto inmediato con ella. (2006, p. 26)

A identidade quase que total entre as duas ideias impressiona. Melkevik e Zagrebelsky, ambos, entendem que a autonomia ou a justiça só podem ser compreendidas em uma dimensão individual. Tanto um como o outro vincula o conceito que opera (autonomia ou justiça) a um outro, antagonico, que lhe dá sentido (heteronomia ou injustiça). Ambos constatam, ainda que não diretamente, que a compreensão do conceito não se sustenta se não superarmos o esquema sujeito-objeto e a metafísica. E os dois identificam que seja a autonomia, seja a justiça constitui uma *exigência* do indivíduo.

Diante dessa tão estreita afinidade teórico-conceitual, ousamos dizer, por meio da identificação de uma forte correlação analógica, que, se autonomia e justiça não são a mesma coisa, ao menos estão tão próximas que uma coisa implica a outra.

### **3 NAVEGANDO AS MARÉS DA VULNERABILIDADE E AS ONDAS DA HETERONOMIA EM BUSCA DO FAROL DA JUSTIÇA**

Feitas essas considerações de cunho conceitual, cabe-nos agora tentar discutir, partindo do pensamento de Bjarne Melkevik e recebendo os influxos interdisciplinares da psicologia, da biopolítica e da economia, *como e onde* se dá a concretização, no mundo da faticidade, da vulnerabilidade potencial do indivíduo, que age em favor das forças da heteronomia e contra sua autonomia individual. Como já mencionamos brevemente antes, a autonomia do indivíduo, marcadamente adstrita à dimensão muito própria de sua *individualidade*, pode e deve, por meio da ideia de *consciência democrática* (MELKEVIK, 2018, p. 169-170), transcender a particularidade de cada consciência individual para construir, em verdadeira assembleia de diferentes-iguais (pois o projeto jurídico contemporâneo não comporta mais



entre esses termos qualquer dicotomia; mas, antes, *contiguidade*), o que Melkevik chama de “*autonomia pública*”:

Or, en ce qui concerne la modernité juridique, la question de cette vulnérabilité [*individual*] devient davantage complexe lorsqu'on la considère comme en relation avec l'engagement *nécessaire* de l'individu dans et à l'égard de l'*autonomie publique*. En fait, le «je» qui s'engage à réaliser l'autonomie publique de tous –et ce quant au droit relatif de sélectionner en réciprocité les normes, les droits, les institutions, qu'il souhaite honorer comme valides pour la communauté juridique et politique à laquelle il choisit d'adhérer– se heurte à deux « obstacles » touchant directement sa vulnérabilité. (p. 169)

Quando essa autonomia pública, construída coletivamente em prol do bem comum (da faticidade, sem conotação metafísica), sucumbe à vulnerabilidade individual e relacional (perante a sociedade) do indivíduo, as forças de heteronomia exercem forte pressão contra as autonomias. Por essa razão, a concretização da vulnerabilidade potencial do indivíduo — que a converte em heteronomia —, quando se dá no âmbito da construção da autonomia pública — é dizer: no próprio projeto democrático — além de atentar contra essas autonomias, atenta contra o próprio estado democrático de direito.

Daí a importância *fundamental* da necessidade de buscar uma compreensão cada vez mais precisa acerca dos planos onde se concretiza a vulnerabilidade do indivíduo: é só por meio dela que poderemos paliar de forma efetiva nossa natureza vulnerável e garantir, assim, a efetivação dos direitos do indivíduo-sujeito. Para isso, a recepção das contribuições de outras áreas do conhecimento, numa perspectiva ao mesmo tempo *zetética* e *contemporânea*, é tão importante para a garantia de direitos e do próprio estado de direito.

Bjarne Melkevik identifica, para esse fim, três planos em que se concretiza a vulnerabilidade: a progressão em direção à autonomia, a tentativa de trocar autonomia por segurança (a própria heteronomia,

em sentido estrito), e a “fraqueza da vontade”. Discutamos cada um desses planos separadamente.

### **3.1 A Progressão em Direção à Autonomia e as Contribuições da Psicologia do Desenvolvimento Moral e da Biopolítica**

O primeiro dos três planos de concretização da vulnerabilidade é identificado por Bjarne Melkevik como sendo o da “*progressão em direção à autonomia*” (2018, p. 159). Para defini-lo, o autor se apropria dos influxos da psicologia do desenvolvimento moral do psicólogo suíço Jean Piaget, argumentando que, nessa perspectiva, “[d]evenir « autonome » représente un processus qui s’apprend et qui est soumis non seulement aux aléas de la socialisation, mais aussi à la personnalité de l’individu” (p. 159). Assim, Melkevik argumenta que nem todas as pessoas são bem-sucedidas no processo de construção de sua autonomia, pois nem todos conseguem desenvolver ou otimizar suas faculdades particulares (como os processos cognitivos) e sociais (o que concretizaria uma vulnerabilidade relacional). Exatamente por isso, o canadense reforça que “l’autonomie ne peut pas être pensée « en bloc », mais seulement dans toute sa relativité” (MELKEVIK, 2018, p. 159). E arremata:

En fait, l’autonomie se confirme en tant qu’aptitude personnelle, et donc aussi comme compétence cognitive. C’est elle qui permet, à la faveur de la compréhension normative et de ses conséquences, d’assurer la cohérence lors du passage par les différents « stades », tels qu’ils ont été définis par la psychologie du développement « moral ». (2018, p. 159-160)

Embora Melkevik, como jurista, empregue os conceitos de autonomia e heteronomia em um contexto propriamente jusfilosófico, na psicologia de Jean Piaget a construção da autonomia através de diferentes “estágios” é verdadeiramente um conceito teórico adstrito a uma epistemologia e a um método eminentemente *psicológicos*. O tre-

cho seguinte, de seu *O julgamento moral na criança* (*The moral judgment of the child* na edição consultada) demonstra isso em poucas linhas:

Our study of the rules of the game led us to the conclusion that there exist two types of respect, and consequentially two moralities—a morality of constraint or of heteronomy, and a morality of cooperation or of autonomy. We became familiar in the course of the last chapter with certain aspects of the first. The second, which will occupy us now, is unfortunately much more difficult to study; for while the first can “be formulated in rules and thus lends itself to interrogation, the second must be sought chiefly among the more intimate impulses of the mind or in social attitudes that do not easily admit of definition in conversations held with the children. We have established its juridical aspect, so to speak, in studying the social play of children between 10 and 12. We must now go further, and penetrate into the child’s actual consciousness. And this is where things begin to be complicated. (PIAGET, 1948, p. 195)

Percebe-se, aqui, que Piaget chega aos conceitos de autonomia e heteronomia por meio de investigações de cunho psicológico, mas que podem conferir à filosofia jurídica e ao direito como um todo uma nova dimensão de sentido capaz de fazer frente à insuficiência teórica de seus conceitos, em especial no paradigma contemporâneo do que Ulrich Beck chama de *modernidade reflexiva* (2012). Fazendo uma analogia metalinguística, a própria *autonomia* das disciplinas científicas (como o direito e a psicologia), como uma autonomia individual, deve, no projeto jurídico contemporâneo, interagir com outras autonomias para construir, quando possível, verdadeiras pontes epistêmicas que podemos cruzar para chegar à novas possibilidades de compreensão do mundo — algo como uma *autonomia pública epistemológica*.

Por essa mesma razão, para compreender como a vulnerabilidade se concretiza no âmbito da progressão em direção à autonomia, entendemos ser possível apropriarmos não apenas da contribuição

da psicologia do desenvolvimento moral de Piaget, mas também dos influxos da filosofia política de Giorgio Agamben. Este filósofo italiano utiliza um método por meio do qual extrai da análise do passado histórico conceitos que podem ser transpostos para o presente por meio de uma razão analógica capaz de identificá-los como um *a priori* histórico, verdadeira ἐπιστήμη [epistémē] do contemporâneo. A essa particular forma de análise histórica, Agamben chama *arqueologia*; aos conceitos transponíveis ao presente, *paradigmas*; e ao método, *arqueológico-paradigmático* (2008b, p. 21, 94). A analogia é, em Agamben, a ferramenta metodológica central; muito mais do que a lógica formal, por exemplo.

A correlação entre a filosofia política agambeniana e a ideia de que a vulnerabilidade pode se concretizar no processo de construção da autonomia do indivíduo provém da ideia, trazida pelo filósofo italiano em seu *Homo sacer: poter sovrano e nuda vita (Homo sacer: poder soberano e vida nua)* (2018a), de que, na Grécia antiga, havia duas palavras, revestidas de dois sentidos, para a ideia de *vida*. De um lado, havia a ζωή [zoé], a vida biológica, natural, reprodutiva, despida da dimensão do político, “il semplice fatto di vivere comune a tutti gli esseri viventi (animali, uomini o dèi)”; de outro, a βίος [bíos], “la forma o maniera di vivere propria di un singolo o di un gruppo”, o que, por extensão, significava a vida revestida da dimensão do político (AGAMBEN, 2018a, p. 17).

É possível, então, observar na passagem da ζωή para a βίος, da vida natural e reprodutiva para a vida qualificada pela participação ativa na coletividade, um paralelo visível com a “progressão em direção à autonomia” como descrita por Bjarne Melkevik. Da mesma forma, a identificação da vulnerabilidade concretizada por esse processo também encontra eco na filosofia de Giorgio Agamben: tendo em mente a dicotomia (na Grécia antiga) entre ζωή e βίος, o italiano busca no Império Romano o conceito de *homo sacer* (literalmente, “homem sacro”): o homem que, por ter cometido um delito contra os deuses, recebia como pena a *sacratio* (“sacralização”). Para bem compreender o sentido da palavra, deve-se ignorar o sentido moderno, conferido pela

moral judaico-cristã, que traz para o “sacro” uma conotação positiva; em verdade, a *sacratio* romana significava tão-somente a entrega de algo ou alguém aos deuses, que, no caso do *homo sacer*, lhe fazia deixar de ser parte da sociedade enquanto algo pertencente ao domínio do profano. Por isso, o *homo sacer* não servia sequer para o sacrifício, pois, por meio dele, se retira algo do mundo do profano para agradar ao divino — e o *homo sacer* já não faz parte do mundo do profano —, mas, num aparente paradoxo, era perfeitamente “matável” (*uccidibile*), pois matá-lo não poderia ser considerado homicídio. A ideia de que uma pessoa poderia estar em uma *zona de indistinção* entre o humano e o não humano, que é despida da dimensão do político e fica só com uma *vida nua*, pura ζωή, é, em Agamben, um conceito-limite que merece especial atenção (2018a, p. 75)

Para Agamben, então, existe uma clara analogia estrutural *a contrario sensu* entre o conceito de *homo sacer* (enquanto paradigma) e a ideia de *poder soberano*. Partindo do pensamento de Carl Schmitt, segundo o qual soberano é o detentor do poder de declarar a exceção (2018a, p. 82-83; 2018b, p. 175), e da ideia de que o *homo sacer* é o sujeito-objeto por excelência dessa exceção, o italiano conclui:

Ai due limiti estremi dell’ordinamento, sovrano e homo sacer presentano due figure simetriche, che hanno la stessa struttura e sono correlate, nel senso che sovrano è colui rispetto al quale tutti gli uomini sono potenzialmente homines sacri e homo sacer è colui rispetto al quale tutti gli uomini agiscono come sovrani. (2018a, p. 83)

Levando em consideração o pensamento de Giorgio Agamben, então, podemos identificar uma correlação analógica entre esses conceitos — ζωή e βίος, *homo sacer* e poder soberano — e a progressão em direção à autonomia como plano de concretização da vulnerabilidade na forma descrita por Bjarne Melkevik. Se consideramos que a passagem de ζωή a βίος é análoga à ideia de construção da autonomia individual, torna-se possível compreender a relação estrutural entre

*homo sacer* e poder soberano como o exemplo máximo da concretização da heteronomia — e, por extensão, da própria vulnerabilidade — nesse processo.

### **3.2 A Tentação de Trocar Autonomia por Heteronomia e a Contribuição da Biopolítica**

O *segundo* dos planos de concretização da vulnerabilidade potencial do indivíduo no mundo dos fatos identificado por Bjarne Melkevik é o que ele chama de “tentação de trocar autonomia por segurança”, o que abre margem para a concretização da heteronomia. O canadense explica que a vulnerabilidade individual se manifesta frequentemente por meio da recusa da autonomia representada pela “adhésion aux idées, aux mouvements, aux « communautés », etc., d’hétéronomie” (MELKEVIK, 2018, p. 160). O indivíduo, assim, poderia abrir mão de sua autonomia e de sua liberdade para “embrasser la sécurité, la chaleur, la « vérité » et la « révélation » que proposent ces forces de l’hétéronomie”. Melkevik vai além:

Comme le démontre magistralement Erich Fromm, la modernité s’accompagne aussi de la peur de la liberté et de l’autonomie. Et de cette peur naît souvent un désir de se « soumettre », « d’obéir », de « servir », ou simplement de « fuir » la liberté, la possible indépendance, pour s’oblitérer au profit d’une logique de l’hétéronomie. *Le danger réside précisément dans le fait que celle-ci, dans son ultime déploiement, risque de nier totalement l’existence de l’individu.* (2018, p. 161, grifo nosso)

Aqui, mais uma vez, podemos invocar a filosofia de Giorgio Agamben para promover uma compreensão mais fundamental do fenômeno. Esse perigo descrito por Melkevik, de que o indivíduo pode ser totalmente negado pelas forças da heteronomia, é, com efeito, um paralelo bem traçado da relação estrutural que tem o *homo sacer* e o poder soberano como extremos. Porém, aqui, é possível ir mais além. Baseando-se nesses conceitos, Agamben demonstra que, no processo

de construção da modernidade, o controle da *vida* por meio do poder soberano chegou a níveis tais que não é mais possível compreender a política sem que se ponha a tomada de decisões sobre a vida, a vida nua, biológica, ζωή, como seu elemento central.

O filósofo italiano explica que “la semplice vita naturale è, però, esclusa, nel mondo classico, dalla *pólis* in senso proprio e resta saldamente confinata, come mera vita riproduttiva, nell’ambito del *oĩkos*” (2018a, p. 21). A ζωή, então, teria como lugar a casa, o οĩκος [oĩkos], a dimensão estritamente privada, apolítica; a cidade, πόλις [pólis], por sua vez, enquanto dimensão pública, política, seria o lugar da βίος. Agamben nos conta, então, que, para que a ζωή se tornasse pedra fundamental da política no paradigma contemporâneo, foi necessário que ela deixasse a privacidade do οĩκος para adentrar a πόλις, fazendo com que as decisões sobre a vida passassem a ser decisões *políticas*.

Para demonstrar como a vida nua saiu do οĩκος e ingressou na πόλις, o filósofo italiano volta às primeiras declarações de direitos do estado moderno. Ele argumenta que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao conferir a toda pessoa direitos sagrados e inalienáveis pela condição única de ser humano, inscreve a vida nua definitivamente no cerne do político, tornando indistintas as ideias de ζωή e βίος. É com base nessa concepção que se torna possível compreender toda a política no paradigma contemporâneo — e é por esta razão que a filosofia política agambeniana se filia ao que se convencionou chamar, por iniciativa primeira de Michel Foucault, de *biopolítica*.

Quando se inscreve a vida nua no político, conferindo ao cidadão o status de *soberano* — ou de *membre du souverain*, “membro do soberano”, na expressão do abade Emmanuel Joseph Sieyès —, ao mesmo tempo se sujeita ele ao poder soberano do estado de cuja soberania tem parte. É, com efeito, uma ambiguidade que converte a pessoa, ao mesmo tempo, em soberana e em sujeito de soberania, em sujeito de direitos sob um estado capaz de decidir por sua vida. Para Agamben, esta é uma característica indelével da sociedade.

É essa ambiguidade, também, que torna possível compreender que entre o estado de direito e o estado de exceção não existe uma

dicotomia — e aqui insistimos que “dicotomia” não significa uma mera diferenciação estrutural ou conceitual, mas uma contraposição frontal e insanável —, mas uma *contiguidade*. O filósofo italiano demonstra que, em que pese a *Déclaration* confira direitos com a condição única de *humanidade* — a ideia de dignidade humana como direito a ter direitos —, o que se observa é que esses direitos, na verdade, só são garantidos se seu sujeito for, ao mesmo tempo, *cidadão*; ou seja, soberano e sujeito-objeto de soberania de um estado (2018a, p. 117). Para usar um exemplo que demonstra isso de forma muito clara, Agamben argumenta que essa relação estreita entre *nascimento* e *nação* — uma relação, inclusive, etimológica — se revela particularmente problemática quando se observa a questão dos refugiados:

Se i rifugiati (il cui numero non ha mai cessato di crescere nel nostro secolo, fino a includere oggi una parte non transcurabile dell’umanità) rappresentano, nell’ordinamento dello Stato-nazione moderno, un elemento così inquietante, è innanzitutto perchè, spezzando la continuità fra uomo e cittadino, fra *natività* e *nazionalità*, essi metono in crisi la finzione originaria della sovranità moderna. Esibendo alla luce lo scarto fra nascita e nazione, il rifugiato fa apparire per un attimo sulla scena politica quella nuda vida che ne costituisce il segreto presuposto.

É dizer, então, que as aparentes dicotomias entre estado de direito e estado de exceção e entre ζωή e βίος se rompem por completo se compreendemos a política atual como *biopolítica*, no centro da qual está a vida nua. E, mais uma vez, ousamos acrescentar: como já havíamos mencionado brevemente, também entre os conceitos de *autonomia* e *heteronomia*, como descritos por Bjarne Melkevik, não existe uma real dicotomia, mas uma *contiguidade*. Como já argumentamos anteriormente, seguindo o pensamento de Lenio Streck, o paradigma contemporâneo já não comporta algumas dicotomias falidas, pois elas não são mais capazes de explicar o mundo e de permitir a propositura de melhorias a ele.



Parece, então, que a recusa da autonomia individual em favor de uma *promessa* de segurança, que Melkevik identifica como sendo um dos planos de concretização da vulnerabilidade, tem como seu exemplo máximo a filiação do indivíduo ao estado-nação moderno. É por meio dela que o homem, transferindo para o estado uma parcela de sua autonomia, torna-se, ao mesmo tempo, sujeito de direitos e objeto de um poder soberano que, por ser exercido por um terceiro — que Alain Supiot (2005) define como um “terceiro garante” dos direitos —, não é outra coisa senão a própria ideia de heteronomia.

O que Supiot não identifica, pois seu método não detecta a relação de *contiguidade* entre autonomia e heteronomia, entre estado de direito e estado de exceção, é que esse mandato conferido ao estado pelo cidadão, pelo indivíduo sujeito de direitos, pode converter-se num cheque em branco que dá ao mandatário, o agente estatal, o poder de agir conforme sua *consciência* (STRECK, 2016), sem se limitar pelo direito ou por algo que o valha. Essa compreensão é perigosa, pois é incapaz de perceber as nuances da heteronomia que subsiste no estado de direito e na democracia, de modo que entendemos não mais ser adequada ao paradigma contemporâneo.

### **3.3 A “Fraqueza da Vontade” e a Contribuição da Filosofia Clássica, da Psicologia Comportamental e da Economia Comportamental**

O terceiro e último plano em que se manifesta a vulnerabilidade do sujeito no plano de sua autonomia é o que Bjarne Melkevik define como “fraqueza da vontade”. O jurista canadense explica que existe uma separação marcante entre autonomia teórica e autonomia prática: “[l]a tentation, le désir, le « mal », etc., nous rendent vulnérables au point de nous faire souvent commettre des actes qui ne correspondent en rien à notre « autonomie » théorique” (MELKEVIK, 2018, p. 162). Essa autonomia teórica seria então aquela formada dos guias “normativos” que nos são dados para que possamos orientar nossos julgamentos e nossas decisões, ou, em suma, como diz o autor, para orientar nossa vida. Contudo, essa autonomia teórica, na prática, é

limitada pelo fato, constatado por uma miríade de pensadores de todas as épocas, de que nem sempre nossas decisões são completamente pautadas pela razão.

Com efeito, essa questão não é algo novo na filosofia: Platão já discutia essa questão. Em *Protágoras* (1957), um diálogo entre Sócrates, Protágoras e outros interlocutores acerca da natureza da virtude, Sócrates se questiona se seria possível que alguém, julgando uma ação como a melhor, poderia adotar outra que com ela conflitasse. A conclusão a que o grego chega é a de que ninguém poderia agir contra sua própria razão, argumentando: “I am fairly sure of this—that none of the wise men considers that anybody ever willingly errs or willingly does base and evil deeds” (p. 205, 207). Para Sócrates, então, toda ação que fosse de encontro àquilo que o agente considerasse “o melhor” deveria ser, necessariamente, involuntária. Com isso, ele refutava a ideia de “fraqueza da vontade” descrita por Melkevik.

Aristóteles, por outro lado, tinha uma posição diferente. Em *Ética a Nicômaco* (na edição consultada, *Nicomachean Ethics* [2000]), o sábio de Estagira faz uma diferenciação entre as ações baseadas em crenças e aquelas pautadas por apetites, estas últimas podendo ir de encontro à razão. Para isso, seguindo sua percepção metafísica do mundo, ele argumenta que há crenças universais e outras baseadas na percepção, no estar-no-mundo. Assim, quando a crença universal e a particular convergem, o espírito deve afirmar a conclusão e imediatamente agir. No entanto, quando essas duas crenças divergem, a crença pode dar lugar ao apetite, e a pessoa pode, com isso, agir de forma incontinente (p. 124).

O filósofo dá o seguinte exemplo: imagine-se uma pessoa que tem a crença universal de que tudo que é doce deve ser degustado, que, num caso concreto, se subsume à crença particular de que alguma coisa é doce. Essas duas crenças convergentes, que permitem esse processo de subsunção, fazem com que o agente tome a decisão imediata de degustar a coisa doce. No entanto, quando a crença universal dessa pessoa é a de evitar a degustação e sua crença particular é a de que as coisas doces são prazerosas, e o apetite está nela presente, é este

último que move sua ação, pois é ele que move as partes corpóreas, imersas no mundo do particular (p. 124). A conclusão de Aristóteles, então, é a seguinte:

So it happens that reason and belief in a way make him act incontinently; and the belief is not in itself contrary to correct reason, but only incidentally so, since it is appetite, not belief, that is contrary. So this is also why animals are not incontinent, because they have no universal supposition, but only mental imagery and memory of particulars. (ARISTÓTELES, 2000, p. 124)

Os gregos chamavam essa “incontinência”, que faz com que o agente tenha julgamentos baseados em motivos externos à razão, de ἀκρασία [akrasía], literalmente “falta de controle” ou “falta de comando”. Em português, esse termo é a origem etimológica de “acracia”, que a medicina define como uma falta de forças e a ciência política como um sistema que nega obediência a qualquer autoridade (assim como democracia confere essa autoridade ao povo [em grego, δῆμος {dêmos}]). Podemos identificar na ἀκρασία grega, então, a raiz da “fraqueza de vontade” descrita por Bjarne Melkevik.

Dando um salto de dois milênios, podemos observar que no século XX essa questão está longe de ser algo pacífico: a questão da racionalidade humana no processo de tomada de decisões ainda hoje, em 2019, faz debate nos campos da economia e da psicologia. A economia clássica, cujo marco inicial costuma ser identificado com *A Riqueza das Nações* (*The Wealth of Nations* na edição consultada [1977]) — uma obra publicada no mesmo ano da Revolução Americana, 1776 — tem como uma de suas premissas fundamentais a ideia de que os seres humanos fazem trocas racionais visando a maximização de sua utilidade, um conceito que, na ciência econômica, se correlaciona com a ideia de felicidade ou de bem-estar. Essa concepção, de que é a racionalidade humana que gira a economia, costuma ser sintetizada no conceito de *homo economicus* — ou, como o vencedor do Nobel de

Economia Richard Thaler prefere chamar, Econ (2015) —, o homem ideal que age sempre com base na razão.

Quase duzentos anos depois d'A Riqueza das Nações, dois psicólogos israelenses, Amos Tversky e Daniel Kahneman (primeiro psicólogo a ganhar o Nobel de Economia, em 2002), publicaram em 1974 na revista *Science* o artigo “Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases”, em que demonstravam, ancorados em uma consistente pesquisa empírica, que, em determinadas circunstâncias, os seres humanos, na tomada de decisões, se utilizam não da razão, mas de outros fatores que, ainda que inconscientemente, os levam a deixar de escolher a melhor opção. No artigo, Tversky e Kahneman identificam esses fatores como heurísticas e vieses.

Eduardo José da Fonseca Costa, em seu *Precisamos levar a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre economia, direito e psicologia* (2017), explica que as heurísticas são “formas disfuncionais de processar a informação, as quais afetam o raciocínio lógico-abstrato e que acontecem de forma previsível em circunstâncias particulares em todos os países e culturas” (p. 57). São, portanto, “erros sistemáticos na opinião de pessoas normais, que ocorrem no projeto do mecanismo cognitivo” (p. 29). Esses erros sistemáticos são chamados pelos autores de *cognitive biases*, ou vieses cognitivos. Costa lista diversos desses vieses em seu livro, demonstrando que as pessoas – todas as pessoas – estão sujeitas a sucumbir a essa irracionalidade.

A psicologia comportamental explica por que isso acontece. O psicólogo comportamental americano (e cientista político, e economista, e Nobel de Economia de 1978) Herbert Simon, em seu pioneiro livro *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations* (1997), argumenta, refutando diretamente a premissa da economia clássica, que o ser humano não possui uma racionalidade que sempre busca a maximização da utilidade. Para Simon, o que ocorre na prática é que, em diversas circunstâncias, fatores externos e internos podem afetar o processo de tomada de decisão, levando o agente a escolher uma opção subótima. O paradigma econômico clássico, denuncia Simon, se equivoca ao construir toda

sua teoria sobre a premissa de que o homem pode ser considerado um *homo economicus*, capaz de sempre, em qualquer circunstância, escolher a opção que lhe ofereça os ganhos mais maximizados. Simon, então, comprova, também por meio de uma abordagem empírica, que o *homo economicus* não passa de uma ficção de economistas: na realidade, todos possuímos o que chama de *bounded rationality*, uma racionalidade limitada. É dizer, todos têm “limits on their knowledge and computational capabilities”, que afetam o processo de tomada de decisão (p. 20). O novo paradigma que exsurtiu dessas constatações passou a ser chamado de economia comportamental.

O economista Richard Thaler, que mencionamos um pouco acima, publicou em 2015 o livro *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*, em que conta, com invejáveis coloquialidade, elegância e concisão, as bases sobre as quais se estabeleceu a economia comportamental, e como ela pode contribuir para que as pessoas tomem decisões melhores. Na obra, Thaler usa para definir essas tomadas de decisão subótimas o termo “misbehaving”, que na tradução brasileira virou “comportamentos inadequados”. (Embora tecnicamente correto, o tradutor perde o bom-humor que marca as obras de Richard Thaler; melhor seria se se traduzisse o termo como “mau comportamento” ou, melhor ainda, “malcriação”). O economista americano conta a evolução dos conceitos econômicos do *homo economicus* à *bounded rationality*, sempre com o cuidado de utilizar uma linguagem simples e acessível. Thaler argumenta:

For four decades, since my time as a graduate student, I have been preoccupied by these kinds of stories about the myriad ways in which people depart from the fictional creatures that populate economic models. It has never been my point to say that there is something wrong with people; we are all just human beings—*homo sapiens*. Rather, the problem is with the model being used by economists, a model that replaces *homo sapiens* with a fictional creature called *homo economicus*, which I like to call an Econ for short. Compared to this fiction-

al world of Econs, Humans do a lot of misbehaving, and that means that economic models make a lot of bad predictions, predictions that can have much more serious consequences than upsetting a group of students. Virtually no economists saw the financial crisis of 2007–08 coming, and worse, many thought that both the crash and its aftermath were things that simply could not happen. (2015, p. 21)

Ou seja: para Thaler, só o fato de termos inseguranças e interpretações irrealistas do mundo já seria suficiente para demonstrar a nossa racionalidade limitada, o que deve necessariamente ser considerado para que possamos compreender o mundo de forma mais eficiente, evitando erros de análise como o que ocorreu em 2008. Minerando dados empíricos áridos em busca de respostas para os problemas de nossa razão imperfeita, Richard Thaler já encarava a questão da racionalidade limitada em 1994, quando lançou seu *Quasi Rational Economics*. Nesse livro, já defendia a importância da utilização das mais avançadas ferramentas tecnológicas para dar às ciências sociais o influxo interdisciplinar dos achados empíricos. Essa permanece até hoje a tônica de seu trabalho.

Vários pontos da análise acerca da ἀκρασία da filosofia clássica ou da *bounded rationality* da psicologia e da economia comportamentais possuem, mais uma vez, correlações muitíssimo estreitas com o que Bjarne Melkevik identifica como “fraqueza da vontade”. Primeiro, na identificação, feita por autores como Richard Thaler, da necessidade de apropriação dos influxos interdisciplinares para compreender o mundo contemporâneo, algo que já havíamos identificado com base no pensamento de Melkevik. Segundo, na constatação de que são reais a ἀκρασία e a *bounded rationality*, que nos leva à tomada de decisões irracionais. O que isso revela é que é correta a constatação do jusfilósofo canadense de que há uma sensível clivagem entre a autonomia teórica e a prática, o que faz com que, ao sucumbir a essa “fraqueza da vontade”, nos vemos dotados de uma vulnerabilidade que nos converte em “« objet » soumis à différentes formes d’irrationalité” (2018, p. 162).

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: ILUMINANDO O CORAÇÃO DAS TREVAS

Em *Heart of Darkness* (*O Coração das Trevas* ou *No Coração das Trevas* nas edições brasileiras [2006]), novela publicada em 1899 pelo escritor britânico de origem polonesa Joseph Conrad, o narrador e protagonista Charles Marlow conta a seus colegas marinheiros a história de quando foi capitão de um barco a vapor em uma jornada ao coração da África, a serviço de uma companhia de comércio de marfim. Note-se a data: no final do século XIX, a África se encontrava completamente dominada pelas forças do imperialismo europeu. Em sua viagem, Marlow testemunha o mundo “selvagem”, em que nenhuma noção de moral ou de legalidade imperava, um lugar obscuro em que, sem as amarras da normatividade etnocêntrica, se perpetuava de forma ilimitada a dominação do homem sobre o homem.

Na África, Marlow ouve falar a respeito de um tal Sr. Kurtz, o comandante de um dos entrepostos do comércio de marfim, que, segundo lhe diziam, se encontrava doente em sua base no interior do continente, o que estaria prejudicando os negócios da companhia. Marlow, então, deveria navegar rio acima para resgatá-lo. Todas as pessoas lhe contam sobre como Kurtz era excepcional: um grande negociador, considerado um semideus pelas tribos locais, exímio líder, artista nato, emissário da misericórdia, da ciência e do progresso.

Contudo, ao chegar até a estação onde se encontrava Kurtz, Marlow descobre, em volta da cabana do prestigiado negociante, diversos mastros em cujos topos eram exibidas cabeças decepadas de nativos. O relatório escrito por Kurtz para seus superiores europeus estava acrescido de um post-scriptum em que se lia “exterminate all the brutes”: exterminem todos os brutos. O sr. Kurtz, que tinha como missão levar a civilização ao coração da África, havia se tornado, ele mesmo, a personificação da barbárie.

A obscuridade e a ambiguidade que Conrad imprime em *Heart of Darkness*, longe de ser um demérito, são um trunfo literário que fez com que, como reconhece o grande crítico literário Harold Bloom

(2008), a obra se tornasse uma das mais debatidas de todo o cânone ocidental. A própria figura-título do “coração das trevas” é símbolo da natureza polissêmica da obra: ao mesmo tempo em que descreve um lugar real — o coração da África, um lugar visto pelo olhar neocolonial como de obscuridade e trevas —, pode representar também o lugar figurativo existente no interior das consciências humanas onde o bem e o mal perdem seus marcos limítrofes. Nesse sentido, o coração das trevas seria a própria representação da contiguidade entre o bom e o mau, entre a civilização e a barbárie, entre o estado de direito e o de exceção, entre a autonomia e a heteronomia.

A novela, quando interpretada à luz das digressões que fizemos acerca da vulnerabilidade, da autonomia e da heteronomia, pode representar uma grande metáfora dessa discussão. Primeiro, num sentido mais denotativo: parece muito evidente que o imperialismo europeu do século XIX, que pôs sob seu jugo todo um continente de incontáveis nações, negando-lhe toda possibilidade de autonomia e exercendo sobre ele um implacável poder heteronômico, é uma das mais claras pontes entre *Heart of Darkness* e este capítulo. Mas há, em segundo lugar, um sentido conotativo, metafórico, que guarda com a discussão aqui travada uma aterradora similaridade.

Trata-se do coração das trevas como esse lugar figurativo, talvez situado no interior da consciência humana, que, longe de possuir uma racionalidade infinita, é capaz, potencialmente, das maiores atrocidades. É essa ideia, tão bem representada por Hannah Arendt quando discorre acerca da “banalidade do mal” †(2006), que revela que não é mais possível compreender o mundo por meio de dicotomias falidas (como prega Lenio Streck) entre o bem e o mal, o estado de direito e o de exceção, a civilização e a barbárie, a autonomia e a heteronomia. O coração das trevas, então, é o lugar onde essa potência do mal - da barbárie, da exceção, da vulnerabilidade, da heteronomia — se concretiza. Os três planos em que se realiza a vulnerabilidade potencial do indivíduo, descritos por Melkevik, então, podem ser, nesse contexto, sintetizados pelo próprio coração das trevas enquanto metáfora. É nesse sentido que empregamos essa expressão no título deste capítulo.



Nossa missão, então, seja enquanto acadêmicos, seja como indivíduos sujeitos de direitos, então, é a de identificar, sempre e constantemente — como na constante e reiterada *Seinsfrage* heideggeriana —, como e onde se perpetuam a vulnerabilidade e a heteronomia — em suma, é nossa tarefa iluminar o coração das trevas. É apenas assim que seremos capazes de navegar em segurança — como o marinheiro Marlow — em meio às águas revoltas do que Zygmunt Baumann chamou de modernidade líquida (2001), através das marés da vulnerabilidade e sobre as ondas da heteronomia, para garantir os direitos do indivíduo, driblando o perigo da desorientação e a possibilidade do naufrágio, em direção ao farol inapagável da justiça — que, nos conta a antiga Mishná judaica, nos traz, por meio da verdade, a paz.

Todos a bordo!

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Che cos'è il conteporaneo?** Milano: Nottetempo, 2008a.

\_\_\_\_\_. **Homo sacer: poder soberano e nuda vita.** In: \_\_\_\_\_. *Homo sacer* : edizione integrale. Macerata: Quodlibet, 2018a.

\_\_\_\_\_. **Iustitium:** stato di eccezione. In: \_\_\_\_\_. *Homo sacer* : edizione integrale. Macerata: Quodlibet, 2018b.

\_\_\_\_\_. **Signatura Rerum:** sul metodo. Torino: Bollati Boringhieri, 2008b.

ARENDT, Hannah. **Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil.** Londres: Penguin Classics, 2006.

ARISTÓTELES. **Metaphysics.** Canton: NuVision Publications, 2005.

\_\_\_\_\_. **Nicomachean Ethics.** Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. **On Sophistical Refutations; On coming-to-be and Passing Away; On the Cosmos.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1955.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência.** Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **A reinvenção da política**: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.

BLOOM, Harold. **Joseph Conrad's Heart of Darkness**. Nova York: Infobase Publishing, 2008.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2009.

CONRAD, Joseph. **Heart of Darkness and other stories**. Londres: Collector's Library, 2006.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 7. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: vol. I: Heidegger em retrospectiva. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica em retrospectiva**: vol. II: a virada hermenêutica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método**: vol. 1. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GUIMARÃES PIRES, Pedro André; SPOSATO, Karyna Batista. O convencimento dos juízes é mesmo livre? Um ensaio sobre a necessidade de identificação de um verdadeiro sistema de garantias processuais. In: **Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, Goiânia, v. 5, n. 1, 2019.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Campinas: Editora da Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2012.

KANT, Immanuel. **Critique of Judgement**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. **Critique of Practical Reason**. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2015.

\_\_\_\_\_. **Critique of Pure Reason**. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2000.

- MAIMÔNIDES. Commentary on the Mishnah. In: FINKEL, Avraham Yaakov. **The Essential Maimonides**: Translations of the Rambam. Northvale; Londres: Jason Aronson, 1996.
- MELKEVIK, Bjarne. Vulnérabilité, droit et autonomie: un essai sur le sujet de droit. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 72, p. 153-186, jan.-jun. 2018.
- PLATÃO. Protagoras. In: Latches, Protagoras, Meno, Eurythdemus. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press; Londres: William Heinemann Ltd., 1952.
- PIAGET, Jean. **The Moral Judgment of the Child**. Glencoe: The Free Press, 1948.
- SIMON, Herbert A. **Administrative Behavior**. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations. New York: The Free Press, 1997.
- SMITH, Adam. The Wealth of Nations: An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Chicago: University of Chicago Press, 1977.
- STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Precisamos falar sobre direito e moral**: Os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant Lo Branch, 2019.
- \_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: Essai sur la fonction anthropologique du Droit. Paris: Éditions du Seuil, 2005.
- THALER, Richard H. **Misbehaving**: The Making of Behavioral Economics. New York: W. W. Norton, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Quasi Rational Economics**. New York: Russel Sage Foundation, 1991.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. In: **Science**. Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), p. 1124-1131.
- WEDIN, Michael V. **Aristotle's Theory of Substance**: The Categories and Metaphysics Zeta. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. **Behavioral Law and Economics**. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlo Maria. **La exigencia de justicia**. Madri: Editorial Trotta, 2006.



# PRECISAMOS CONVERSAR SOBRE MEDALHÕES: UM ENSAIO WARATIANO SOBRE O CONHECIMENTO NO DIREITO

## **PEDRO ANDRÉ GUIMARÃES PIRES**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Possui, ainda, Certificat d'études politiques pelo Institut d'Études Politiques de Lyon (Sciences Po Lyon). Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e Processual Civil do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). Professor de Direito e Arte da Faculdade de Direito 8 de Julho.

## **1 PARA COMEÇO DE CONVERSA: A APARIÇÃO DE WARAT**

Acho que não estamos com sono, vamos conversar um pouco. Não fique com dengue. Vamos falar como dois amigos nada sérios. Largue o celular, vou lhe dizer coisas comezinhas. Se sente aí, vamos conversar. Você sabe tão bem quanto eu como tem feito falta uma conversa daquelas longas e desinteressadas, que vai se desenrolando a esmo, um assunto puxando outro, as ideias contracenando sem roteiro pronto, as vozes se contradizendo e se complementando com aquela eloquência que só a certeza do ouvinte desarmado proporciona. A gente bem sabe que o que estudamos e produzimos na academia, a pretexto de “rigor científico”, na maior parte do tempo se parece com qualquer coisa, menos com uma conversa. O “debate acadêmico” sempre acontece cheio de protocolos, falas cronometradas, “homenagens de estilo”, lições, longos monólogos... Para a “escrita acadêmica”, somos ensinados que usar a primeira pessoa é basicamente um pecado contra a “objetividade da ciência”. Nossa prosa deve se esforçar ao máximo para parecer que não tem autor — afinal, estamos ali *demonstrando verdades científicas*.

Desde que entrei calouro nesta mesma universidade, ainda relativamente incapaz para os atos da vida civil, carrego a intuição de que essa linguagem que usamos para entender o direito, empregada da

forma que é, não dá conta de captar toda a complexidade e a sutileza da realidade que essa “ciência jurídica” se propõe a regular. Nos primeiros períodos, eu e meus colegas, todos recém-saídos da máquina de moer cérebros do ensino médio privado (ainda não havia cotas...), fomos jogados num novo mundo onde passamos a estudar filosofia, sociologia, ciência política, economia, em disciplinas de diferentes departamentos da universidade pública. Direito, direito mesmo, só na disciplina de introdução ao estudo do direito, a famosa IED (em Sergipe, pronunciamos “iédi”). Muitos colegas, ávidos por andar pelo campus com seu vade mecum de um quilo, viam aquele primeiro ano como uma quarentena, um estágio probatório, uma quaresma a ser encarada com resignação antes da parte boa, quando *finalmente* iríamos estudar, em minúcias, os diferentes títulos de crédito ou as modalidades de licitação.

Pois eu achava o máximo. Esse primeiro contato com o mundo propriamente “acadêmico”, em que realmente líamos os autores que apareciam como uma linha do livro de história para o vestibular, me causou uma ótima primeira impressão. Tive a sorte de, já de cara, estudar IED com Andréa Depieri, uma experiência que ainda hoje está muito presente no meu jeito de pensar o direito. Na primeira prova da matéria, depois de estudarmos as principais escolas de pensamento jurídico da modernidade, Andréa chegou, pediu para todo mundo pegar uma folha de caderno e responder a uma questão, que escreveu no quadro: “*direito é...? (40 linhas)*”. Essa liberdade, esse convite ao raciocínio, essa sedução da razão, essa postura de perguntar ao estudante o que ele pensa e realmente ouvir, para pensar junto com ele, tudo isso me inspirou e ainda inspira como aprendiz e como professor. E não são o professor e o aprendiz a mesma coisa, no final das contas?

A virada dogmática do segundo ano para mim foi brutal. Parecia que eu tinha entrado em outro curso, e que aquele conhecimento que apenas começamos a construir no ano anterior não valia muito mais que cultura geral. Achava chatíssima a maior parte das matérias, ou pelo menos o jeito como a gente as estudava, naquelas aulas modorrentas em que a única leitura era a dos artigos de lei, um por um,

na ordem do código — você também deve ter tido várias dessas. (Na minha época, a experiência beirava o insalubre: as salas nem tinham ar-condicionado.) Às vezes tínhamos a sorte de um professor com a sensibilidade de ir além desse esquema, que conseguia nas aulas nos fazer *entender a racionalidade* por trás daquela casca dogmática. Mas isso era às vezes — a gente sabe que a norma, na faculdade de direito, é ensinar a partir da norma. A norma é a norma é a norma. *Dura lex, sed lex*. Ou então a partir com o que algum medalhão já falou sobre a lei. As tais das “escorreitas lições”, honorífico bacharelesco que nas petições de hoje em dia se confere até a ementa de acórdão de turma recursal sobre dano moral. Por atraso de voo. O tal do precedente, que no Brasil quer dizer qualquer coisa decidida antes. A institucionalização do “*não sei, só sei que foi assim*” do Xicó de Ariano Suassuna. *But I digress*.

Acabei fazendo todo esse rodeio, mas não foi sem causa. É dessas coisas que eu quero falar com você hoje. Nesses últimos meses, do jeito que deu com todas as limitações dos encontros virtuais (pois estamos em janeiro de 2021, e a pandemia de covid está longe de acabar), conversamos um bocado sobre direito e literatura, direito na literatura, direito como literatura, literatura no direito. Acho que precisava estudar isso, no final do meu mestrado, para confirmar essas intuições que eu sinto desde que comecei a lidar com o direito, mas que não tinha voz ou palavras para expressar. Talvez ainda não tenha. Mas hoje acho que consigo ver com alguma clareza que o direito, em última análise, depende de uma sensibilidade estética capaz de conceber, e, concebendo, criar toda uma realidade imaginária, estruturada sobre nenhuma outra coisa senão *metáforas*. Sim, metáforas! Basta se despir dos preconceitos (uso a palavra sem nenhuma conotação moral, só epistêmica), desligar do ritmo automático que somos condicionados a reproduzir e se deixar perceber, sentir, essa dimensão mais estética da realidade.

Já adianto que isso não é só delírio da minha mente quarentenada, porque pelo menos *nessa* não estou sozinho: muita gente muito mais capaz que eu já falou sobre isso. Nos últimos dois anos li muita

coisa que confirmava intuições, depois desconfirmava, depois confirmava mais ou menos; ficava uns meses ali na estante, decantando como um bom *cabernet* de Mendoza, até aquele momento exato, àquela hora H do dia D, em que alguma coisa acontece e o pensamento todo se organiza como linguagem e consegue se expressar no meu texto. Tenho uma tendência quase irresistível a deixar as ideias dos autores que leio interagirem longamente com as minhas na minha mente, até achar que essa interação gerou um raciocínio que eu consiga recompor em palavras de modo *expressivo*. Acho que tudo o que li de um jeito ou de outro molda meu jeito de pensar, ou de expressar pelo pensamento e pela palavra o que sinto ou intuo. O jeito mais típico é assimilar de cada texto ou autor algo de fragmentado, uma ideia, um conceito, um tipo ideal, mas é muito inusual, pelo menos para mim, me identificar com *todo* o pensamento ou a teoria de um autor a ponto de adotá-lo sem reservas como *o meu* “marco teórico”. Muito porque creio que tenho um temperamento filosófico, diria, pragmatista, meio cético pirrônico, que não vê muito sentido ou utilidade em verdades absolutas. Posso dizer sinceramente, então, que, assim como a prova de Andréa Depieri nos meus tempos de calouro, é um grande *evento* na minha vida acadêmica o momento quando, de repente — não mais que de repente —, em meio a todos esses fragmentos de leituras, dos diferentes marcos teóricos, de trás dos textos sobre retórica, semiótica, hermenêutica e filosofias várias, me aparece *ele*.

Mescla rara de penúltimo mendigo e de primeiro viajante clandestino com destino a Vênus, como no tango de Piazzolla; falante de um *portuñol* temperado por uma simpática melodia rio-platense, uma cadência que nos vem assim, meio dançando e meio voando; acorde dissonante e sincopado que transforma a marcha quase fúnebre do nosso fazer jurídico numa canção de jazz; amálgama mutante de todas essas coisas e muitas outras inomináveis, mas que, nesse nosso plano comum da experiência mais prosaica, foi conhecido pelo nome de Luís Alberto Warat. Você ri? Parece que estou querendo fazer graça, mas deixe eu lhe falar mais do que aprendi com essa criatura fantástica, que teve a audácia de mostrar os grandes



*medalhões*, que o pessoal do direito venera tanto, se a gente olhar bem, não são muito mais que pedaços de lata que alguém, um dia (provavelmente há muito tempo) disse que era valioso, e as pessoas compraram a ideia. Mas calma, eu já vou explicar que história é essa — tem tudo a ver com nossa conversa.

Se não ficou claro pelo meu arremedo de descrição poética, Warat era argentino, mas seus caminhos de andarilho errante o trouxeram ao Brasil. Ele começou a carreira acadêmica na faculdade de direito da Universidade de Buenos Aires. Quem conta bem a história é Leonel Severo Rocha (2012), que foi seu amigo, colaborador e interlocutor privilegiadíssimo. Diz que Warat, no doutorado na UBA, pesquisou, veja só, o normativismo de Kelsen, orientado por dois professores daqueles à moda arcaica, rigorosos, formalistas, autoritários, daquelas aulas magistrais intermináveis em que aluno nenhum ousa dar um pio, todos tementes ao pecado de profanar aquele sacrossanto culto do saber. “Muito esnobes” pra Warat.

Suspeito que essa experiência tenha sido seminal para o temperamento filosófico e estético que ele imprimiu em seus escritos posteriormente. Sua atenção se voltou para a necessidade de propor uma crítica firme a toda essa racionalidade, ou melhor, a toda essa *mentalidade* — pois há mais que razão na mente —, essa de que estamos falando, que concebe o direito como um saber pronto, como uma ciência quase que natural, feita de regras que se impõem como verdades ontológicas, ou, quando muito, de princípios que se operam com recurso a proporcionalidades geometrizes, nas quais se tenta espremer numa fórmula todo o indizível que há no que se diz justo. A justiça tornada lógica, pura metodologia de si mesma. Para Warat, que disse o que eu gostaria de ter dito, como se falasse para mim, essa visão dominante sobre o direito — no sentido de dominação mesmo — é ilusória, insuficiente, e incapaz de nos mostrar um direito mais justo, que soe ressonante e harmonioso não só consigo mesmo, mas com a *realidade* da experiência: social, intersubjetiva, humana, com todas as sutilezas que se escondem das palavras nos meandros do poder e do desejo.

Perceba: Warat nos convida a, no direito, lançar um olhar curioso sobre o que há de *imaginário* na realidade jurídica. Primeiro, num sentido mais trivial, substantivo, que se ocupa daquilo que compõe o imaginário do jurista. Ora, como é que pensamos no direito, como o visualizamos, como o *sentimos*? Temos lá nossas imagens comuns, que de tão marteladas já estão cravadas fundo em nosso ideário, e já são, para nós, uma *segunda natureza*. A *pirâmide* de Kelsen, o *romance em cadeia* de Dworkin, a *proporcionalidade* de Alexy, o direito *tridimensional* de Reale... Mas esse primeiro sentido de imaginário, que concebemos com facilidade, deriva de um outro, adjetivo, que até conseguimos conceber, se adotamos um temperamento mais meditativo sobre o que é real no direito. E o que é real no direito, senão o *imaginário*? Uma realidade imaginada coletivamente, por meio da linguagem, de uma linguagem na qual a denotação surge da conotação. E o que é inventar realidades conotativas por meio da linguagem, senão fazer *poesia*?

Acho que já deu para ver, ou pelo menos entrever, aonde eu quero chegar. Talvez o entrever seja até melhor que o ver — afinal isto é uma conversa entre amigos, não uma aula; me interessa mais fazer você *sentir* a proposta de Warat para pensar o direito, e, sentindo, perceber o sentido que se esgueira pelas entrelinhas, ou entrealíneas, entreincisos e entreartigos. Pode me passar essa sua taça vazia — *in vino veritas* — e vamos tentar construir esse sentido no *entre-nós*.

## 2 ENTRE IDEIAS E MEDALHÕES

A filosofia de Warat se estrutura sobre uma crítica à própria epistemologia do direito, à forma como, nesse meio, se constrói *conhecimento*. Essa é uma palavra que parece ter um sentido já dado, autoevidente, mas que na filosofia do conhecimento é basicamente o problema central. Quem *conhece*, quem *sabe*, o faz sempre com a *crença* de que sabe — ou seja, de que aquilo que se crê é aquilo que se *é*. Mas como se constrói essa ponte entre a crença e a *verdade do real*? Platão já formulava esse problema em seus diálogos. No *Teeteto*,

o personagem-título é questionado por Sócrates sobre a natureza do conhecimento. Nas idas e vindas da maiêutica socrática — do grego *μαιευτική* (*maieutiké*), literalmente a arte das parteiras, da atual obstetrícia, que ajuda a trazer as ideias à luz —, Teeteto, seduzido a pensar por si mesmo, palpita que o conhecimento é a crença *verdadeira*. Sócrates, então, levanta uma objeção, ressaltando que há uma profissão que contradiz o palpite: “a desses modelos de sabedoria aos quais se dá o nome de oradores e advogados”.

Sócrates, o obstetra de ideias, objeta que nós, juristas, fazemos as pessoas crer no que queiramos, pela força do discurso, da retórica, sem que nisso haja um necessário compromisso com a verdade. “Ou por acaso tu julgas que há mestres tão habilidosos que, no pouco tempo concedido pela clepsidra [*espécie de relógio de água que marcava o tempo dos discursos nos tribunais*], são capazes de ensinar a verdade acerca de um roubo ou qualquer outro crime a ouvintes que não foram testemunhas do crime?” — a objeção é contundente. Crença verdadeira e conhecimento não podem, nesse sentido, ser a mesma coisa. Daí é que Sócrates faz Teeteto chegar, ele mesmo, à conclusão de que a crença verdadeira só é verdadeira quando *justificada*. Se a crença verdadeira carrega uma justificação válida, é conhecimento; se não, não é. Aqui preciso fazer uma pausa para a gente não ficar perdido na tradução — ainda tem vinho nessa garrafa que está no gelo? A palavra *justificação* é a tradução consagrada para o que, em Platão, está escrito como *λόγος* (*lógos*), uma palavra que você certamente já ouviu e sobre a qual tem até uma impressão. E qual é o problema dessa tradução?

Problema, problema, não tem nenhum. A questão é que o grego — principalmente o clássico, porque, ora, é muito antigo — tem um léxico muito polissêmico em relação à linguagem de hoje em dia, o que faz com que muitas palavras tenham um feixe de significados múltiplos mas aparentados, cuja genealogia pode nos fazer entender melhor o que os conceitos que hoje usamos para entender o mundo puxaram dos vocábulos que são seus ancestrais. Imagine: os gregos antigos tinham que dizer tudo só com as palavras que já existiam. Costuma acontecer, então, que muitos sentidos coabitem o mesmo

vocábulo, interagindo para compor a palavra no limiar entre o definido e o indefinível. “*Lógos*” é exemplo disso por excelência. Esse termo tem uma carga semântica tão plural que hoje em dia acho até que o mais comum é vê-lo escrito por aí no grego mesmo.

Para você ver *quão* vasta é essa carga: um dos registros mais consagrados do léxico grego, o *Greek-English Lexicon* (LIDDELL; SCOTT, 1996, p. 1057-1059) identifica nove deles. O primeiro é o que associa o *lógos* à ideia de computação ou de conta. Nesse sentido, o termo era usado como quantidade, *medida*, assim como de penalidade (como em *acerto de contas*) ou de estima ou *valor* de algo ou alguém. Num segundo sentido, ligado à ideia de relação, correspondência, *proporção*, *lógos* significava *razão* (como em uma *razão entre grandezas*, lembra das aulas de matemática?), ou semelhança, *analogia*, ou ainda *regra*, no sentido gramatical. O terceiro está ligado à ideia de *explicação*, como em *razão* no sentido de propósito; tese, *argumento*; proposição argumentativa; teoria; ensinamento; *discurso*; proposição lógica; regra, princípio ou lei (lógicas); fórmula, *definição*; ou mesmo *ordem*. Num quarto sentido, o termo se liga à ideia de debate interno do espírito, como em *razão* no sentido de pensamento, *raciocínio*; ideia; concebido pela mente (em oposição ao percebido pelos sentidos); reflexão.

O quinto sentido se liga à ideia de um enunciado contínuo, como fábula, lenda, conto; ou *discurso* (de novo), oração e *fala*. O sexto é o de expressão verbal: palavra; frase; mensagem; descrição; *discurso* (mais uma vez), *debate*, deliberação. Num sétimo sentido, de uma elocução particular, *lógos* era usado como declaração divina, oracular; provérbio, ditado; asserção; resolução, termo, condição; ou *comando*, mandamento. O oitavo sentido é o que se relaciona à ideia de assunto, da coisa de que se fala: tema, assunto, enredo. E o nono e último sentido catalogado por Lidell e Scott é o da elocução vista formalmente, como linguagem, eloquência e prosa (em oposição a *ποίησις* [*poíesis*], que está ligada à ideia de criação, produção — e de poesia). Percebe? Todos esses sentidos estão latentes no vocábulo *lógos*, coabitando ali como que membros de uma mesma família numa mesma casa: diferentes, por vezes conflituosos, mas afins.

Agora veja: esse, digamos, problema de tradução é muito mais que isso: nossa leitura moderna do *lógos* condiciona a leitura moderna do próprio conhecimento. Voltando a Teeteto: se o conhecimento é apenas a crença verdadeira e *justificada*, ou seja, com *lógos*, então a nossa concepção de *lógos*, como o visualizamos ou *sentimos*, é condição para o modo como concebemos o próprio *conhecimento*. E qual é essa concepção moderna de *lógos*? Como definimos, na modernidade, quais crenças são *justificadas* e podem, com isso, receber o lustroso medalhão da *verdade*?

Na filosofia, há um certo consenso que diz que a modernidade começou com Descartes. Ou quando as pessoas começaram a *ler* Descartes, num contexto histórico bastante peculiar — depois da Reforma, durante o Antigo Regime, antes do Iluminismo. Na época, Descartes foi inovador, ousado até. Se a forma reflete o conteúdo, essa inovação começou quando ele escreveu o *Discurso do Método* em francês, quando o vernáculo era a língua do vulgar, e a “alta cultura” era escrita em latim. Aliás, o título completo que Descartes deu ao texto é *Discours de la méthode pour bien conduire la raison, & chercher la vérité dans les sciences*. Ele queria ser lido, queria que suas ideias ganhassem vida pelo leitor, porque acreditava que, por aquelas ideias, o “Homem” seria capaz de encontrar, desvelar, a verdade das ciências, que era a verdade da própria natureza. E esse *método* para bem conduzir a razão passava por uma postura subversiva da autoridade eclesiástica, do *lógos* teocentrado das verdades dogmáticas da Igreja, numa liberação do *sujeito* pensante para, enfim, pensar por si. *Penso, logo existo* — em francês ele escreve “*je pense, donc je suis*”, “logo sou”. A razão do sujeito como um existencial, parte constitutiva do ser. Essa razão para Descartes pertence ao domínio metafísico do espírito, da mente, que deveria ter supremacia sobre os próprios sentidos, que nos iludem. A verdade, nesse temperamento, podia estar escondida por trás das aparências, então só a razão do espírito, distanciada dos sentidos por meio da *dúvida metódica*, seria capaz de revelá-la.

Sabe, se tem uma coisa que emerge muito claramente para mim por meio das coisas que li e que tive curiosidade para pesquisar, é

que o autor não pode ser lido como se estivesse desconectado de suas circunstâncias. E Descartes, em suas circunstâncias, expressou em seu texto ideias que, ao serem lidas sem necessário recurso ao latim e reprisadas em face da heteronomia da religião sobre o conhecimento científico, contribuíram para desencadear uma importante subversão de toda uma visão de mundo medieval. A partir dele, a filosofia passou a considerar que a razão individual do sujeito era o caminho para a verdade científica, que era a verdade da natureza. A ciência moderna, então, partiu desse pressuposto, criando regras, constrangimentos, diretrizes que compuseram as diferentes metodologias das diversas disciplinas do conhecimento (científico, evidentemente), cada vez mais especializadas. Esse saber fragmentado em incontáveis códigos metodológicos, que só é reconhecido como tal quando passa pelo crivo das regras da razão, *in a nutshell*, é o próprio *lógos* da modernidade.

Essa ideia do sujeito dotado de razão capaz de assujeitar a realidade — que foi útil para a época de Descartes, porque expressava uma racionalidade urgente — não escapou às chamadas *Geisteswissenschaften* ou *sciences de l'esprit*, ou ainda *Humanities*, o que por aqui a gente costuma chamar de ciências humanas. E, dentre elas, é claro, o direito, que, incorporando esse *lógos*, transmudou-se em *ciência jurídica*. Essa ciência, ao se proclamar conhecimento verdadeiro, matou Sócrates com uma dose de cicuta.

A história daí pra frente você já conhece. A sucessão das diferentes escolas de pensamento jurídico, sempre debatendo — cientificamente — em torno do eixo direito natural-direito positivo, até chegar aos grandes medalhões da contemporaneidade. Dum lado, Hart e Kelsen; do outro, Alexy e Dworkin, para ficar com as maiores celebridades na academia brasileira. Nenhuma dessas ditas “escolas” de pensamento jurídico, pelo menos dessas mais populares, no entanto, está desapegada do *lógos* de pureza metódica da modernidade. Esse temperamento dogmático, cientificista, concebe no direito toda ontologia: o conhecimento só se constrói, a verdade (ou a justiça) só se revela quando lançamos um olhar metódico sobre a *norma*, a norma

posta, dogmatizada — seja pelo estado ou pela natureza. Positivistas e naturalistas veem o direito como uma totalidade acabada, composta de normas que fazem girar todo o sistema por meio das engrenagens precisas e previsíveis de seus sentidos unívocos. A norma, nessa visão, já está dada, e só resta a nós, juristas de ofício, desvelar seu sentido, encaixando assim as rodas dentadas que fazem tudo funcionar, metodicamente, como deve ser. O direito concebido como uma máquina, um sistema que, para chegar à verdade e à justiça, é como deve ser — e dessa máquina nós seríamos os *operadores*. Por essa perspectiva, então, a razão individual do sujeito cognoscente seria o novo deus portador da verdade, uma razão tão perfeita que é mesmo capaz de deduzir o *dever-ser* do *ser*, criando uma máquina legal que, sendo como deve ser, sempre nos dá a resposta verdadeira e justa. Talvez, com a tecnologia de hoje, essa máquina já tenha sido substituída por um algoritmo, um aplicativo ou um sistema operacional. Mas nós juristas ainda somos os mesmos, e vivemos como nossos professores: *operadores* do direito.

Esse postulado de pureza metódica da modernidade foi logo percebido e criticado por Warat — chegamos de volta nele. Imagine, o cara se doutorou estudando Kelsen e sua teoria pura. Seus orientadores foram dogmáticos esnobes. Sua experiência com o conhecimento, dum lado e do outro, no conteúdo e na forma, se choca de frente com suas intuições sobre o conhecimento, criando nele uma forte tensão intelectual. Imagine, escrever uma tese analisando ideias que, no fundo, você acha que não têm lá tanto sentido assim. Para um ser como Warat, dotado de uma intuição tão aguçada que beira a clarividência, a sensação deve ser parecida com a de alguém com ouvido absoluto escutando um dos primeiros ensaios da minha banda do ensino médio: gatura pura. (Isto é: eu *presumo*, posto que não tenho nem ouvido absoluto nem a intuição de Warat.) Ora, nessas situações, quando uma pessoa que se lança num estudo, buscando um caminho para algum conhecimento, percebe que as pistas que encontra parecem apontar cada vez mais para dentro do labirinto, ela tem três opções. A primeira é se conformar e simplesmente desligar o raciocínio, entrando num estado de completa inófia mental. Cá entre nós, conheço um monte

de gente que vive assim. A segunda é desistir da empreitada e ir atrás de algum outro labirinto que lhe pareça menos desorientador.

A terceira opção é que é difícil: na falta de um caminho claro para o conhecimento, arregaçar as mangas e começar a construir um. Warat, nesse aspecto, parece encarnar a raça obstinada do futebol argentino, porque não se deu por vencido. Sua pesquisa alimentou sua convicção em duvidar da dúvida metódica — da qual os dogmáticos, ao contrário, permaneciam tão convictos — como único caminho para o conhecimento, a verdade e a justiça. Sua inquietação não cabia dentro da “moldura teórica” do saber jurídico institucionalizado, de sorte que transbordou para uma investigação sobre a própria epistemologia do direito, sobre as condições de possibilidade, os *constrangimentos epistêmicos* que ditam as crenças jurídicas aptas a receber o medalhão de Verdade Absoluta da *Ordem Jurídica* — essa ordem honorífica que comenda esses títulos honoríficos, de membros para membros.

No começo dos anos 80, Warat estruturou sua crítica à epistemologia do direito sobre um instrumental semiológico, deslocado para uma sociologia política do conhecimento prático do direito (1982, p. 50). Essas foram as referências teóricas que ele encontrou naquele momento para expressar uma crítica que era muito intuitiva, e que por essa natureza, esse temperamento, depois foi sendo enriquecida ao ritmo que iam transmudando suas ideias. O despreço de Warat pelo autoritarismo academicista, monológico e autocentrado das instituições de produção do conhecimento o leva a investigação das relações de poder que se escondem por trás da *criação* do próprio direito e de sua epistemologia. Agora me diga: qual é a dimensão existencial da realidade em que pode ser criado o direito senão a da *linguagem*? O direito só existe na e pela linguagem. As normas jurídicas são positivadas *por escrito*, por meio de um *texto* — ainda que não se identifiquem com o texto, como disse Friedrich Müller e Lenio Streck reprise tanto. Por isso, Warat propõe que se analise *linguisticamente* os sentidos adotados pelo discurso jurídico dogmático, cientificista, normativista, encarando-os “como jogos de efeitos, de estratégias, e normas de ação, de dominação e de luta”. A essa proposta, Warat,



ao lado de Leonel Severo Rocha e Gisele Cittadino, deu o nome de “semiologia do poder” (WARAT; ROCHA; CITTADINO, 1980, p. 146). Por meio dela, Warat denuncia no discurso jurídico (tradicional) uma “pretensão de imanência absoluta”, considerado “autônomo e auto-suficiente” (p. 148), bem ao gosto de Descartes. Veja, a crítica waratiana não busca a superação ou o abandono dos discursos jurídicos tradicionalmente difundidos, nem o fim da dogmática, nada disso; o que Warat queria era tentar uma compreensão mais fundamental do fenômeno. Seu objetivo é tornar explícito, por meio do raciocínio crítico, que esse *modo* de fazer conhecimento impõe um limite arbitrário aos significados, que oculta a realidade social que o direito diz regular, distanciando-o dos problemas reais que, na prática, deveria ser capaz de resolver (p. 149).

O discurso cientificista do direito, então, é revelado pela semiologia waratiana como um “lugar de poder”, no qual apenas se reproduz o saber jurídico dominante, e onde se esconde “um pensamento tópico que permite aos juristas assumir as principais categorias organizadoras do seu saber como coisas óbvias e não problemáticas” (p. 150). As escolas de direito, por essa perspectiva, são perpetuadoras de topoi baseados em “critérios pseudo-científicos vinculados ao processo de comunicação docente” (p. 152), que, assimilados de forma acrítica, como verdades objetivas, “rouba aos juristas a possibilidade de compreender o papel do jurídico nos jogos sociais não previstos no sistema tópico postulado” (p. 150). O pensamento jurídico tradicional só gosta de padrãozinho. Essa constatação sobre o poder do discurso jurídico-científico, dito “teórico”, de influir na prática do direito, limitando as possibilidades de reflexão e identificação de sentidos para o *corpus* de conhecimentos topicamente engessados, leva Warat a concluir, sendo bem Warat, “que as escolas de direito são escolas de inocência que nos colocam em uma relação fatal de alienação, caracterizada mais pelo que obriga a falar do que por aquilo que impede dizer” (p. 152). Tá errado?

Aprofundando essa problematização, Warat questiona o próprio fundamento científico do conhecimento jurídico, confrontando-o com os conceitos de *doxa* (do grego *δόξα*, opinião) e *episteme* (do gre-

go *ἐπιστήμη*, ciência) — você já deve ter ouvido falar. Em todo caso, Warat explica. A *doxa* é o “conglomerado de argumentos verossímeis, formados a partir das representações ideológicas, das configurações metafísicas e das evocações conotativas” — significações. A *episteme* seria o conhecimento científico representado pelo “saldo, logicamente purificado, de todos esses fatores” (WARAT, 1982, p. 51), que converte as significações em *conceitos*, com medalhão de verdade e tudo. A sacada de Warat sobre o autoritarismo epistemológico foi perceber que o conhecimento jurídico, nesse modelo, não é mais que a purificação da *doxa* do direito em uma *episteme*, cuja pretensão de verdade (na concepção que identifica verdade com ciência) suprime seus aspectos ideológicos e suas relações com o poder. Isso permite compor todo um *corpus* de conceitos que é transmitido e assimilado ingenuamente, sem reflexão e sem crítica, e sem preocupação com suas significações (p. 52).

Agora veja, preste atenção: esse *corpus* de conceitos, que se pretende verdadeiro e objetivo, é então apropriado pelos juristas no âmbito teórico e, em consequência de sua assimilação acrítica e desconectada da realidade social, é estereotipado e empregado na prática, no dia-a-dia do chão do fórum, de forma que *se diz* epistêmica, objetivamente científica, mas é só pragmática. Está formado o que é uma das ideias mais importantes do pensamento de Warat: o *senso comum teórico* dos juristas. Com essa expressão ele sintetiza a apropriação acrítica, livre de raciocínio, de conceitos prontos, que, empregados sob a influência igualmente acrítica de “uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação” e de “visões, fetiches, lembranças anedóticas, idéias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso” (WARAT, 1987, p. 57), compõem uma nova *doxa*. Essa nova *doxa*, por sua vez, tornada “opinião de ofício”, se converte novamente em *episteme* por meio da assimilação acrítica e pragmática no âmbito da práxis, perpetuando as relações de poder que oculta (1982, p. 53). Não dá pra eu

lhe falar sobre essa relação dialética melhor que o próprio Warat, então veja o que ele diz:

Fecha-se, desta forma, um movimento dialético que tem, por primeiro momento certos hábitos significativos (uma doxa); por segundo momento, a espera dos conceitos (uma episteme construída mediante processos lógicos purificadores sobre o primeiro momento); e, por terceiro momento, o senso comum teórico (dado pela reincorporação dos conceitos nos hábitos significativos). Este último momento caracteriza-se pelo emprego da episteme como doxa. E aí recomeça a cena dialética descrita. (1982, p. 53)

É esse retorno dos conceitos epistêmicos do conhecimento jurídico à doxa de empregos estratégicos que revela, para Warat, a necessidade de discussão crítica sobre o *poder* que se oculta por trás da fachada epistêmica do que algum medalhão disse ser “conhecimento” — e ninguém, por inófia mental ou por comodismo pragmático, fez questão de contradizer.

Venha cá, essa conversa de senso comum teórico, de relações de poder no conhecimento, de inófia mental e comodismo me lembrou sabe o quê? Do bruxo do Cosme Velho, que saiu de morar de favor no Morro do Livramento a ter uma academia de letras chamada de sua casa. Isso mesmo, Machado de Assis. Gênio é gênio, e olhe que não gosto de sair chamando todo mundo de gênio. (Ariano Suassuna gosta menos que eu, depois procure no YouTube. É hilário.) Machado nunca sai de moda, *entra* na moda: você viu que saíram algumas traduções inglesas novas de *Brás Cubas* recentemente? Deu na *New Yorker*, um ensaio ótimo; agora a crítica estrangeira está descobrindo o gênio da obra dele. Para a gente isso não é novidade nenhuma né? A prosa machadiana é uma chave preciosíssima para entender o que é o Brasil — mas isso nem preciso dizer.

Nos últimos meses conversamos muito sobre a literatura como meio capaz de nos fornecer ferramentas teóricas, gnoseológicas, ou

mesmo estéticas para pensar e expressar a realidade do direito. O próprio Warat, sempre com as ideias mais além, foi um dos pioneiros dessa frente, quando começou a buscar na teoria e na arte literárias as respostas que não encontrou no discurso da ciência jurídica. A gente também pode tentar: conversar sobre a literatura e seu fazer artístico, e tornar essa conversa *uma lente estética sobre o real* — um olhar *surreal* — que pode nos ajudar a compreender, ou *sentir*, a realidade do direito que se dá além do que sobre ele é dito pelo senso comum. E quem melhor do que Machado de Assis para expor, com a sagacidade e a sutileza de sua voz irônica, as incoerências que apenas se insinuam no imaginário tornado senso comum da elite brasileira?

Então vamos a ele, sem mais delongas. Essa nossa conversa me fez lembrar de *Teoria do Medalhão*, um conto curtinho, no qual Machado joga às escâncaras toda a mediocridade desse senso comum, com a exata dose de humor e sutileza. Esse conto já foi objeto de muitas análises acadêmicas, então pode ser que o que eu digo não tenha nada de novo. Mesmo assim, numa conversa entre amigos acho que vale a pena comentar algumas impressões que o texto me causou, que dialogam muito com isso tudo que conversamos: esse problema da construção de um saber de aparências, simulado, estereotipado, que de conhecimento tem apenas a fachada — e que se contenta em repetir algumas respostas prontas, alguma terminologia que soe científica, alguma figura de retórica consagrada, vivendo assim num eterno repouso do raciocínio. O senso comum em seu sentido mais ordinário e mais peculiar ao país.

Veja só. O conto de Machado consiste apenas num diálogo, sem narrador, entre um pai e um filho, que o teor da conversa logo revela serem de uma família “remediada”, como se dizia antigamente; não exatamente ilustres, mas frequentadores da “alta sociedade” da época. É aniversário do filho, vinte e um anos, maioridade, e o conto começa com o pai o chamando para conversar depois que saiu o último conviva do jantar de comemoração. Aquela conversa “de homem para homem”, em que o pai se põe a professar conselhos de moral para o filho que acaba de ingressar na vida adulta. Percebendo para onde ia

o rumo da prosa, Janjão, o filho, faz menção de protestar, ao que o pai responde assim: “Não te ponhas com denguiques, e falemos como dois amigos sérios. Fecha aquela porta; vou dizer-te coisas importantes. Senta-te e conversemos”. O tom é autoritário e professoral; as lições, proferidas como um conhecimento indispensável na vida.

O pai logo diz ao filho que não importa qual das inúmeras carreiras ele decida seguir, seu único desejo é que seja “grande e ilustre, ou pelo menos notável”, e que se levante “acima da obscuridade comum”. Mesmo assim, por prudência, o aconselha a seguir algo como uma carreira paralela, como uma previdência para o caso de as outras não darem certo, ou não darem dinheiro o suficiente para “indenizar o esforço da ambição”. E qual é o ofício perfeito para essa finalidade? Ora, o de *medalhão*.

Ele prossegue dando ao filho lições de como *se tornar* um medalhão, sem bem dizer o que exatamente é um. Diz que se deve ter muito cuidado com as ideias, e que é melhor simplesmente não tê-las — uma tarefa para a qual, segundo ele, Janjão parece ter alguma aptidão, pois é dotado da “perfeita inópia mental” — olha aí de onde tirei essa expressão tão eloquente —, que transparece de seus interesses por coisas adequadamente fúteis e relacionadas à aparência. Mesmo assim, contra o risco de qualquer ideia poder eventualmente emergir, adverte que é prudente adotar um “regime debilitante”, que mantenham a razão suficientemente inerte: ler compêndios de retórica, ocupar a mente com coisas como dominó e bilhar, passear por ruas movimentadas (desde que acompanhado, para a solidão não estimular ideias), todas essas são atividades úteis para tornar-se um medalhão. Se entrar numa livraria, que seja para falar de alguma fofoca, de alguma coisa desimportante — nesses casos, veja só, 75% das pessoas vão repetir as mesmas opiniões, e “uma tal monotonia é grandemente saudável”.

No discurso, o pai diz que é perfeitamente possível adotar figuras de estilo, desde que elas sejam adequadamente vazias de conteúdo: “Sentenças latinas, ditos históricos, versos célebres, brocardos jurídicos, máximas”. Essas, diz, não obrigam ao esforço do raciocínio. Todo

esse classicismo leva Janjão a achar que o pai condena o que é moderno, mas não é o caso: seu pai explica que condena sua *aplicação*, mas não sua *denominação*. Pelo contrário, acha até de bom alvitre decorar a terminologia científica mais moderna, como que para edulcorar o discurso quando necessário. Para se tornar um medalhão, o importante são as aparências. Nenhuma imaginação — “antes faze correr o boato de que um tal dom é ínfimo”. Nenhuma filosofia — ou melhor, “no papel e na língua alguma, na realidade nada”. Nenhuma ironia — para o humor, é mais adequada a *chalaça*, o gozo zombeteiro, grosseiro e fácil. Estão postas as regras de ouro do aspirante a medalhão. O diálogo acaba quando o pai vê que já é meia-noite, diz que aquela conversa vale *O Príncipe* de Maquiavel, e chama o filho para dormir.

Não parece que Machado estava ouvindo nossa conversa? O conto parece falar diretamente com a gente, sobre coisas que continuam muito atuais — principalmente no direito, como Warat tanto critica. Nesse sentido, impressiona o jeito como Machado de Assis consegue expressar intuitivamente o processo dialético que Warat descreve na formação do senso comum teórico, aquilo que falei da *doxa* que vira *episteme*, que vira *doxa* de novo, continuando o ciclo. A *episteme* do direito é só uma fachada, a *aparência* científica das crenças arraigadas na *doxa*. E o senso comum teórico, veja bem, é *mais aparência ainda*, porque se contenta em se *parecer* com um conhecimento que já é pura aparência. Percebe? A prosa machadiana, por meio dessa voz tão expressiva, tão particular, tão sagaz, tão alegórica, consegue transcender a obra e dialogar com a realidade, com o leitor — nós —, fazendo entrever pontos de tensão que o discurso acadêmico tem muita dificuldade de mostrar. Essa conversa entre Warat e Machado, que se deu aqui dentro da nossa conversa, tem a vantagem de facilitar esses diagnósticos da realidade, para além dos medalhões da verdade científica.

### 3 CARNAVAL CONTRA A MONOTONIA

Mas agora me diga: você acha que uma mente como a de Warat se contentaria com revelar um diagnóstico, fazer apenas uma descrição de uma realidade que se mostra em crise? Pois é — acho que seria pouco para tanta intuição de poeta não se lançar até o paroxismo da utopia. Não, Warat não se contentou. Detectando essa questão do senso comum teórico, entendeu que era necessário promover um desmonte dos “hábitos gnoseológicos” que conferem aos juristas uma compreensão ilusória acerca das condições de possibilidade do conhecimento científico no direito. Pesquisar a vacina contra a cegueira do saber estereotipado, que estaria “precisamente na destruição do imaginário cientificista, na supressão da doxa epistemológica, na abolição de toda metalinguagem científica” (p. 28). O papel da ciência responsável, então, não seria o de se apresentar neutra de valores, dissimulando o estabelecimento de um determinismo valorativo na sociedade, mas o de desenvolver um conhecimento em oposição ao autoritarismo, por meio de “questões que comprometem o homem com a democracia”, questionando a própria verdade (p. 31). Aqui está a essência do saber crítico.

Para Warat, construir esse conhecimento demanda a substituição da epistemologia dos *conceitos*, resultado da transmutação purificadora da *doxa* jurídica em *episteme*, em uma “epistemologia das *significações*” (1982, p. 53). Por meio dela podemos compreender os vínculos entre os conceitos, que se pretendem unívocos, e suas representações ideológicas, escancarando seu real caráter, que não é epistêmico, mas pragmático, estratégico e institucional. Assim, os valores da ciência se tornam os valores do homem — e não o contrário. Substituir os conceitos pelas significações, então, seria substituir a univocidade (*uma voz*) de uma pretensa verdade por uma polifonia (*múltiplas vozes*) de significados que não se pretendem definitivos, fazendo com que a ciência seja “uma literatura do sentido suspenso, uma linguagem que *provoque* respostas, mas não as dê” (1984, p. 31). É a esse deslocamento da univocidade autoritária dos conceitos à poli-

fonia democrática das significações que Warat chama pelo sugestivo nome de “carnavalização”.

Esse termo ele pegou emprestado de Mikhail Bakhtin, teórico russo da literatura, que primeiro empregou o conceito no âmbito de suas investigações sobre o discurso literário. Bakhtin encontra na literatura a ideia de uma linguagem carnavalizada, que dá um sentido carnavalesco ao mundo, e não pode ser traduzida completamente em uma linguagem de conceitos abstratos, mas que se só se constrói pelo dialogismo e pela polifonia — qual é a primeira serventia da linguagem, senão a conversa entre múltiplas vozes? Mas de onde vem essa ideia de carnavalização? Bakhtin explica que no carnaval, um desfile sem divisão entre atores e espectadores, em que todos são participantes, leis, proibições e restrições — o não-carnaval — são *suspensos* junto com a hierarquia, o terror, a reverência, a piedade e a etiqueta que impõem. É suspensa também a distância entre as pessoas, permitindo um contato livre e familiar. A linguagem carnavalizada é aquela que decorre desse sentido de carnaval (BAKHTIN, 1999, p. 122-123).

Warat, adotando o termo o importando para o território do saber jurídico, diz que Bakhtin lhe inspira “o coroamento de uma didática carnavalizada” e a “metamorfose da carnavalização literária em profanação epistêmica”, deslocando o conceito para “o estudo das relações entre ciência, o direito e a epistemologia” (WARAT, 1985, p. 109). A carnavalização do direito, então, passa por uma valoração coletiva do conhecimento, compreendendo o indivíduo como inserido numa ordem de significações que é *prévia* ao conhecimento e que o condiciona. Por meio dessa produção dialógica, polifônica e não hierarquizada do saber, Warat busca a “reconciliação” do discurso com a sociedade, integrando-o à ação de forma não autoritária. Como a ciência está inevitavelmente ligada aos fundamentos que a dogmática — o não-carnaval bakhtiniano — oculta estrategicamente por meio da purificação epistemológica, para compreender suas condições de produção devemos levar em conta as “mediações sociais que produzem sua significação e que marcam a presença do ideológico, do



político e do imaginário no seio das teorias”. Nesse sentido, diz Warat, “carnavalizar é ter uma relação não culpabilizada com o político, o ideológico e o imaginário” (1984, p. 33).

A carnavalização waratiana como diálogo e intertextualidade na produção do conhecimento jurídico — na qual se insere o ensino — evoluiu lado a lado com a carnavalização de sua própria linguagem, que se tornou cada vez mais aberta às metáforas e à poesia. A necessidade uma produção de conhecimento dialógica para contrapor os limites às significações impostos pela dogmática veio à tona, de forma poética, em seu livro *A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos* (1985). A intertextualidade com Jorge Amado é óbvia. Com ela, Warat busca situar a ciência do direito entre a “castração” que a dogmática exerce por meio de seu poder de violência simbólica e a sublimação do rompimento com “os costumes do desejo, o hábito dos corpos e o dever do sentido” (p. 18-19). A ciência jurídica seria como Dona Flor, “uma mulher que não se deixa levar pela castração”, “heroína da ambivalência, que foge do dever e abre horizontes ao desejo” (p. 18), colocada entre duas realidades que se cruzam, representadas por seus dois maridos, Vadinho e Teodoro:

Seus dois maridos, como retratos de uma duplicidade convergente/persistente, funcionam dialeticamente como espaços de confronto da estabilidade dentro da qual cremos existir. Deste modo, Vadinho, o folião, e Teodoro, o amanuense do cotidiano, podem ser apreendidos, metaforicamente, como uma interferência do mágico no verdadeiro; do plural no singular; do imprevisível no costume; do insólito na vida cronometrada; enfim, do natural aos soníferos da cultura.

(...)

Dona Flor me permite mostrar um imaginário carnavalesco. Vadinho e Teodoro, como Arlequim e Pierrot, refletem-se um no outro, seguindo as leis da ambivalência carnavalesca. Eles podem ser contrapostos como o tango canalha e o “ballet” culto. (p. 19)

Essa ambivalência está, também, representada pelo contraste entre o velho e o novo. Warat diz que uma “cosmovisão carnavalesca da vida” pode tornar visível o envelhecimento daquele conhecimento que se crê verdadeiro. O novo, o possível, é “convocado” pela carnavalização do saber e renega a univocidade das significações pretendida pela velha dogmática. O novo é o contrário do medalhão: “Uma cultura que não alimente a soberba que logo vira estátua; uma cultura onde as estátuas só sirvam para que os pássaros se caguem nelas” (2010). Sutil. As significações carnavalizadas evidenciam e subvertem o “totalitarismo da razão que mantém o envelhecimento das ideias, provocado pela tendência a afirmá-las coerentes — sem ambiguidade — e sempre idênticas a si mesmas”. A carnavalização da epistemologia, então, teria como objetivo “apressar o envelhecimento das verdades consagradas sem ambivalência” (WARAT, 1985, p. 98-99).

Carnavalizar o conhecimento jurídico, então, significa superar o postulado da pureza metódica e reconhecer que o conhecimento jurídico não é um conjunto de verdades objetivas construído em algum lugar metafísico externo ao mundo. Nesse sentido, carnavalizar o ensino jurídico implica superar a arbitrariedade dos sentidos impostos e reproduzidos: a carnavalização é o vetor de um direito menos autoritário, mais democrático e mais comprometido com a realidade. E para concluir esse raciocínio, fiquemos com a voz de Warat:

A visão carnavalesca do mundo nos revela a grandeza arlequina do cotidiano, que assume o primado crítico frente aos labirintos obscuros e às situações de estancamento a que chegam os intelectuais burocratizados, tendo respostas feitas para todos os dilemas.

Pela via da carnavalização podemos dar asas a uma busca erótica, lúdica, mágica, por ética e fundamentalmente política. Nessa via a revelação do autoritarismo servirá para perseguir, aprendendo o que é a vida, a democracia. (1985, p. 111-112)

## 4 A CONVERSA PRECISA CONTINUAR

Sabe, você nem imagina a falta que estava me fazendo uma conversa dessas. Do diálogo desprendido, em que se fala porque há alguém para ouvir, sem as amarras dos monólogos alternados que a ciência jurídica tradicional nos fez acreditar que era o único jeito possível para produzir o verdadeiro conhecimento, e que por isso se tornaram nossa rotina nos tribunais, na academia e, cada vez mais, na vida. Ler Warat, que é quase como conversar com ele, tem esse poder catártico de nos inspirar a sair e conversar, dialogar a esmo, trocar ideias que, quando adquirimos, já eram de segunda mão. É por meio do diálogo entre vozes diversas, da troca de ideias sem dono, que se produz o mais espontâneo raciocínio crítico, capaz de subverter a univocidade dos conceitos à polifonia das significações. O diálogo é a linguagem em sua forma mais autêntica, como Bakhtin mostrou a Warat e Warat mostrou a nós. A conversa sem constrangimentos é parteira de ideias novas, como já nos dizia Sócrates.

Por isso, carnavalizar o saber permite separar o velho do novo, e mostrar que o velho já não serve. O conhecimento jurídico dogmático é um conhecimento velho, apegado a ideias velhas de univocidade e certeza. Não é sem razão que as escolas de direito permanecem até hoje monastérios de sábios detentores da verdade, para quem todo conhecimento vindo de fora é uma heresia. Nesse país sem carnaval, o estudante jovem já nasce velho, falando uma língua trôpega de latim vacilante e outrossins, que lembra apenas vagamente o português que se fala nas ruas. Nesse país sem carnaval, onde o jovem nasce velho, não existe moderno, apenas *hodierno*.

A carnavalização pode indicar o caminho do novo, do direito que fala a língua das ruas, que se preocupa com problemas reais, da escola que ensina sem ensinar porque promove o raciocínio e o diálogo. O novo, nos conta Warat, é a tolerância, a ambivalência, a conotação. O novo é o que não acredita nos falsos sacerdotes do saber, nem cobiça medalhões ou aceita a verdade sem questionamentos. O novo não

aceita respostas prontas; o novo dá respostas. O novo, por não aceitar a arbitrariedade, é a própria democracia.

Espere um pouco, você já está com sono? Ainda é meia-noite, ande, tome mais uma taça. A gente tem muito o que conversar. Não vamos dormir.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. **Obra Completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. II.

BAKHTIN, Mikhail. **Problems of Dostoevsky's Poetics**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luís Alberto Warat. In: **Constituição sistemas sociais e hermenêutica [Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, v. 9]**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 203-212, 2012.

WARAT, Luís Alberto; ROCHA, Leonel Severo; CITTADINO, Gisele. O poder do discurso docente das escolas de Direito. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 2, n. 02, p. 146-152, 1981.

\_\_\_\_\_. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

\_\_\_\_\_. **A la fortune du pot**. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 5, n. 08, p. 27-40, 1984.

\_\_\_\_\_. À procura de uma semiologia do poder. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 2, n. 03, p. 79-83, 1981.

\_\_\_\_\_. As vozes incógnitas das verdades jurídicas. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 8, n. 14, p. 57-61, 1987.

\_\_\_\_\_. Do postulado da pureza metódica ao princípio da heteronímia significativa. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 4, n. 7, p. 28-34, 1983.

\_\_\_\_\_. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 3, n. 05, p. 48-57, 1982.

WARAT, Luís Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 33-55, 1981.

# Parecer



## PRESÍDIO – SUPERLOTAÇÃO E DOENÇAS

Suponha que, em um dos presídios do Estado, haja reclamações recorrentes por parte de parentes de presos acerca da situação penitenciária local. Alega-se que, para além da superlotação, os detentos padecem de um surto de leptospirose, dada a disseminação em larga escala de ratos na unidade prisional. Confrontada com o acúmulo de reclamações, a direção do estabelecimento determina que os presos com sintomas da aludida doença sejam atendidos mediante agendamento prévio, estabelecendo um limite de cinco atendimentos diários, pois o complexo prisional possui apenas uma enfermaria, na qual atua apenas uma equipe médica. Um grupo de apenados envia esforços contínuos para uma audiência com o diretor do estabelecimento, mas não logra êxito. Na verdade, a autoridade carcerária não concorda com a entrevista direta entabulada diretamente com qualquer que seja o preso e vê o propósito dos encarcerados como acintoso e detestável. O cenário caótico é levado ao conhecimento dos órgãos de imprensa. Em entrevista a importante programa jornalístico, o diretor da penitenciária explica que as medidas já adotadas são as únicas possíveis diante da carência de recursos para a contratação de novas equipes médicas ou para a reestruturação física do prédio, de modo a ampliar o espaço da enfermaria ou melhorar as condições de higiene do prédio. O governador é procurado por diversas entidades e, já irritado com a repercussão dos fatos na mídia televisiva, comparece à rádio de um parceiro político para explicitar que o Estado vivencia uma grave crise orçamentária sem precedentes e que, diante do escasso orçamento e das vinculações da lei de responsabilidade fiscal, suas prioridades são a construção de escolas, parques, estradas e rodovias. Narra que assumiu compromissos políticos e que, sendo um homem de palavra, cumprirá prioritariamente todas as suas promessas de campanha, e a melhoria das condições de cumprimento de pena de criminosos não figura como pauta política assumida. Uma importante entidade que atua na defesa dos direitos humanos te contrata solicitando que elabores um parecer jurídico do caso. Basicamente, de que instrumento se poderia valer para contornar a degradante situação do presídio, notadamente

obrigando o Estado a alocar recursos financeiros destinados, em geral, a uma digna cobertura médica e consequente reestruturação sanitária?

**Tarefa 1**

O discente deverá emitir parecer favorável aos anseios da entidade protetiva de direitos humanos voltada à defesa dos direitos do preso mencionada no excerto acima. O parecer deverá abordar aspectos constitucionais ligados ao caso, bem como eventual implicação criminal.

**Tarefa 2**

O discente deverá emitir parecer na condição de procurador do Estado, tendo como objetivo demonstrar a correção da manifestação do governador acerca da problemática enfrentada. O parecer deverá abordar aspectos constitucionais ligados ao caso, e, eventual implicação criminal por parte do gestor, se for o caso.



## PARECER JURÍDICO

# PRESÍDIO – SUPERLOTAÇÃO E DOENÇAS

### **AMANDA DE SÁ SANTOS**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022). E-mail: amanda\_dsnts@hotmail.com

### **EVÂNIO JOSÉ DE MOURA SANTOS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Penal pela PUC-SP; Mestre em Processo Penal pela PUC-SP; Pós-graduado em Direito Penal Econômico (Ibccrim/Universidade de Coimbra), Filosofia (PUC/RS) e Direito Constitucional (UFS); Professor de Direito Penal da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito 08 de Julho; Advogado criminalista; Foi Conselheiro Federal e Secretário-Geral da OAB/SE; Procurador do Estado de Sergipe; Autor de obras jurídicas. E-mail: evanio@evaniomoura.adv.br

---

### TAREFA 2

Numeração: Parecer nº XXXXX/2021.

Referência: Processo Administrativo nº XXXXX.

Assunto: Ineficiência do sistema carcerário. Inobservância dos direitos e garantias dos presos.

Interessado: Entidade atuante na defesa dos Direitos Humanos

ADMINISTRATIVO. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. DEVER DO ESTADO E DIREITOS DO APENADO. INOBSERVÂNCIA DE REFERIDAS GARANTIAS. PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS ADOTADAS.

## **I. RELATÓRIO**

Trata-se de processo através do qual entidade atuante na defesa dos direitos humanos solicita desta Procuradoria emissão de parecer referente à falta do serviço público para com os presidiários. Tendo

como objetivo contestar a posição tomada pelo governador e pelo gestor da penitenciária, acerca da problemática enfrentada, visto ir de encontro às garantias e direitos fundamentais de qualquer indivíduo, ao permitir que aqueles vivam em situação humanitária precária, com surtos de doenças e superlotação carcerária. Além do pobre atendimento médico, justificado pelo diretor, pela carência de recursos. Tal falta, afeta as condições para reestruturação física do prédio, onde o espaço da enfermaria deveria ser ampliado e as condições de higiene melhoradas. Não obstante, esta Procuradoria deverá também observar se há amparo legal para eventual implicação criminal por parte do gestor.

É o Relatório.

## **II. FUNDAMENTAÇÃO**

Feita a análise do caso, observa-se previamente que o governador falta com sua função de representar o poder da administração estadual, assim como, do Estado, em suas relações jurídicas, políticas e administrativas, defendendo seus interesses junto à Presidência e buscando investimentos e obras federais.

Pois, o mesmo, por mais que não tenha citado a melhoria das condições de cumprimento de pena dos presidiários como promessa de campanha, deverá zelar pela garantia dos Direitos Fundamentais de quaisquer que sejam os indivíduos.

Além disto, é observado o fato de que, mesmo em uma crise orçamentária sem precedentes, tal governador assume como prioridade a construção de escolas, parques, estradas e rodovias. O que configura atitude inaceitável diante da carência de uma digna cobertura médica e consequente reestruturação sanitária do prédio para com os presos.

A partir destes fatos, fundamento a seguir acerca da inadimplência do político, para com os direitos e garantias básicos destes citados.

## 2.1 Do Ordenamento Jurídico

Como no disposto no artigo 3º, inciso I e IV, da Constituição Federal de 1988, O Brasil em situação de República Federativa, deve ter como um de seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de promover o bem de todos, sem quaisquer formas de preconceitos e discriminação. O que se também se garante na Declaração Universal do Direitos Humanos em seu artigo 2º.

Aprofundando tal direito, e seguindo o que dispõe o artigo 5º desta mesma CF sobre dos direitos e deveres individuais e coletivos, é claramente comprovado o desacerto da atitude do governador para com os presidiários, visto que esta acaba por ir de encontro às garantias constitucionais, ou seja, fere o que leis supremas que regem a democracia do país defendem. O que se observa como foco de estudo deste parecer.

Desta forma, no inciso III do artigo citado, é defendido que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, em qualquer situação que seja, como também, no inciso XLIX, assegura-se aos presos o respeito à integridade física e moral.

Destarte, observa-se que o rol de garantias da Declaração dos Direitos Humanos, serve como fonte de inspiração de tais direitos constitucionais:

Artigo 2º “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação (...)

Artigo 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 28º Toda a pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efectivos os direitos e as liberdades enunciadas na presente Declaração.

Ademais, importa salientar acerca Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. O qual se configura como um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos, que em seus 81 artigos, objetiva resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Por fim, a Lei nº 7.210/84, institui a Lei de Execução Penal. A qual, dispõe em seu art. 1º que a execução penal objetiva efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para uma integração social harmônica do condenado, assim como, do internado. Ou seja, a LEP visa assegurar ao preso os seus devidos direitos, como políticos, a assistência, educação, religião e outros.

## **2.2 Da Jurisprudência**

Acerca do tema, assim se posiciona a jurisprudência dominante, verbis:

PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. AGRAVO RETIDO. LEGITIMIDADE ATIVA.. A legitimidade ativa da DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO para ajuizar ação civil pública em prol da dignidade da população carcerária está expressa no artigo 4º, incisos VII e XVII, da Lei Complementar nº 80/94;. Considerando a função precípua da DPU de proteção dos hipossuficientes e por se tratar de órgão essencial à função jurisdicional e social do Estado Democrático de Direito, que tem por dever assegurar a efetividade das garantias constitucionais, essa instituição está legitimada para a propositura da presente Ação Civil Pública;. É perfeitamente possível a atuação do Poder Judiciário para proteger direito fundamental não observado pela administração pública;. Quando a administração pública se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar polí-

ticas públicas definidas na Constituição Federal, compromete a integridade do texto constitucional, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da “erosão da consciência constitucional”; A insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária não pode ser invocada pelo Poder Público com o propósito de frustrar ou de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas constitucionalmente. A cláusula da reserva do possível encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, expressão direta do postulado da dignidade da pessoa humana.

(TRF-4 - APELREEX: 50006985720104047004 PR 5000698-57.2010.404.7004, Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 01/09/2015, QUARTA TURMA)

Como disposto em nesta jurisprudência, o Princípio da Reserva do Possível regulamenta acerca da possibilidade e abrangência da atuação do Estado, no que diz respeito ao cumprimento de alguns direitos, como os sociais, subordinando a existência de recursos públicos disponíveis à atuação do Estado.

Desta forma, observa-se a compatibilidade do que é disposto em tal ementa e o que defendo neste parecer. Pois, tal teoria surge no Direito como uma forma de limitar a atuação do Estado no âmbito da efetivação de direitos sociais e fundamentais, afastando o direito constitucional de interesse privado e prezando pelo direito da maioria. O que claramente justifica a inaceitabilidade da conduta do governador para com os presos.

Ademais, importa salientar que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a incidência da cláusula da “reserva do possível” no direito brasileiro, desde que fique assegurado ao indivíduo o “mínimo existencial” que resulta, implicitamente dos preceitos constitucionais; a citar o art. 1º, III e art. 3º, III, CF/88.

Seguindo adiante, por estarem os presos sob a tutela do Estado, cabe a este o dever de zelar pelos direitos e garantias dos mesmos.

Pode-se ver isso de forma clara através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra a letra e a opinião *doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, *v. g.*, homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento,

rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.

(RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

Ou seja, os precedentes acima demonstram que quando algo ocorre em desfavor do preso, o Estado é acionado para responder por suas falhas. Neste caso citado, a morte de determinado presidiário sucedeu por decorrência da falta de prestação de um serviço adequado. Admitindo-se então a Teoria do Risco Administrativo, materializada na responsabilidade objetiva do Estado.

Destarte, observa-se nesta decisão a alegação que aqui sustento, a qual a Constituição da República Federativa do Brasil impõe que a integridade física e moral dos presos deve ser respeitada (art. 5º, XLIX), de forma que a execução da pena se dê de maneira humanizada, fazendo disto a principal sustentação de defesa do caso.

A jurisprudência, porém, indo além, já chegou a firmar posicionamento sobre a obrigatoriedade do Poder Público de promover a execução de obras emergenciais em prisões. O que supera os argumentos de separação dos poderes e da reserva do possível, frente à supremacia da dignidade da pessoa humana:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URU-

GUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.

(RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

Assim, ao afirmar a licitude do Judiciário de impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, alegando como ter como base a supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial, pode-se afirmar que o caso ao qual defendo pode se basear nesta decisão, a partir do momento que é demonstrado a urgente e necessária intervenção, diante



da situação alarmante e degradante que os presidiários diariamente estão tendo que enfrentar.

Servindo de complemento para tal caso, o STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”, na ADPF nº 347. Sendo este caracterizado por uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. Assim, as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam por se tornar penas cruéis e desumanas. Esta ação, então, encararia a problemática por completo, tendo por objetivo alcançar padrões mínimos de dignidade à população carcerária que está sob tutela do Estado.

Desta forma, a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes, representa de fato uma “falha estrutural” que acaba por gerar uma ofensa aos direitos dos detentos, além da perpetuação e do agravamento da situação. Nesse sentido: STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798).

Entende-se por conseguinte que, a possibilidade do uso da técnica da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e a retenção da jurisdição para promover o compromisso significativo entre órgãos estatais e a sociedade, se configura como modelo correto à resolução de demandas que envolvam demais direitos de 3ª geração.

Por fim, acerca da implicação de responsabilidade que poderia conter no caso trabalhado, a CF/88 determina que cabe ao Estado responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, como determinado no art. 37, § 6º:

Art. 37 (...)§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Logo, compreende-se que o Estado possui o dever de manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade garantidos na

lei. Caso esse dever seja descumprido, implica-se ao Poder Público a responsabilidade de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presidiários em decorrência da falta ou da insuficiência das condições legais de encarceramento.

De tal maneira, ocorrido o dano e observado seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, surge a responsabilidade civil do Estado. A qual configura dispositivo de eficácia plena, ou seja, que não depende de lei ou de qualquer outra providência administrativa.

Ademais, alega-se que a criação de pretextos teóricos, como separação dos Poderes, reserva do possível e natureza coletiva dos danos sofridos, que são utilizados como forma de afastar a responsabilidade estatal pelas lamentáveis condições do cárcere, afronta não apenas o sentido do art. 37, §6º, da CF, como também gera a vazão dos dispositivos constitucionais, convencionais e legais que coagem o Estado a cumprir o seu dever de garantidor sobre a integridade física e psíquica dos detentos.

### **2.3 Da Doutrina**

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento que assevera acerca da dignidade humana, como sendo:

“Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”<sup>1</sup>

---

1 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001 pag. 60

Por conseguinte, *admite-se ser* necessário compreender que o preso conserva os demais direitos adquiridos enquanto cidadão, que não sejam incompatíveis com a “liberdade de ir e vir”, ao passo que a perda provisória do direito de liberdade como consequência dos efeitos de sentença penal refere-se tão-somente à locomoção.<sup>2</sup>

Reiteradamente, não é isso o que ocorre, como o próprio caso, o qual aqui defendo, demonstra ao apenas citar as condições da casa prisional. Dessa forma, têm-se a certeza de que a integridade física e moral do cidadão-presos não é respeitada.

Destarte, alerta-se para o fato de que, no sistema penitenciário, o desrespeito à dignidade da pessoa por parte do Estado é ainda mais intenso. Nas penitenciárias observa-se que, além das funções que, normalmente, são atribuídas às penas, vale dizer, reprovar aquele que praticou o delito, bem como prevenir a prática de futuras infrações penais, o Estado deseja de certa forma se vingar do infrator, fazendo com que se arrependa dolorosamente do mal que praticou perante a sociedade na qual se encontrava.<sup>3</sup> Fato este, que claramente se observa sendo reproduzido com a atitude inaceitável diante da carência de uma digna cobertura médica e consequente reestruturação sanitária para com os presidiários do caso concreto defendido.

Tal situação, acaba por contrariar o **que deveria ser a função** da política penal e penitenciária. Estas, deveriam atender às demandas da vida tanto pessoal, como social dos presos, sejam quais forem, tanto os condenados como os que estão aguardando pela sentença.<sup>4</sup>

### 3 CONCLUSÃO

Considerando toda a análise ante exposta, a conclusão a que se chega no presente parecer é que o governador não poderá alegar crise

---

2 CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias: uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 192-193

3 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

4 AQUINO, Romário Freitas de. **Bastidores do Cárcere**. 2001.

## PARECERES

orçamentária e preferência de demais obras públicas em desfavor à condição degradante dos detentos. Recursos devem ser direcionados para a reestruturação do prédio e conseqüente melhoria sanitária e médica.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

## RESPONSABILIDADE MÉDICA

Suponha que, Josefa Maria dos Santos, residente no Município de Aracaju/SE, realizou parto cesáreo na Maternidade Nossa Senhora de Lurdes – órgão cuja atuação se relacionada à Secretaria Municipal de Saúde de Aracaju. O parto foi realizado pela equipe médica da Maternidade, composta por servidores públicos estáveis da rede pública municipal de saúde. O procedimento foi realizado em 20 de junho de 2021. A Sr.<sup>a</sup> Josefa alega ter sido vítima de erro médico, quando do parto do seu primeiro filho, Matheus Santos Andrade.

A paciente relata que, no dia do parto, mesmo após insistir em se submeter a um parto normal, a equipe médica responsável, dirigida pelo médico Dr. Jorge Nascimento Fernandes, realizou cirurgia cesárea. Após a realização do parto, os médicos, em especial, pelo comando do Dr. Jorge, procederam de imediato à retirada do seu útero, trompas e ovários, sem sequer lhe consultar. Além disso, seu filho, em razão da demora para nascer, sofreu graves lesões no cérebro. Horas após a realização do parto, o Dr. Jorge, registrando formalmente o ocorrido no prontuário da Maternidade, procurou a paciente para explicar a situação peculiar e as razões pelas quais esses atos tiveram que ser realizados com a devida urgência. O médico explicou que Josefa Maria dos Santos chegou à Maternidade Nossa Senhora de Lurdes com consideráveis dores abdominais, decorrentes de um início clínico de hemorragia interna. Relatou que o caso era de risco, na medida em que a paciente demorou por volta de 2 horas para se dirigir à Maternidade. Somado a esses fatos, o médico afirmou que a equipe de profissionais da saúde não teve uma alternativa viável a não ser proceder o ato cirúrgico sob o regime de urgência.

Já em relação à retirada do útero, trompas e ovários, o motivo alegado foi que os aludidos órgãos do sistema reprodutor da paciente estavam necrosados, em virtude da grave condição clínica de hemorragia, que se acentuou logo após o parto. Consta ainda do prontuário que a demora para a realização do

parto poderia ocasionar sequelas de caráter neurológico, causadas justamente pela demora do nascimento do feto.

As lesões resultaram em posterior diagnóstico de paralisia cerebral. Diante disso, tanto pela retirada do útero, trompas e ovários, quanto pela doença do seu filho, tem tido elevados gastos financeiros, no importe aproximado de R\$ 4.000, 00 mensais.

Insegura e demasiadamente inconformada com a situação, Josefa Maria dos Santos procurou o Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade de Direito 8 de Julho com o objetivo de obter parecer jurídico sobre a possibilidade de Responsabilização Extracontratual do Município de Aracaju por erro médico e/ou Responsabilização pessoal do Médico Dr. Jorge Nascimento Fernandes por eventuais danos materiais e/ou danos morais.

#### **TAREFA 1**

O discente deverá emitir parecer representando o Setor Jurídico da Maternidade Nossa Senhora de Lurdes, com o objetivo de verificar, no caso, a possibilidade - ou não - de Responsabilização Extracontratual do Município de Aracaju e responsabilização pessoal do Médico Dr. Jorge Nascimento. O parecer deverá abordar aspectos constitucionais e administrativos pertinentes ao caso.

#### **TAREFA 2**

O discente deverá emitir parecer representando a paciente Josefa Maria dos Santos, com o objetivo de verificar a possibilidade jurídica de danos materiais e danos morais em face do Município de Aracaju e/ou responsabilização pessoal do Médico Dr. Jorge Nascimento. O parecer deverá abordar aspectos constitucionais e administrativos pertinentes ao caso.

## PARECER JURÍDICO

# RESPONSABILIDADE MÉDICA

### PARECER 1

#### **TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Diretor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Público; e-mail: Tiagobockie@yahoo.com.br.

#### **DANIEL AQUINO RIBEIRO**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: danielribeiro162@gmail.com

---

Numeração: Parecer nº XXXXX/2021.

Referência: Processo Administrativo nº XXXXX.

Assunto: Responsabilidade Civil do Estado e Responsabilidade do Agente Público

Interessado: Maternidade Nossa Senhora de Lourdes

DIREITO ADMINISTRATIVO. NORMAS CONSTITUCIONAIS. EVENTUAL ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO. TEORIA DA DUPLA GARANTIA. TEORIA DO ÓRGÃO. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.

## **1 RELATÓRIO**

Cuida o presente parecer apreciar a possibilidade de Responsabilização Extracontratual do Município de Aracaju e Responsabilização

pessoal do servidor público Dr. Jorge Nascimento Fernandes. No caso em que a Sra. Josefa Maria dos Santos, realizou um procedimento cirúrgico na maternidade Nossa Senhora de Lourdes, órgão que está vinculado à Secretaria Municipal de Saúde de Aracaju e consequentemente ao Município de Aracaju.

A Sra. Josefa dos Santos alega que foi vítima de um erro médico por parte do Dr. Jorge Nascimento Fernandes e sua equipe. Uma vez que, seu filho sofreu graves lesões durante o nascimento e foi diagnosticado com paralisia cerebral. Além disso, os médicos após o parto, ainda atuaram com urgência para retirar o útero, as trompas e os ovários da parturiente. As alegações expostas pelo Dr. Jorge no prontuário para as referidas situações, foram que primeiramente a paciente teria demorado um tempo considerável para ir à maternidade e posteriormente, iniciou-se um quadro de hemorragia interna na mesma, quadro este, que durante e logo após o parto foi agravando-se cada vez mais. Ainda vale ressaltar que, em virtude dos danos produzidos, a Sra. Josefa Maria dos Santos, está tendo elevados gastos financeiros, no importe aproximado de R\$ 4.000,00 mensais para a manutenção da sua saúde e da saúde do seu filho.

É o relatório.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1 Da Responsabilidade Civil do Estado**

A responsabilidade civil do Estado tem fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.



Portanto, do dispositivo legal acima transcrito, verifica-se a necessidade de três elementos para a caracterização da responsabilidade. O primeiro deles é a conduta, a qual pode ser definida segundo Carvalho (2021, p.361) como o ato “[...] de determinado agente público que atue nesta qualidade ou, ao menos, se aproveitando da qualidade de agente para causar o dano”<sup>1</sup>. Podendo este ato tanto ser lícito como ilícito.

O segundo elemento necessário para a configuração da responsabilidade do Estado é o dano. A partir disso, pode-se concluir que “Os danos que geram responsabilidade do estado são os danos jurídicos, ou seja, o dano a um bem tutelado pelo direito, ainda que exclusivamente moral.” (CARVALHO, 2021, p. 361)<sup>2</sup>. Todavia, na hipótese em que o ato do agente for lícito, é imprescindível, mediante Di Pietro (2021, p.810), “que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal)”<sup>3</sup>.

Por fim, o terceiro elemento fundamental para a caracterização da responsabilidade civil do Estado é o nexo de causalidade. O qual, baseado na teoria da causalidade adequada, abarca conforme Carvalho (2021, p.363) a ideia de que “o Estado responde, desde que sua conduta tenha sido determinante para o dano causado ao agente”<sup>4</sup>. Sendo assim, fica evidente a noção de que há uma necessidade de relação entre conduta e dano para que o nexo causal esteja configurado.

Outrossim, o Ordenamento Jurídico Brasileiro adota a Teoria do Risco Administrativo, como a regente da Responsabilidade Civil do Estado. Essa teoria pode ser entendida como a que:

---

1 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

2 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

3 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

4 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

[...] responsabiliza o ente público, objetivamente, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, contudo, admite a exclusão da responsabilidade em determinadas situações em que haja a exclusão de algum dos elementos dessa responsabilidade. (CARVALHO, 2021, p.363)<sup>5</sup>.

Ou seja, por mais que se torne mais fácil a configuração da responsabilização do Estado do que na teoria que é necessário a demonstração de dolo ou culpa. Ainda estão admitidas algumas excludentes de responsabilidade, as quais podem dispensar a responsabilização do Ente Público.

Nesse sentido, apresenta-se um julgado do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR. 1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu,

5 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício. 4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”. 5. Recurso extraordinário desprovido.

(STF - RE: 136861 SP, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 11/03/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/08/2020, grifo nosso).

## 2.2 Da Culpa Concorrente da Vítima

Como foi supramencionado, a Teoria do Risco Administrativo admite excludentes de responsabilidade, assim sendo, em casos eventuais a figura do Estado será dispensada da responsabilidade. Uma das excludentes de responsabilidade que é admitida no Brasil é a culpa exclusiva da vítima, que pode ser definida como:

[...] uma excludente que conceitualmente rompe o nexo causal entre dano e a ação ou omissão do Estado. Afasta, conseqüentemente, o dever de indenizar. Se o dano decorreu, exclusivamente, da conduta da vítima, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2020, p.676)<sup>6</sup>.

---

6 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

Já em algumas situações, a culpa da vítima não é tão impactante ao ponto de eximir a responsabilidade do Estado por completo. Entretanto, essa mesma culpa, ainda carrega uma certa influência sob as circunstâncias que ensejaram o dano, o que faz com que a responsabilidade do Estado seja atenuada.

Assim como bem dispõe o art. 945, do Código Civil: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Dentro dessa lógica de culpa exclusiva e concorrente da vítima, está o Recurso Extraordinário 243010 julgado pelo STF:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, é abrandada ou excluída pela culpa da vítima. II. - No caso, o acórdão recorrido, com base na prova, que não se reexamina em sede de recurso extraordinário, concluiu pela culpa exclusiva da vítima. III. - Agravo não provido.

(STF - RE: 234010 RJ, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 23/08/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 23-08-2002 PP-00102 EMENT VOL-02079-02 PP-00439).

Destarte, fazendo um paralelo com o caso debatido neste parecer, pode-se afirmar que, a demora da Sra. Josefa Maria para chegar na maternidade não exime por completo, todavia, atenua a responsabilidade do município de Aracaju pelos danos cerebrais causados no seu filho Mateus Santos Andrade. Uma vez que, o tempo despendido pela paciente, teve impacto real e primordial para que o quadro de danos cerebrais se originasse no recém-nascido.

### **2.3 Do Caso Fortuito e Força Maior**

O Código Civil em seu art. 393, parágrafo único, define que: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Porquanto, o caso fortuito e a força maior, são outras duas excludentes de responsabilidade admitidas pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro e se fazem explícitas a partir do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ERRO MÉDICO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 37 DA CF/88. ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STJ. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 43 DO CÓDIGO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEXO DE CAUSALIDADE. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. I - Trata-se, na origem, de ação ordinária objetivando indenização por danos morais, materiais e estéticos, em decorrência de erro médico em atendimento hospitalar. Na sentença, o pedido foi julgado improcedente. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida. Esta Corte não conheceu do recurso especial. II - Preliminarmente, em relação à alegada contrariedade ao art. 37, § 6º, da CF/88, é forçoso esclarecer que, em recurso especial, é vedada a análise de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal. III - No que trata da alegação de contrariedade ao art. 43 do Código Civil, o Tribunal a quo, na fundamentação do decisum, assim firmou entendimento (fls. 1.354-1.359): “[...] No mérito, a questão devolvida ao Tribunal, no âmbito deste recurso, diz respeito à responsabilidade civil do Estado em decorrência de suposto erro médico. O ordenamento jurídico adotou, nesses casos, a Teoria Objetiva ou Teoria do Risco Administrativo, com previsão no art. 37, § 6 da CF/88, segundo a qual, o Estado é obri-

gado a indenizar desde que comprovada a lesão, e que esta foi por ele causada. Nessa teoria, embora se prescindia da demonstração de culpa, exige-se prova inequívoca do dano e do nexo causal entre aquele e a ação ou omissão dos agentes do ente prestador de serviços públicos, sendo permitido ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal - fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. O nexo causal, destaque-se, identifica uma relação existente entre o evento danoso e a ação que o produziu. [...] Conclui-se, pois, que os esclarecimentos do perito do Juízo afastam o nexo causal da responsabilidade civil em decorrência erro médico, ao afirmar que a mielite transversa trata-se de uma reação inflamatória que pode ocorrer em qualquer pós-operatório ou em vigência de outras infecções, sem relação com qualquer ato médico. E, uma vez ausente o nexo de causalidade entre o dano e a ação administrativa, correta a sentença que julgou improcedentes os pedidos elencados na inicial. [...]”IV - Consoante se verifica dos excertos reproduzidos do acórdão recorrido, o Tribunal a quo, com base nos elementos fáticos carreados aos autos, dentre eles o laudo pericial produzido em juízo, concluiu que as sequelas apresentadas pela recorrente/paciente não guardam relação com nenhum ato médico, pelo que, ainda, deduziu não estar configurado o nexo de causalidade entre a conduta administrativa e os danos reclamados pelos recorrentes, fundamentos estes impossíveis de serem refutados pela via estreita do recurso especial, visto que, para tanto, seria necessário nova incursão no acervo fático-probatório já analisado, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ. Nesse sentido, o enunciado da Súmula n. 7/STJ também impede o acolhimento do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional. V - Agravo interno improvido. (STJ - AgInt nos EDcl no REsp: 1843195 RJ 2019/0308771-8, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 19/10/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/10/2020, grifo nosso).

Dessa maneira, sendo efetuada a análise do caso concreto, pode-se afirmar que o suposto dano causado pelo agente público com a retirada do útero, dos ovários e das trompas da paciente, adveio de caso fortuito e força maior. Visto que, originou-se um quadro hemorrágico na parturiente, o qual foi agravado segundo o prontuário, durante e logo após o parto e não poderia ser controlado senão pela retirada em regime de urgência dos órgãos, que novamente conforme o prontuário, já estavam em estado de necrose.

## **2.4 Da Responsabilidade do Agente Público**

O artigo 37, §6º, da Constituição Federal, determina que o agente público, diferentemente do Estado, responde somente de maneira subjetiva. Ou seja, para que o agente possa ser responsabilizado é necessário que ele tenha agido com dolo ou culpa. Contudo, o dispositivo acima citado, gera uma controvérsia no sentido de que seja possível identificar quem pode entrar com ação em face do agente público causador do dano, com o intuito de responsabilizá-lo por sua conduta.

Em um primeiro momento, tendo como base o Princípio da Impessoalidade, presente no caput do art. 37, e a Teoria da Imputação Volitiva, onde compreende-se que “a pessoa jurídica manifesta a sua vontade, por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse, substitui-se a ideia de representação pela de imputação”. (DI PIETRO, 2021, p.669)<sup>7</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, fixou a seguinte tese:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO

---

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF - RE: 327904 SP, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 15/08/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78).

Portanto, a partir da leitura desse Recurso Extraordinário, fica evidente que o STF vedou a possibilidade do terceiro que porventura sofreu um dano, entrar com uma ação pessoalmente em face do agente público. Uma vez que, foi adotada a Teoria da Dupla Garantia, a qual “garantiu um direito ao particular lesado de ser indenizado pelos prejuízos que sofreu, mas também concedeu ao agente a garantia de só ser cobrado pelo Estado”. (CARVALHO, 2021, p.371)<sup>8</sup>.

Posteriormente, em sentido contrário, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, assentindo a tese de propositura de ação de indenização pela vítima, de maneira direta, em face do agente público causador do dano:

---

8 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.



RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ER-  
RONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR  
LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO  
INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA.  
LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR  
DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO,  
ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE  
LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO  
DANO. 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para  
o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos  
diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais sol-  
vente que o servidor, independentemente de demonstração  
de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse  
particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decor-  
rente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda  
de curso forçado em face da Administração Pública quando o  
particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco  
confere ao agente público imunidade de não ser demandado  
diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado  
dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante  
a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a  
possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor,  
suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos,  
se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação  
contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do  
suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do siste-  
ma de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também  
não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes  
do STF e do STJ. 3. A publicação de certidão equivocada de ter  
sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera,  
quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou  
no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira  
no âmbito forense incorreções na comunicação de atos pro-  
cessuais, notadamente em razão do volume de processos que

tramitam no Judiciário. Ademais, não é exatamente um fato excepcional que, verdadeiramente, o Estado tem sido amiúde condenado por demandas temerárias ou por recalcitrância injustificada, circunstância que, na consciência coletiva dos partícipes do cenário forense, torna desconexa a causa de aplicação da multa a uma concreta conduta maliciosa do Procurador. 4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do *Duty to mitigate the loss*, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade. 5. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1325862 PR 2011/0252719-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/09/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/2013, grifo nosso).

Pois bem, o STJ entende que seria uma faculdade da vítima, entrar com a ação em face do Estado ou diretamente em face do agente público. Visto que, segundo a referida corte, a Constituição Federal em nenhum momento veda esta possibilidade. Entretanto, recentemente, o STF afastou novamente, em matéria de repercussão geral, a incidência dessa possibilidade permitida pelo STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - RÉU AGENTE PÚBLICO - ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ALCANCE - ADMISSÃO NA ORIGEM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PROVIMENTO. (RE 1027633, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-268 DIVULG 05-12-2019 PUBLIC 06-12-2019) Acórdão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 940 da repercussão geral, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, da votação de mérito, o Ministro Gilmar Mendes. Em seguida, por maioria, acolhendo proposta do Ministro Ricardo Lewandowski, fixou a seguinte tese: “A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Luiz Fux. Falou, pela interessada, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 14.08.2019. Tema 940 - Responsabilidade civil subjetiva do agente público por danos causados a terceiros, no exercício de atividade pública. Tese A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (STF - RE:1027633 SP - SÃO PAULO 0001053 - 92.2010.8.26.0607, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 14/08/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-268 06/12/2019).

Portanto, depois dessa chancela do Supremo Tribunal Federal, não resta dúvidas de que somente é possível a responsabilização do agente público perante o Estado.

### **3 CONCLUSÃO**

Em face do exposto, é possível concluir que a responsabilidade extracontratual do Município de Aracaju, deverá ser atenuada em relação aos danos cerebrais causados no recém-nascido Matheus Santos Andrade e excluída em referência a retirada dos órgãos reprodutores da Sra. Josefa Maria dos Santos. Outrossim, verificou-se de igual forma, a impossibilidade de responsabilidade pessoal do agente público Dr. Jorge Nascimento Fernandes.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

## PARECER JURÍDICO

# RESPONSABILIDADE MÉDICA

### PARECER 2

#### **MARCELA QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Professora de Direito Ambiental e Direito Eleitoral (CICLO/CERS Aracaju). Professora de Direito Ambiental e Urbanístico (Faculdade de Direito 8 de Julho). Advogada. E-mail: profmarceladamazio@gmail.com.

#### **TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Diretor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Público; e-mail: Tiagobockie@yahoo.com.br.

#### **FILIFE SOBRAL AZEVEDO**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: filife\_sobral@hotmail.com

---

### Tarefa 04

Numeração: Parecer nº XX – 15/11/2021

Referência: Processo Administrativo nº XXXXX;

Assunto: Responsabilidade Civil do Estado e Responsabilidade do Agente Público

Interessado: Josefa Maria dos Santos

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. ARTIGO 37 §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. TEORIA DO ÓRGÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE AÇÃO DE DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS EM FACE DO MUNICÍPIO DE ARACAJU.

## 1 RELATÓRIO

Mediante consulta realizada por Josefa Maria dos Santos, residente no Município de Aracaju, o Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade de Direito 8 de Julho ficou encarregado de expressar seu posicionamento acerca do seguinte caso.

Trata-se de um questionamento sobre a possibilidade jurídica de Responsabilização Extracontratual do Município de Aracaju ou a Responsabilização Pessoal do médico Dr. Jorge Nascimento Fernandes por eventuais danos materiais e danos morais, em um suposto caso de erro médico na realização do parto de Matheus Santos Andrade.

Tal episódio ocorreu na Maternidade Nossa Senhora de Lourdes, no dia 20 de junho de 2021, tendo sido o parto realizado pela equipe médica da Maternidade, composta por servidores públicos estáveis da rede pública municipal de saúde, chefiados pelo Dr. Jorge Nascimento. A Sra. Josefa afirma que horas após a realização do parto, recebeu a notícia de que, em razão da demora para nascer, o seu primeiro filho havia sofrido graves lesões no cérebro, que resultaram em posterior diagnóstico de paralisia cerebral. Além disso, foi comunicada que, imediatamente após o parto, teve o útero, as trompas e os ovários retirados, sob a alegação de já estarem necrosados.

Deste modo, tanto em razão da retirada dos órgãos mencionados, quanto pela doença do seu filho, a consulente alega estar sofrendo com elevados gastos financeiros, no importe aproximado de R\$ 4.000,00 mensais.

Isto posto, a Sra. Josefa buscou o NPJ da Faculdade de Direito 8 de Julho para compreender se a ação de indenização por danos materiais e danos morais deveria ser em face do Município de Aracaju ou em face do médico que chefiou toda a operação, o Dr. Jorge Nascimento, e se havia a possibilidade de provimento desta demanda por danos materiais e danos morais.

É o relatório. Fundamento e opino.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO

O pleito da requerente apresenta respostas do ordenamento jurídico pátrio, da doutrina e, principalmente, da jurisprudência, com entendimentos fixados pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Primordialmente, é importante salientar que a dúvida quanto à legitimidade passiva para ação de indenização, acontece em razão do cargo público ocupado pelo Dr. Jorge Nascimento. O médico é um servidor público estável da rede municipal de saúde, sendo assim, sua atuação não deve ser observada como a de qualquer outro profissional. Ao atuar como agente público, o médico passa a representar o município de Aracaju e questões, como por exemplo, a responsabilização por danos a algum paciente, recebem um tratamento diferenciado.

Nesse sentido, vale ressaltar que é definido como agente público, todos aqueles que atuam em representação do Estado, ainda que temporariamente e sem remuneração, seja a qualquer título, com cargo, emprego, mandato ou função. (CARVALHO, 2021)<sup>1</sup>

Portanto, tem-se como tema central da consulta, a Responsabilização Civil do Estado, objeto de estudo do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, que rende debates doutrinários e decisões judiciais importantes.

### 2.1 Do Ordenamento Jurídico

Art. 37. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.<sup>2</sup>

---

1 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9 ed. Salvador: JUSPODVIM. 2021

2 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Desse modo, conforme já foi dito, o médico Dr. Jorge Nascimento, servidor domunicípio de Aracaju, realizou o parto atuando como um agente público, ou seja, materializando a vontade do município. Logo, em consonância ao Art. 37 §6º da CF, a responsabilidade pelos danos que supostamente o médico tenha provocado a terceiro, deve recair sobre a pessoa jurídica de direito público na qual o agente está filiado, nesse caso o município de Aracaju.

Além disso, convém ressaltar a presença da Responsabilidade Civil do Estado no Código Civil Brasileiro, em seu art. 43, que se apresenta muito mais como uma extensão do que é previsto na CF, e dispõe que:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.<sup>3</sup>

Ademais, em razão, também, do Princípio da Impessoalidade, a responsabilidade deve ser atribuída à pessoa jurídica, já que quando o agente público atua, não é a pessoa do agente quem praticou o ato, mas sim o órgão que ele integra. Entende-se que a vontade do agente se confunde com a da própria pessoa jurídica estatal, aspecto que não permite a responsabilização do agente por danos causados a terceiros, nem mesmo a sua valorização por vantagens geradas à sociedade. Esses entendimentos são próprios da Teoria do Órgão ou Teoria da Imputação Volitiva, tema que será mencionado em tópico posterior.

## **2.2 Da Ilegitimidade passiva do Agente Público**

Em consonância ao que já foi manifestado, é possível fixar o entendimento de que o médico Dr. Jorge Nascimento, em razão de uma

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002



atuação na qualidade de agente público, não pode ser parte de uma eventual ação proposta pela Sra. Josefa Maria. Em outras palavras, é plausível dizer que as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, e não seus agentes.

Cumpre-nos assinalar que esta ideia possui embasamento legal, doutrinário e jurisprudencial. O já mencionado Art. 37 §6º da CF/88 é muito claro ao passar a responsabilidade dos danos causados a terceiros, para a entidade na qual o agente público, autor do dano, está filiado.

Apesar da clareza e sensatez deste dispositivo, ainda é possível encontrar divergência doutrinária. Nesse sentido, mister se faz ressaltar o posicionamento do grande nome do Direito Administrativo Pátrio, Celso Antônio Bandeira de Mello, que concluiu ser possível a propositura de ação pela vítima diretamente em face do agente público causador do dano, desde que abra mão da garantia de responsabilidade objetiva e proponha a ação indenizatória, embasada nas alegações de dolo ou de culpa do agente. (BANDEIRA DE MELLO, 2009 *apud* CARVALHO, 2021)<sup>4</sup>

Insta salientar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2014, em consonância com as ideias do doutrinador citado, se manifestou de forma favorável à possibilidade da propositura da ação de reparação civil pela vítima, diretamente, em face do agente público.

Entretanto, em razão das divergências e das discussões não pacificadas acerca do tema, a matéria, através do RE 1.027.633 representado no tema 940 de repercussão geral, chegou até o Supremo Tribunal Federal, que chancelou a aplicação do Art. 37 §6º e fixou o entendimento de que a impessoalidade deve ser observada, o que torna intolerável a ação em face do agente público de forma direta.

Foi com fundamento na seguinte tese, que o STF deu provimento ao recurso extraordinário e fez surgir o Informativo nº 947, vejamos:

---

4 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9 ed. Salvador: JUSPODVM. 2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - RÉU AGENTE PÚBLICO - ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ALCANCE - ADMISSÃO ORIGEM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PROVIMENTO. (RE1027633, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-268 DIVULG 05-12-2019 PUBLIC 06-12-2019)  
(STF - RE: 1027633 SP - SÃO PAULO 0001053-92.2010.8.26.0607, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 14/08/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-268 06-12-2019)

A tese fixada neste julgamento foi a seguinte:

A teor do disposto no Art.37 §6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público **deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para ação o autor do autor do ato**, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (STF, 2019, grifonosso)

Isto posto, de forma majoritária, deve-se considerar apenas a possibilidade de a vítima propor a ação diretamente em face do Estado ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, cabendo a estes a propositura de uma posterior ação de regresso em face do agente público, autor do dano.

Impende salientar que esse entendimento da Suprema Corte tem fulcro no Princípio da Impessoalidade, no dizer sempre expressivo do grande Matheus Carvalho a razão disso fica mais clara, vejamos:

Isso porque um dos enfoques deste princípio define que não há qualquer relação entre o agente público e o particular prejudicado, haja vista o fato de que quando o agente causou o prejuízo, não o fez na condição de particular, o fez em nome do

Estado. Em outras palavras, a conduta do agente público não deve ser imputada à pessoa do agente, mas sim ao Estado que está atuando por meio dele. (CARVALHO, P.371, 2021)<sup>5</sup>

Desse modo, se temos em nosso ordenamento a preponderância de um princípio que impõe ao agente público uma atuação pautada apenas no interesse público, desprovida de favorecimentos ou de prejuízos pessoais, deve-se concluir que a vontade desempenhada pelo agente é a vontade do Estado. Sendo assim, a responsabilização por uma atuação, seja ela positiva à sociedade ou negativa aos particulares, cabe ao ente estatal.

Cumprе nos assinalar que esta faceta do Princípio da Impessoalidade é a clara aplicação da Teoria do Órgão ou da Imputação Volitiva, que ressalta essa ideia de que as ações do agente ou do servidor público representam as vontades do Estado e devem ser atribuídas à pessoa jurídica na qual está filiado.

### **2.3 Da Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado**

Após a dissertação sobre quem seria a parte legítima para uma possível ação proposta pela Sra. Josefa Maria, é preciso esclarecer de que forma esta ação atingirá o Estado e quais são os elementos imprescindíveis para o provimento da demanda.

Em primeiro plano, é essencial evidenciar que o Estado apresenta diversas prerrogativas na sua atuação, em razão, claro, da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares. Entretanto, esta concessão de liberdades ao Estado é uma via de mão dupla, pois, em razão disso, a atividade administrativa também sofre com diversas imposições e quando nos referimos aos danos provocados pelo próprio Estado a terceiros, o tratamento é muito mais rigoroso.

Nesse sentido, não apenas o Art. 37 §6º da CF, que disciplina a responsabilidade civil do Estado, como também a doutrina majoritária e as

---

5 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9 ed. Salvador: JUSPODVM. 2021.

decisões judiciais pacíficas, entendem recair sobre o Estado, em caso de dano provocado por agente público, a Teoria da Responsabilidade Objetiva. Tal ideia foi muito bem definida pelo mestre Celso Antônio Bandeira de Melo, que conceitua: “a responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito, que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem”. (BANDEIRA DE MELLO, 2009 *apud* CARVALHO, 2021)<sup>6</sup>

A par disso, é possível notar que para comprovação da responsabilidade objetiva do Estado, basta a existência da relação causal entre a conduta do agente público e o dano provocado em terceiro. Assim, é visível o olhar mais rigoroso sobre a responsabilidade do Estado, uma vez que para comprová-la não é necessário discutir o dolo ou a culpa do agente.

Por certo, para responsabilizar objetivamente o Estado será essencial provar três elementos, são eles: a conduta do agente público, o dano provocado a terceiro e o nexo de causalidade entre o fato lesivo e o prejuízo. Sob a luz destas informações, aplicando-as ao caso em cerne, para Sra. Josefa Maria alcançar o provimento da ação em face do Município de Aracaju, é imprescindível demonstrar que existiu a atuação do médico Dr. Jorge Nascimento, comprovar os danos sofridos por ela e pelo seu filho e, por fim, evidenciar que o comportamento do Dr. Jorge mantém íntima relação causal com a paralisia cerebral do seu filho e com a retirada do útero, das trompas e do ovário da própria Josefa.

Oportuno se toma trazer a esta manifestação um julgado da Suprema Corte, que, de forma clara e objetiva, traçou as características e os elementos necessários para comprovação da responsabilidade objetiva do Estado. Vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL  
RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRA-

---

6 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9 ed. Salvador: JUSPODVM. 2021.

TIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECES-SIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR. 1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, **há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.** 3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício. 4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”. 5. Recurso extraordinário desprovido. (STF - RE: 136861 SP, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 11/03/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/08/2020; grifo nosso.)

Como foi possível notar na tese exposta acima, além dos três elementos básicos para comprovar a Responsabilidade Objetiva, é preciso que o caso não aceite nenhuma excludente donexo causal. Isso acontece em razão da Teoria do Risco Administrativo, ideia adotada e pacificada na jurisprudência e na doutrina brasileira, que admite o afastamento da responsabilidade se incidir sobre o caso a exclusão de algum dos elementos.

Dessa forma, para alcançar o provimento da demanda, é preciso mostrar que um mero atraso de duas horas na realização do parto não seria capaz de gerar, sozinho, traumas eternos a uma família. É essencial deixar claro que os danos sofridos pela Sra. Josefa Maria e pelo seu primeiro filho, Matheus Santos, foram imensuráveis além de terem deixado marcas físicas e psicológicas, provocaram altos gastos financeiros. Assim, depois de tantos danos gerados a uma família, deve-se fazer o possível para não eximir o Estado da responsabilidade, que tentou excluir o nexo causal apenas alegando um atraso no parto, sem sequer saber quais foram as verdadeiras razões para demora.

## **2.4 Da Responsabilização Subjetiva do Agente Público**

Apesar do dever de reparar o dano recair sobre o Município de Aracaju, é preciso assinalar que cabe uma ação de regresso, proposta pelo município, em face do autor do dano, o médico Dr. Jorge Nascimento.

Entretanto, a responsabilidade na qual o agente público está submetido é subjetiva, ou seja, para que este seja condenado à reparação, além da comprovação dos três elementos básicos, conduta, dano e relação causal, é preciso apurar o dolo e a culpa do autor no momento do ato. Sendo assim, o médico Dr. Jorge Nascimento só seria obrigado a reparar os gastos do Município de Aracaju com o processo, se restasse comprovado que o mesmo atuou com dolo, tendo a intenção de lesionar Josefa e seu filho, ou com culpa, após a evidência de que o mesmo atuou com negligência, imprudência ou imperícia no momento do parto.

Nesse sentido, é bom dizer que não é do interesse da Sra. Josefa Maria apurar se o médico agiu com dolo ou culpa, para o provimento

da sua demanda não importa o elemento subjetivo. Assim, é preciso somente deixar claro que a conduta do Dr. Jorge teve grande influência nas lesões cerebrais de Matheus Santos e na retirada de alguns dos seus órgãos reprodutores. Além disso, é preciso assinalar que o agente público não deve se preocupar com a ação proposta pela vítima, nem mesmo com a responsabilidade objetiva dos seus atos, tudo isso incumbe ao Estado. O que se vê nestes dizeres é a base da Teoria da Dupla Garantia, que por um lado protege o particular, possibilitando-lhe acionar o Estado, o que torna muito mais possível o pagamento do dano sofrido. Como também garante ao agente público que este responda somente em face do Estado, caso reste comprovado que atuou com dolo ou culpa.

Por último, é imprescindível trazer ao fim desta apresentação um julgado do Tribunal de Justiça do Piauí, que disse o direito ao caso concreto de forma espetacular. Será possível notar grande semelhança entre os fatos, por se tratar de dois casos em que um agente público comete erro médico no momento parto e provoca graves lesões em terceiros. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. PARTO. MATERNIDADE EVANGELINA ROSA. PARALISIA OBSTÉTRICA NO BRAÇO DIREITO. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. No tocante a responsabilidade civil da Administração, o direito pátrio acolheu a teoria do risco administrativo. **Dessa forma, existindo o dano, a conduta e o nexo de causalidade, e não havendo nenhuma das causas de exclusão da responsabilidade, o Estado deverá ser responsabilizado.** 2. **A responsabilidade civil do médico é analisada sob o aspecto subjetivo, devendo estar presentes os seguintes pressupostos: a conduta (omissiva ou comissiva), o dano, o nexo de causalidade e a culpa, que pode ser exteriorizada através da negligência, imprudência**

**e imperícia. Entretanto, o médico que presta serviço público de saúde, passa a ser “acobertada” pela responsabilidade objetiva. O atendimento por intermédio do serviço público patrocinado pelo Estado, caracteriza a responsabilidade objetiva para entidade, e responsabilidade extracontratual para o profissional. 3. Dessa forma, o Estado será condenado a ressarcir o lesado, restando o direito à ação regressiva contra ato do médico, se esse estiver agido com culpa. 4.** Da análise da documentação constante nos autos, vislumbra-se que a apelada é portadora de paralisia obstétrica no braço direito (fl. 09); à fl. 11 temos a Declaração de Nascido Vivo no estabelecimento Maternidade Evangelina Rosa; à fl. 12 o cartão de alta; à fl. 14 declaração de que a menor, ora apelada, realiza fisioterapia sob a responsabilidade do Hospital Getúlio Vargas. 5. Diante de tais esclarecimentos e documentos constante nos autos, restam presentes todos os elementos para a configuração da responsabilidade civil objetiva da entidade estatal ora recorrente. 6. Quanto a fixação do quantum indenizatório, deve-se estar atento aos critérios sedimentados pela doutrina e jurisprudências pátrias, quais sejam, as circunstâncias em que se deu o evento, a situação patrimonial das partes e a gravidade da repercussão da ofensa, além de se atender ao caráter compensatório, pedagógico e punitivo da condenação, sem gerar enriquecimento sem causa e, por fim, é de suma importância, a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 7. Sopesadas essas diretrizes, tendo em vista o transtorno e a angústia causados à parte Autora, ora Apelada, oriundos do erro médico que causou a paralisia obstétrica no braço direito, e, por outro lado, levando-se em consideração as condições financeiras do Apelante, entendo que o valor arbitrado não se distanciou dos critérios recomendados pela jurisprudência pátria. Assim, mantenho o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de indenização por danos morais em favor da apelada. (TJ-PI - AC: 00152087320078180140 PI, Relator: Des. Hilo de



Almeida Sousa, Data de Julgamento: 23/01/2018, 3ª Câmara de Direito Público; grifo nosso.)

### **3 CONCLUSÃO**

Ante o exposto, após a análise do ordenamento jurídico pátrio e o estudo específico das jurisprudências e das teses da Suprema Corte sobre o tema, o Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade de Direito 8 de Julho opina pelo cabimento da ação de indenização por danos materiais e por danos morais em face do Município de Aracaju e reforça à consulente a aplicabilidade do Art.37 §6º da Constituição Federal.

Para fundamentar seu pleito e melhor demonstrar a responsabilidade objetivado município, o núcleo sugere que a consulente recorra a exame pericial, capaz de evidenciar que apenas um mero atraso de duas horas no parto não seria capaz de provocar danos tão sérios às vítimas.

No mesmo sentido, o NPJ entende pela ilegitimidade passiva do Dr. Jorge Nascimento para ação proposta por Josefa Maria, avaliando-se ser o Município de Aracaju a parte passiva desta ação.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

PARECER JURÍDICO

RESPONSABILIDADE MÉDICA

PARECER 3

**MARIA EDUARDA DE AMORIM SOUZA**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

**MARCELA QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Professora de Direito Ambiental e Direito Eleitoral (CICLO/CERS Aracaju). Professora de Direito Ambiental e Urbanístico (Faculdade de Direito 8 de Julho). Advogada. E-mail: profmarceladamazio@gmail.com.

**TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Diretor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Público; e-mail: Tiagobockie@yahoo.com.br.

---

Numeração: Parecer nº 15 – 05/11/2021

Referência: Processo Administrativo nº XXXXX

Assunto: Responsabilização Civil

Interessado: Maternidade Nossa Senhora de Lourdes

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO DE ARACAJU. ATENDIMENTO MÉDICO EMERGENCIAL. ERRO MÉDICO. SEQUELAS IRREVERSÍVEIS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E/OU MATERIAL. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL NECESSÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS NÃO CARACTERIZADOS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.

## **1. RELATÓRIO**

Através do processo em epígrafe este Setor Jurídico emite o presente parecer acerca do seguinte fato:

Se existe a possibilidade de responsabilização extracontratual do Município de Aracaju por erro médico e/ou a possibilidade de responsabilização pessoal do Médico Dr. Jorge Nascimento Fernandes por eventuais danos materiais e/ou danos morais, diante do parto do primeiro filho da Sra. Josefa Maria dos Santos realizado na Maternidade Nossa Senhora de Lourdes, que ocasionou a retirada dos órgãos do sistema reprodutor, quais sejam, o útero, trompas e ovários e que, posteriormente, causou também lesões de caráter neurológico com posterior diagnóstico de paralisia cerebral no seu filho.

É o relatório.

## **2. FUNDAMENTAÇÃO**

Afirma a autora que no dia 20 de junho de 2021 deu entrada no setor de urgência da Maternidade Nossa Senhora de Lourdes, situada no município de Aracaju/SE. Ato contínuo, realizou parto cesáreo e diante do procedimento, alega ter sido vítima de erro médico durante o parto do seu primeiro filho, Matheus Santos Andrade.

Relata ainda que, mesmo após insistir em se submeter a parto normal a equipe médica responsável dirigida pelo médico Dr. Jorge Nascimento Fernandes realizou cirurgia cesárea e logo após o parto teve seus órgãos reprodutores retirados sem que a consultasse. Ressalte-se que seu filho, em razão da demora para nascer, sofreu graves lesões no cérebro e após horas da realização do parto, Dr. Jorge a procurou para explicar a situação e as razões pelas quais esses atos tiveram que ser realizados com a devida urgência. O médico explicou que a autora deu entrada na maternidade com fortes dores abdominais, decorrentes de um início clínico de hemorragia interna, e que dessa forma o caso era de risco em virtude da demora de aproximadamente duas horas para ter se dirigido à maternidade. Informou ainda

que a retirada dos órgãos ocorreu pelo fato de os mesmos estarem necrosados em virtude da grave condição clínica de hemorragia, que se acentuou após o parto. Constatou ainda no prontuário que a demora para a realização do parto poderia ocasionar sequelas de caráter neurológico causadas justamente pela demora no nascimento do feto. Apontou também no seu prontuário que aguardou o tempo necessário para informar todos os fatos ocorridos à dona Josefa, uma vez que a mesma se encontrava sob o efeito da anestesia geral que precisou em virtude da cirurgia realizada.

## **2.1 – Da Não Responsabilidade Extracontratual do Município**

Destarte, não há de se falar em Responsabilização Extracontratual do Município sem mencionarmos o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual prevê a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, de acordo com a teoria do risco administrativo, *in verbis*:

Art. 37 (...)

(...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A Teoria do risco administrativo, adotada no ordenamento jurídico brasileiro, responsabiliza o ente público, objetivamente, pelos danos que seus agentes causarem a terceiro, contudo, admite a exclusão da responsabilidade em determinadas situações em que haja a exclusão de alguns dos elementos desta responsabilidade, quais sejam, a conduta do agente, o dano e o nexo de causalidade.

A responsabilidade objetiva da Administração Direta, na modalidade risco administrativo, reside no risco que a atuação de União, Estados e municípios e dos prestadores de serviços públicos, no

caso, hospitais, clínicas, postos de saúde e afins encerram para os administrados.

Corroborando com esse entendimento, a jurisprudência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: FATO ADMINISTRATIVO, DANO E NEXO CAUSAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUÇÃO DO MÉDICO DEMANDADO E OS DANOS SOFRIDOS PELA REQUERENTE. PRESSUPOSTO INDISPENSÁVEL PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MUNICÍPIO. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. PROVIMENTO. SENTENÇA MODIFICADA. 1. O art. 37, § 6º, da Constituição Federal, dispõe que **“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”**. 2. Para a caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, exige-se a presença cumulativa dos seus pressupostos, quais sejam, o fato administrativo, o dano e o nexo causal. 3. No caso dos autos, o conjunto probatório é insuficiente para comprovar que tenha havido negligência, imperícia ou imprudência na conduta do médico demandado, bem como nexo de causalidade entre a conduta por ele adotada e os danos sofridos pela paciente. 4. Como para a caracterização da responsabilidade civil, mesmo na modalidade objetiva, o nexo de causalidade constitui pressuposto indispensável, a sua ausência impede a responsabilização do Município no caso em tela e o conseqüente dever de indenizar. 5. Apelação conhecida e provida. Sentença modificada. ACÓRDÃO Acorda a 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por uma de suas turmas

juulgadoras, à unanimidade de votos, em conhecer da apelação para dar-lhe provimento, tudo nos termos do voto do relator, parte integrante deste. PROCESSO: 0048554-57.2014.8.06.0090. Fortaleza, 26 de outubro de 2020.

Matheus Carvalho<sup>1</sup>, tecendo comentários a respeito do princípio da responsabilidade civil do Estado, esclarece:

(...). Para a caracterização da responsabilidade objetiva do Município é necessário a presença de três elementos fundamentais, quais sejam: conduta, dano e nexo de causalidade. Como regra, o Brasil adotou a teoria da causalidade adequada, por meio da qual o Estado responde, desde que a sua conduta tenha sido determinante para o dano causado ao agente. Assim, se condutas posteriores alheias à vontade do Estado, causam o dano a um terceiro, ocorre o que se denomina, na doutrina, de teoria da interrupção do nexo causal a excluir a responsabilidade estatal.

## 2.2 – Da Culpa Exclusiva da Vítima

De acordo com a fundamentação, com os dispositivos jurídicos e doutrinários mencionados acima, e considerando que a autora demorou aproximadamente duas horas para buscar atendimento hospitalar, fato este que pode ter contribuído consideravelmente para a grave condição clínica de hemorragia, e considerando que o médico Dr. Jorge Nascimento Fernandes desempenhou uma obrigação de meio, isto é, não se promete o resultado, a cura. Destarte, conclui-se que não houve negligência médica e todos os procedimentos clínicos adotados foram necessários, visando tão somente a preservação da vida da paciente. Diante dos fatos apresentados, está constatada a responsabilidade exclusiva da vítima, logo ficando interrompido o

---

1 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*, 9ª. ed., JusPodivm, 2021, p. 361-364

nexo de causalidade e conseqüentemente a excludente de responsabilidade do Estado.

Conforme a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves, as excludentes da responsabilidade civil, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior (art. 393, do CC), rompem o nexo de causalidade, afastando a responsabilidade do agente. (in Direito Civil 1, 6<sup>a</sup>. ed., Saraiva, 2016, p. 401)

Corroborando com esse entendimento, a jurisprudência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROCEDIMENTO CLÍNICO. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO NÃO CONSTATADO. INEXISTÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA DO PROFISSIONAL DE SAÚDE, ORA REQUERIDO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL NECESSÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. LAUDO PERICIAL ENCARTADO AOS AUTOS. DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS NÃO CARACTERIZADOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Laudo pericial que concluiu que as sequelas sofridas pela autora, em seu ombro, não decorreram da falha do serviço prestado pela médica/requerida, mas, em verdade, da culpa exclusiva da vítima ao efetuar movimento brusco. 2. Não foram demonstrados os requisitos necessários (conduta, dano, nexo causal e culpa/dolo) para a configuração da responsabilidade da profissional de saúde, ora apelada, no que tange ao procedimento realizado, não se evidenciando qualquer imprudência, imperícia ou negligência de sua parte. 3. Inexistência de dano de ordem moral, estético e material a ser indenizado. Recurso desprovido. Decisão unânime. (Apelação Cível nº 201800831466 nº único 0056557-46.2014.8.25.0001- 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator (a): José dos Santos – julgado em 30/04/2019).

### **2.3- Da Não Responsabilidade Civil Pessoal por Danos Morais e Materiais do Médico**

Conforme a leitura do art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, pode-se concluir que a responsabilização do ente público se configura objetiva, mas que seus agentes respondem somente de forma subjetiva, ou seja, após a análise de dolo ou culpa desse, perante o Estado em ação de regresso.

O Código Civil expressa, em seus artigos 186 e 927 que, para se configurar o dever de indenizar, necessário, cumulativamente, a presença dos pressupostos que regem os artigos 186 e 927 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito;

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Corroborando com esse entendimento, a jurisprudência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, *in verbis*:

Civil e Processual civil – Ação de Indenização – Sentença de procedência – Responsabilidade Civil de Unidade Hospitalar por ato decorrente de profissional de saúde a ele vinculado - A responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva – mediante a comprovação de culpa ou dolo, de forma que para que a lesão seja indenizada pelo Hospital (pessoa jurídica), é imprescindível a comprovação que o profissional da saúde agiu de forma negligente, imprudente ou com imperícia - Constatada a culpa, *in casu*, de profissional de saúde do



quadro do Hospital é que sua responsabilidade será objetiva e solidária, vedando-se apenas a discussão de prática de culpa própria – Precedentes do STJ. 1. Da narrativa exordial, verifica-se que a grande celeuma está em aferir se a fratura do fêmur da perna esquerda do acionante (causa de pedir) foi de fato decorrente de alguma falha ocorrida durante às sessões de fisioterapia, em especial aquelas realizadas entre os dias 17 e 18 de agosto de 2018, a qual o genitor do autor atribui à conduta imprudente da fisioterapeuta. 2. Neste viés, descarta-se de plano a imperícia, uma vez que comprovada a formação profissional de todos os fisioterapeutas que participaram do atendimento do paciente durante o período de internação que antecedeu a fratura, com inscrição no CREFITO e habilidade para lidar com paciente neurológico. 3. Para além da aferição da culpa, salienta-se que, na verdade, sequer foi demonstrada pela parte autora o nexo de causalidade (um dos elementos da responsabilidade civil) entre as condutas das fisioterapeutas e a lesão apresentada no seu fêmur. 4. Destarte, seja na gestão do risco do tratamento, seja no seu exercício efetivo, não há comprovação de atividade negligente ou imprudente dos profissionais de saúde, afastando-se por completo a responsabilidade civil do hospital. 5. Apelo conhecido e provido. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os integrantes do Grupo III, da Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade, CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Nº do processo: 202100723575 / 0038980-16.2018.8.25.0001. Aracaju/SE, 25 de outubro de 2021.

Segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, para que haja a obrigação de indenizar é necessário que seja demonstrada a culpa do suposto violador do direito da vítima, sendo desta última a incum-

bência de provar tal situação para que tenha direito à indenização. Utiliza-se do ensinamento de CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

“Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano.

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Essa teoria, também chamada teoria da culpa, ou “subjéitiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser ‘subjéitiva’ a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.”

Destarte, o vigente Código Civil brasileiro adotou como regra geral a responsabilidade civil subjéitiva (art. 186), segundo a qual, baseada na teoria clássica, o ofensor tem o dever de reparar ou de restituir o mal causado desde que comprovado o dano, o nexó causal e a sua culpa. Neste sentido, Sergio Cavalieri Filho expõe que “Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa”.

### **3 CONCLUSÃO**

Ante o exposto, a conclusão a que se chega no presente parecer é que no caso em epígrafe e de acordo com as jurisprudências e entendimentos doutrinários houve a interrupção do nexó de causalidade visto que a autora demorou cerca de duas horas para buscar atendimento

médico hospitalar, logo a atuação do Dr. Jorge Nascimento Fernandes foi de acordo com o quadro grave de saúde apresentado pela autora, Sra. Josefa. Destarte, configura-se culpa exclusiva da vítima que tão somente interrompe o nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano causado. Contudo, não procede o pedido por danos morais e/ou materiais em face do Estado, pois não há caracterização de responsabilidade objetiva do Estado, nem tampouco subjetiva do agente público que desempenhou prontamente a sua obrigação de meio.

Destarte, sob o ponto de vista da responsabilidade estatal que consta na Constituição Federal de 1988, fica evidente que não houve imperícia, imprudência e negligência no procedimento médico prestado pela maternidade e que a demora na busca do atendimento foi fator primordial para o dano moral e material causado à paciente Sra. Josefa caracterizando assim a sua culpa exclusiva, que corrobora com a exclusão da responsabilidade civil objetiva do Município.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

PARECER JURÍDICO

RESPONSABILIDADE MÉDICA

PARECER 4

**MARCELA QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Professora de Direito Ambiental e Direito Eleitoral (CICLO/CERS Aracaju). Professora de Direito Ambiental e Urbanístico (Faculdade de Direito 8 de Julho). Advogada. E-mail: profmarceladamazio@gmail.com.

**RACHEL MACHADO DE SALES E SILVA**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

**TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Diretor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Público; e-mail: Tiagobockie@yahoo.com.br.

---

Numeração: Parecer nº 16 – 05/11/2021

Referência: Processo Administrativo nº \_\_\_\_\_;

Assunto: Possibilidade de danos Morais e Materiais por Ação de Responsabilização Civil do Estado

Interessado: Josefa Maria dos Santos

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO CIVIL. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. OBRIGAÇÃO DE MEIO. AÇÃO DE NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA OU IMPRUDÊNCIA DE AGENTE PÚBLICO.

## 1- RELATÓRIO

Trata-se de parecer jurídico requerido pela Senhora Josefa Maria dos Santos, residente do Município de Aracaju-SE, ao Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade de Direito 8 de Julho para arguir quanto à possibilidade de entrada de ação por danos morais e materiais por erro médico em face do Município de Aracaju e/ou responsabilização pessoal do Médico Dr. Jorge Nascimento em face dos fatos decorrentes do parto de seu primeiro filho, Matheus Santos Andrade, e da retirada cirúrgica de seus órgãos reprodutores- seu útero, seus ovários e suas trompas.

Relata a consulente que, no dia 20 de junho de 2021, ela se dirigiu à Maternidade Nossa Senhora de Lurdes, maternidade pública subordinada à Secretaria Municipal de Saúde de Aracaju, com o objetivo de dar à luz a seu primeiro filho, Matheus Santos Andrade.

Ocorre que, mesmo após a Sra. Josefa Maria insistir em se submeter a um parto normal, a equipe médica, liderada pelo Dr. Jorge Nascimento Fernandes, realizou cirurgia cesárea na paciente além de, imediatamente após tal procedimento realizarem a retirada de seu útero, trompas e ovário sem prévia consulta com a Sra. Josefa Maria.

Relata também que somente horas após a realização do procedimento, o Dr. Jorge registrou formalmente o ocorrido no prontuário da Maternidade, procurando a paciente para dá-la explicação das razões que o levaram a decidir por realizar tais atos urgentemente.

Narra o médico que a Sra. Josefa Maria chegou a Maternidade com fortes dores abdominais decorrentes de início de hemorragia interna e que o caso era de risco pois a paciente demorou cerca de duas horas para se dirigir à Maternidade, motivos pelos quais ele optou por realizar cirurgia cesárea. No que consta a retirada dos órgãos do sistema reprodutor, o médico também narra que estes se encontravam necrosados, consequência do quadro de grave hemorragia da paciente, que estava se agravando após a realização do parto. Finalmente, ele relata que por consequência da demora para nascimento do feto, este poderia apresentar sequelas de caráter neurológico.

Como resultado dos fatos narrados, o infante Matheus Santos Andrade apresenta diagnóstico de paralisia cerebral e a consulente Josefa Maria tem tido gastos mensais elevados tanto pelo quadro clínico de seu filho quanto pela retirada dos órgãos de seu sistema reprodutor, gastos estes de aproximadamente R\$ 4.000,00 reais.

É o relatório.

## **2-FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1- Da Responsabilidade Civil: Quanto à Regularidade do Ato Médico Praticado e suas Consequências Jurídicas e do Nexo de Causalidade entre o Eventual Dano Moral e a Conduta do Agente e do Ente Público**

A posta aqui para análise consiste em inquirir acerca da existência de nexo de causalidade entre ato negligente, imperito ou imprudente dos profissionais responsáveis pela realização do parto da senhora Josefa Maria dos Santos, mediante técnica não acolhida pela consulente/paciente e o resultado obtido com o ato cirúrgico de extração dos órgãos reprodutores da mesma, bem como consequências neurológicas no infante seu filho nascido, bem como falha na prestação do serviço na comunicação dos atos médicos praticados e dos quais decorreram as ações com a parturiente e seu filho, tudo sob o ponto de vista da responsabilidade civil e estatal.

O Código Civil declara, em seus artigos 186 e 927 que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Portanto, para a efetiva configuração do dano praticado é preciso estar constatado o clássico trinômio ato, dano – efetivamente

comprovado –, e nexos causal entre a ação ofensiva e o prejuízo verificado.

O dano moral consiste na lesão de direitos que não possuem conteúdo pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, pode-se afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a pessoa em sua dimensão personalíssima (seus direitos da personalidade), violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, estes sendo bens jurídicos tutelados no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal dita também, no seu art. 37, §6º, a responsabilidade civil objetiva do Estado, com base na teoria do risco administrativo, por meio da qual a ideia de culpa é substituída pelo nexo de causalidade entre o comportamento estatal (fato do serviço), feito efetivo na esfera real pelo agente público, e o dano sofrido pelo administrado, sem ser cogitada a culpa do serviço ou do agente público.

Nesse contexto, **a marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal sendo discutida provar a existência da culpa do agente ou do serviço, sendo o Estado incumbido de demonstrar a existência ou não existência de fatores excludentes da responsabilidade.** O fator culpa, então, fica desconsiderado com pressupostos da responsabilidade objetiva, sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal; c) nexo de causalidade entre o fato administrativo e o dano. Como consequência, cabe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despidendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa.

Dentre as condutas estatais omissivas lesivas, consistentes no “não fazer” do Estado, está a relacionada à prestação de atendimento em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado); tratamento médico

inadequado, ministrado por funcionário público ou lesão imputável a servidor público com atuação na área médica.

*Esclarece-se que em se tratando de omissão de um comportamento de agente público, do qual resulte dano na esfera jurídica de terceiros por não ter sido realizada determinada prestação dentre as que cabem ao Poder Público, fala-se na incidência da teoria da “faute du servisse” criação de jurisprudência francesa, e não em responsabilidade objetiva. Na teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público, a responsabilidade civil do Estado por atos praticados por seus agentes é vista sob a ótica do direito privado.*

*De tal modo, instaurou-se um regime jurídico da responsabilidade do Poder Público baseados em termos privados, mas, desvinculando a responsabilidade do ente estatal da ideia de culpa do servidor, passando a falar-se na culpa do serviço em si. Nessas hipóteses, ainda é mantida a necessidade de comprovação do nexo de causalidade, impondo-se a demonstração de que o dano resultou diretamente da inação dos agentes administrativos ou do mau funcionamento de um serviço prestado pela Administração.*

*Portanto, essa culpa do serviço público ocorre quando há o funcionamento defeituoso do serviço, incidindo na responsabilidade estatal, independentemente de qualquer indagação de culpa do agente público causador do dano.*

*Celso Antônio Bandeira de ensina em seu livro “Curso de Direito Administrativo” que:*

*“Na responsabilidade subjetiva do Estado, em face dos princípios publicísticos, sob a ótica da teoria da culpa administrativa ou da culpa do serviço, não é necessária a identificação de uma culpa individual do agente público para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Essa noção é ultrapassada pela ideia denominada de: “faute du service entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou ‘falta de serviço’ quando esta não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.”*



*Outro não é o entendimento do Professor José Cretella Júnior em seu livro “O Estado e a Obrigação de Indenizar”:*

*“Se o serviço funcionou mal, se não funcionou, ou se funcionou com atraso, temos a culpa do serviço, acarretando a responsabilidade civil do Estado por defeito ou falha do serviço público. No fundo, o não funcionamento ou o mau funcionamento do serviço, com falha ou atraso, está relacionado com a ação ou omissão do agente administrativo que, de modo direto ou indireto, deveria ter diligenciado para que o serviço se apresentasse perfeito.”*

*Assim, para configurar a responsabilidade por danos causados a terceiros, basta que se comprove a ausência do serviço ou demora deste. Entretanto, essa concepção acarreta para o terceiro lesado o ônus da prova do mau funcionamento da Administração, ou de qualquer das hipóteses citadas anteriormente. Oportuno acentuar que a responsabilidade pela falta do serviço (faute du servisse) não é, “de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello” como diz Celso Antônio Bandeira de Mello também em seu “Curso de Direito Administrativo”.*

Desse modo, não há dúvidas de que a consulente/paciente Josefa Maria dos Santos possui sim legitimidade ativa em face de ato praticado em parto realizado em maternidade pública – Maternidade Nossa Senhora de Lurdes –, de responsabilidade estatal do Município de Aracaju, decorrente de ação/omissão de agente público – médico responsável e equipe médica – com nexos causal do qual decorreu prejuízo inabalável, com conseqüente perda de órgãos reprodutores seus, após primeiro parto, além do seu primeiro filho encontrar-se com sequelas neurológicas decorrente do ato cirúrgico praticado.

## **2.2-Da Responsabilidade Civil e Danos Morais/Materiais em Face do Município de Aracaju**

A Maternidade Nossa Senhora de Lurdes é um órgão público que possui atuação conectada à Secretaria Municipal de Saúde de Aracaju que, concomitantemente, é órgão público pertencente à pessoa jurídica do município de Aracaju-SE. Isso faz com que a maternidade seja parte da Administração Direta e não possua personalidade jurídica, não podendo ser diretamente responsável por ações de danos materiais ou morais em seu nome.

No constante quanto à responsabilização do município de Aracaju, é preciso se ater as normas do Direito Administrativo e porquê e como o Estado se responsabiliza pelas ações de seus agentes, como já desenvolvido acima.

Em primeiro lugar, é uníssono, no Brasil, a adoção da Teoria do Órgão ou da Imputação Volitiva. Isso quer dizer que o órgão não é meramente um prédio ou tão somente as ações de seus agentes, e sim uma conjugação dos dois. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho em seu “Manual de Direito Administrativo”, no qual ele chama a teoria aqui apresentada de “ecclética”:

“O pensamento moderno reside em caracterizar-se o órgão público como um círculo efetivo de poder que, para tornar efetiva a vontade do Estado, precisa estar integrado pelos agentes. Em outras palavras, os dois elementos se reclamam entre si, mas não constituem uma só unidade”

Portanto enquanto estão na condição de agentes públicos, as ações de indivíduos não serão pessoais dele mesmo, mas sim simbólicas de ações do próprio Estado. Proveniente deste fato, na prática, se algum agente faz algo errado ou algum acidente ocorre, o Estado é o responsável pelas consequências de tal ação, em sentido amplo.

Em segundo lugar, é preciso contextualizar as teorias de responsabilização do Estado e como elas são previstas na Constituição Fede-

ral de 1988. Para atingir este objetivo, serão usados os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro em seu livro “Direito Administrativo”, publicado pela Editora Forense.

Uma incursão evolutiva nos leva a começar falando da Teoria da Irresponsabilidade que era norma na época do Absolutismo de reis e imperadores e, como o próprio nome já deixa claro, afirma que o Estado não possui qualquer responsabilidade perante suas ações. Nas palavras de Di Pietro:

“(…) Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.”

Posteriormente a teoria de irresponsabilidade foi superada e, no século XIX, ficou em destaque a chamada teoria civilista que, como ponto principal, contém o conceito da responsabilidade subjetiva do Estado. Essa diz que o Estado, em processos de responsabilização por algum fato, será tratado como qualquer civil, no sentido de que somente será responsabilizado caso comprovada culpa deste no caso. Di Pietro também exemplifica:

“Nos Estados Unidos, em grande parte dos casos, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado, porém, desde que haja culpa, apurada da mesma maneira e tão amplamente como a de um particular em iguais circunstâncias. Trata-se de responsabilidade subjetiva.”

Concomitantemente, também no século XIX, houve o nascimento de diversas teorias “publicistas”, surgidas com o julgamento do famoso Caso Blanco. Tais teorias publicistas alegam que os casos de responsabilidade do Estado não podem ser regidos pelos princípios do Código Civil e se desdobram nas “teorias da culpa do serviço ou culpa administrativa” e nas “teorias do risco”. Aqui é proposto o conceito

de responsabilidade objetiva do Estado, que diz que nesses casos em que a responsabilização do Estado por um ato de seus agentes é ponto focal do processo, a responsabilidade estatal é independente de dolo ou culpa do agente ao realizar a ação. Nas palavras de Di Pietro:

“É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa e dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da ideia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente”

Com esse contexto, chega-se finalmente à Teoria do Risco Administrativo, um dos desdobramentos das teorias do risco. Esta teoria é a adotada no Brasil atual e é a mais contundente para o caso aqui analisado. A teoria citada alhures diz que o Estado é responsável por ações comissivas ou omissivas de seus agentes, sejam elas lícitas ou ilícitas, dolosas ou culposas com o porém de que o Estado pode alegar certos excludentes de responsabilidade que podem o isentar de responsabilização ou minimizá-la, como culpa da vítima, caso fortuito e força maior. Em resumo, o Estado possui responsabilidade objetiva quando se trata de danos causados a terceiros por seus agentes desde que no caso concreto estejam comprovados três elementos fulcrais - conduta, dano e o nexo de causalidade entre eles - para a prova de responsabilidade estatal.

Prevê a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 37, § 6º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos

danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como já dito previamente, a Maternidade Nossa Senhora de Lurdes é um órgão subalterno da Secretaria de Saúde de Aracaju e este, paralelamente, pertence à pessoa jurídica do Município de Aracaju-SE. Desse modo, sendo o Município responsável pelo órgão este que deve ser o ente responsabilizado por eventuais ações de danos causados à consulente/paciente que procurou seus serviços.

### **2.3- Da Responsabilidade Civil Pessoal por Danos Morais e Materiais do Médico**

Inicialmente, após se ter delimitado o ato civil ilícito e sua respectiva reparação, conforme arrazoadado aqui presente é necessário falar sobre o direito das obrigações. O já mencionado direito é, por definição um ramo do direito civil que rege quanto às relações jurídicas patrimoniais, nas quais um devedor deve quitar seu débito com o credor sob pena de pagamento proveniente de seu patrimônio próprio, em caso de inadimplemento, e está presente no Código Civil em sua parte especial, Livro I. No âmbito do direito das obrigações há várias classificações, mas a mais importante para este parecer é a de “obrigação de fazer”, que está prevista no Código Civil em seu art. 881:

Art. 881. Se o pagamento indevido tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido.

Dentro deste contexto, é possível classificar a obrigação de fazer decorrente da prestação de serviço realizada pelo médico como uma “obrigação de meio” ou “responsabilidade de meio”. Isso porque é claro que por mais competente que o profissional seja, ele nem sempre conseguirá resolver um caso específico de forma ideal ou

satisfatória. A obrigação de meio diz então que o devedor presente em um destes tipos de relação jurídica não possui obrigação de entregar resultado satisfatório, apenas de empregar todas as suas capacidades e habilidades possíveis para tentar atingir tal resultado. Isso quer dizer que o resultado obtido não precisa ser o ideal, porém deve ser o melhor possível dada aquela situação real. Para melhor entendimento, leia-se o que Maria Helena Diniz diz em seu “Curso de Direito Civil, volume 2”:

“(obrigação de meio) é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo se vincular a obtê-lo.”

Saindo do Direito e debruçando-se agora sobre a dimensão médica, o Código de Ética Médica, que rege a conduta de médicos de todo o país reforça esta obrigação de usar-se de toda a sua capacidade e sem negligência, imperícia ou imprudência quando diz em seu capítulo um, que fala dos princípios fundamentais presentes neste código que:

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

Somado a este excerto o texto também declara em seu capítulo V, que explica quanto à relação médico-paciente e familiares, que:

É vedado ao médico:

(...)

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

(...)

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

É importante reforçar que dentro de todo ato médico está presente uma obrigação de meio consistente no resultado de fazer o melhor dentro das técnicas médicas acessíveis, de modo que o objetivo primário é sempre salvar a vida em cada caso concreto. Assim, não há como o referido profissional da saúde se comprometer com o resultado, somente com o meio de chegar a ele. O único caso em que se observa a substituição dessa obrigação de meio por uma obrigação de resultado, no qual o profissional se responsabiliza pelo resultado final, na área médica é o de cirurgias plásticas tão somente estéticas pois o médico neste caso se incube de entregar determinado resultado esperado por seu paciente.

#### **2.4-Da Responsabilidade Civil do Município de Aracaju e dos Profissionais do Caso em Análise por Danos Morais e Materiais**

Ultrapassadas as fundações acima delineadas, passemos a análise do caso em concreto.

O Dr. Jorge Nascimento Fernandes e a Sra. Josefa Maria dos Santos se encontravam numa relação médico-paciente, classificada como uma obrigação de meio. Assim, no constante à relação médico-paciente, a paciente entregou, por confiança na capacidade do profissional, sua saúde nas mãos do médico e este tinha a obrigação de usar de todos os seus meios possíveis e dentro de sua capacidade para entregar o melhor resultado possível naquele caso concreto.

No caso real, no que se fala às ações do Dr. Jorge Nascimento Fernandes, o profissional explicou os motivos que o levaram a tomar decisões rápidas e necessárias para não expor ainda mais ao perigo a saúde da paciente/consulente Josefa Maria e de seu filho, no momento ainda não nascido, visto que este era um caso emergencial e a paciente chegou com um atraso de cerca de duas horas na Maternidade Nossa Senhora de Lurdes. Segundo o Dr. Jorge Nascimento, a paciente se

encontrava com sinais de hemorragia interna, e que o caso dela era de risco, portanto optando por fazer um parto cesáreo, mesmo sem o consentimento da gestante. Além disso, alega-se que os órgãos reprodutores da paciente/consulente estavam necrosados, consequência da severa condição da hemorragia interna e que não havia outra opção a não ser retirar seu útero, suas trompas e seus ovários sem consulta prévia com a parturiente dada a condição de urgência do caso. A princípio, nas ações imediatas da equipe médica não se notam ações de imperícia médica ou ausência dos meios científicos necessários para o caso em ação, tudo sendo feito com o objetivo de salvar a vida da mãe e do bebê.

Ocorre que, embora conste que o médico responsável pela equipe médica tenha procedido a evolução de toda a intercorrência no prontuário médico da consulente/paciente Josefa Maria dos Santos, observa-se que em momento algum, há informações sobre a remessa do envio do material retirado da paciente – órgãos reprodutores útero, trompas e ovários – para realização de exame anatomopatológico (a biópsia), este ato sendo uma condição essencial e obrigatória em qualquer protocolo médico de realização cirúrgica com extração de órgãos.

A ausência deste ato imprescindível- biópsia para confirmação da necrose e/ou demais possíveis doenças existentes- ensejou e enseja em qualquer paciente a dúvida, insegurança e abalo, psicológico e real acerca das condutas praticadas pelo médico responsável e sua equipe.

Verifica-se que com a realização e/ou informação de mencionado exame complementar, as dúvidas se dissipariam quanto a necessidade ou não da extirpação dos órgãos ou, em sentido contrário, comprovando a desnecessidade, por certo, os danos materiais passam a se caracterizar no que se refere aos gastos financeiros que demonstrem e sejam relacionados à retirada do útero ovário e trompas

Diante da evolução junto ao prontuário, não são verificadas causas excludentes que ensejem negligência ou imperícia da equipe médica quanto as sequelas no infante, mas ao contrário, o que se demonstrou fora a utilização de meios cabíveis dentro da situação de saúde oportunizada pela paciente/consulente Sra. Josefa Maria,



porquanto há informações demonstrando que as técnicas e expertises foram inclusive cautelosas e cuidadosas para evitar o máximo de perdas óbitos, como de fato ocorreram, com a sobrevivência de ambos mãe e filho.

É necessário apontar que o Dr. Jorge ainda sim demorou horas para reportar à sra. Josefa Maria dos Santos sobre os motivos que levaram à realização de parto cesáreo sem seu consentimento, retirada de seu útero, ovários e trompas e a consulente/paciente só então foi informada do risco de sequelas neurológicas no feto, deixando está por bastante tempo perdida quanto ao ocorrido e a como proceder, fato que afetaria qualquer um emocionalmente.

### **3 - CONCLUSÃO**

Ante o exposto, chega-se à conclusão de que no caso concreto deste parecer, como o Dr. Jorge se encontra na condição de agente público, pois no momento estava trabalhando numa maternidade pública, e suas ações são de responsabilidade do Estado há sim a possibilidade de a Sra. Josefa entrar com ação por danos morais e materiais contra o Município de Aracaju, com base na simetria constitucional. Além disso, paralelamente e em consequência de tal ação, o Município de Aracaju pode entrar com ação de efeito regresso contra seu agente Dr. Jorge Nascimento Fernandes caso comprovada a ação culpável deste.

Explique-se que por mais que o Dr. Jorge tenha se usado de todas as suas capacidades, ainda sim causou danos morais imediatos e materiais a longo prazo à paciente/consulente-pois a Sra. Josefa possui gastos mensais diretamente consequentes dos fatos desta ação, cerca de R\$4.000,00 mensais com questões provindas da paralisia cerebral de seu filho e da retirada dos órgãos de seu sistema reprodutor, sendo possível se perseguir o prejuízo acaso ocorrido em não se confirmando a necessidade da retirada dos órgãos -. Assim, pelo que foi exposto alhures e sob a ótica da responsabilização estatal, isso já é suficiente para que o Estado seja responsabilizado no que consta as normas da Constituição Federal de 1988. No mais, caso a demora da Sra. Josefa

## PARECERES

para se direcionar à Maternidade tenha justificativa plausível não haverá possibilidade excludente ou minimizante de responsabilidade, fazendo com que o município de Aracaju arque com os custos provindos das ações de danos morais e materiais realizadas pela Sra. Josefa Maria dos Santos.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

## CORTE DE ENERGIA - PANDEMIA

Uma das consequências da pandemia da Covid-19 é a crise socioeconômica que se instaurou em virtude da disseminação do vírus: empresas fecharam as portas, pessoas ficaram desempregadas, a fome e a miséria voltaram às casas dos brasileiros.

Devido à essa situação de grave crise social, o estado de Sergipe aprovou um Projeto de Lei que proíbe o corte do serviço de prestação de energia elétrica pela concessionária do serviço de energia elétrica em razão do inadimplemento dos usuários enquanto durasse a pandemia, com o objetivo de evitar uma piora neste quadro socioeconômico.

Ana Clara Santos, de 29 anos, natural da cidade de Aracaju/SE, é uma das vítimas dessa crise: perdeu o seu emprego como cozinheira em um restaurante, ficando sem outra fonte de renda, mora em um imóvel alugado no Bairro Santa Maria, é divorciada, tem três filhos menores de idade e não recebe nenhuma pensão do seu ex-marido. Sem poder arcar com todas as despesas da casa que sustenta sozinha, Ana Clara não conseguiu efetuar o pagamento das contas de energia elétrica por dois meses seguidos, recebendo cobranças da empresa Energia+, a concessionária de energia elétrica, sofrendo até ameaças de que poderia haver a cessação na prestação do serviço se não houvesse o adimplemento das contas.

Ana Clara chegou a questionar a empresa sobre a legislação recém aprovada, no entanto, a Energia+ alegou que o estado de Sergipe estaria legislando sobre temas de competência exclusiva da União, bem como afirmou que o ente federativo estaria tratando de questões que não lhe são próprias, a exemplo da exploração de serviços de energia elétrica e temáticas sobre calamidade pública.

Diante da situação e temerosa por ficar sem energia elétrica em sua residência, Ana Clara procurou o Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito

8 de Julho com o objetivo de obter um parecer em razão da legalidade da cobrança e consequentes ameaças feitas pela Energia+.

**TAREFA 1**

O discente deverá emitir parecer representando a concessionária de energia elétrica Energia+ utilizando como parâmetro os dispositivos constitucionais que versam sobre a competência dos entes federativos para legislar sobre a matéria. O parecer deve abordar aspectos constitucionais e administrativos que se relacionem com o caso.

**TAREFA 2**

O discente deverá representar Ana Clara Santos, e como base para fundamentação da defesa, podem ser consultadas as jurisprudências e Informativos recentes dos Tribunais Superiores sobre o assunto em questão. Dessa forma, o parecer deve abordar os aspectos constitucionais e infraconstitucionais que se relacionem com o caso.

## PARECER JURÍDICO

# CORTE DE ENERGIA – PANDEMIA

### **MARCELA QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Professora de Direito Ambiental e Direito Eleitoral (CICLO/CERS Aracaju). Professora de Direito Ambiental e Urbanístico (Faculdade de Direito 8 de Julho). Advogada. E-mail: profmarceladamazio@gmail.com.

### **GABRIEL AMORIM MACHADO**

Discente do curso de Direito.

### **TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Diretor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Público; e-mail: Tiagobockie@yahoo.com.br.

---

Numeração: Parecer nº 015 - 01082020

Referência: Processo Administrativo nº \_\_\_\_\_

Assunto: Corte de fornecimento de energia elétrica por inadimplemento do usuário durante a pandemia

Interessado: Empresa Energia +

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. LEI 8987/95. JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA SOBRE O TEMA. POSSIBILIDADE DO CORTE. INAPLICABILIDADE DE LEI INCONSTITUCIONAL.

## **1 RELATÓRIO**

A Empresa Energia +, Pessoa Jurídica de direito privado, Concessionária do serviço de energia elétrica no Estado de Sergipe, solicita

parecer jurídico acerca de situação que se desenhará nas linhas que seguem.

Diante da pandemia da Covid-19, greve sanitária com força global, houve uma crise socioeconômica que desestabilizou diversos setores da economia brasileira, inclusive o setor elétrico.

Frente a essa situação, o Estado de Sergipe aprovou um Projeto de Lei que proíbe o corte do serviço de energia elétrica no Estado, pela concessionária, em razão do inadimplemento dos consumidores durante a pandemia.

Nesse cenário, Ana Clara Santos, de 29 anos, recém desempregada, solteira, mãe de três filhos, que não recebe pensão do ex-marido, declara não estar conseguindo arcar com as despesas de casa no período, ficando inadimplente com a conta de energia.

A empresa Energia + **realizou as cobranças dos dois meses atrasados e comunicou que se não houvesse o pagamento teria a sua energia cortada, como é permitido pela lei de concessões públicas.** Entretanto, Ana Clara questionou a empresa sobre a recém legislação aprovada pelo Estado e se a cobrança efetuada é respaldada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa maneira, foi questionado sobre a competência estadual para legislar sobre matéria privativa da união, a legalidade da cobrança e ameaças realizadas pela empresa concessionária.

É o relatório.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO

De acordo com a problemática brevemente narrada no relatório, percebe-se que estamos diante de um suposto conflito de competências constitucionais que envolve também a matéria relativa à prestação de serviços públicos e seus princípios correlatos. Neste momento, imperioso se faz uma análise apurada do ordenamento jurídico atinente ao caso.

De início, deve ser trazido à baila a Constituição Federal, em seu artigo 22, IV, que diz expressamente ser competência **privativa** da União

legislar sobre energia, dispondo o parágrafo único que tal competência legislativa pode ser delegada para os Estados para legislarem, via Lei Complementar, sobre questões específicas das matérias ali relacionadas:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

IV - águas, **energia**, informática, telecomunicações e radiodifusão;

(...)

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. (grifo nosso)

Ou seja, embora trate-se de competência da União, é admitido que se amplie a competência para os Estados, desde que haja Lei Complementar neste sentido, e sem que a União perca a titularidade da competência, quando for conveniente, visando uma maior efetividade ao legislar.

Entretanto, o Estado não pode legislar sobre matéria privativa da União, sem observar os requisitos necessários do artigo 22, parágrafo único da CF, porque demonstra clara afronta à competência que a Carta Magna atribuiu originariamente.

Nesse sentido, foi o que ocorreu no Estado de Sergipe, no qual foi aprovado um projeto de lei versando sobre a proibição do corte de energia elétrica diante do inadimplemento dos usuários por conta da crise sanitária.

Ora, não há dúvidas de que se trata de uma situação emergencial, mas que, a nosso ver, não justifica a atuação dos entes federativos e seus respectivos Poderes de Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) fora dos contornos estabelecidos pela Constituição.

Por esse motivo, latente se faz identificar a inconstitucionalidade da lei recém aprovada, tanto orgânica como propriamente dita, visto à inobservância da competência para legislar sobre tal matéria somado com a desatenção quanto ao devido processo legislativo. Dessa maneira, é de transparência cristalina a inconstitucionalidade da Lei Estadual.

Ademais, cabe pontuar que estamos diante de um caso de prestação de serviços públicos, matéria que merece comentários específicos sobre. O ordenamento jurídico brasileiro permite a delegação contratual destes serviços, conforme expressa a Constituição Federal através do artigo 175.

A fim de regulamentar o dispositivo mencionado, foi editada a Lei 8.987/95, tratando sobre contratos de concessão de serviços públicos e dos contratos de permissão de serviços públicos.

O artigo 6º, § 3º, II da referida lei, dispõe sobre a prestação de um serviço adequado e contínuo, regulamentando as hipóteses em que a interrupção é permitida:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Logo, o ordenamento jurídico permite às empresas concessionárias realizarem a cessação na prestação mediante inadimplemento do usuário, tendo em vista o interesse da coletividade.

Sob essa ótica, cabe destacar que durante a pandemia cerca de 14 milhões de brasileiros perderam o emprego<sup>1</sup> e no Estado de Sergipe, aproximadamente 203 mil pessoas ficaram desempregadas, a terceira maior taxa do país<sup>2</sup>.

---

1 <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/06/30/desemprego-fica-em-147percent-notrimestre-terminado-em-abril-diz-ibge.shtml>

2 <https://www.sossergipe.com.br/sergipe-tem-203-mil-desempregados-e-a-terceira-maior-taxado-pais/>



Neste sentido, tendo como plano de fundo o interesse da coletividade, fica impossível a admissibilidade de não haver o corte do serviço de fornecimento de energia elétrica em razão do inadimplemento dos usuários, o que pode acarretar prejuízo de grande escala para a empresa fornecedora.

Diga-se doutra forma: quanto menor a arrecadação da empresa, menos condições ela vai ter de prestar o serviço, comprometendo o fornecimento até mesmo para aqueles usuários que estão pagando regularmente.

Ou seja, aceitar essa possibilidade significa colocar em risco a empresa concessionária responsável pelo fornecimento de energia elétrica no Estado de Sergipe, no caso a empresa Energia +, além de interromper o fornecimento de energia em toda a extensão territorial do estado, gerando prejuízos estratosféricos, o que afeta diretamente o interesse da coletividade, que é um bem jurídico defendido pela Constituição Federal e pela Lei 8.987/95, artigo 6º, § 3º, II, que possibilita o corte do fornecimento por inadimplemento dos usuários, justamente em nome da segurança do interesse social.

Imperioso argumentar, também, que a concessionária de serviços públicos é uma empresa privada, não faz parte da máquina estatal, e desempenha suas funções mediante um contrato de concessão, que deve ser respeitado. Ainda, insta lembrar que, justamente por ser um ente privado, não deve arcar com a prestação do serviço em detrimento de seus lucros, pactuados contratualmente.

A obrigação da empresa é prestar o serviço para o qual foi contratada de acordo com os princípios dispostos na Lei 8.987/95, de forma adequada, feito isso, deve ela ser remunerada pela prestação, não cabendo ao setor privado arcar com as intempéries e riscos típicos da atividade estatal.

Portanto, não há de se falar em ilegalidade na cobrança pela empresa Energia + e, o que o que é citado como “ameaça” são apenas notificações exigidas por lei para que a empresa possa realizar os devidos cortes com aviso prévio. O que se percebe no caso, infelizmente, é uma tentativa do poder público de imputar à iniciativa privada o

ônus advindo do seu dever de prestar serviços públicos, seja de forma direta, seja através de delegação.

## 2.1 Da Jurisprudência

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já proferiu decisão no sentido de que **o corte por inadimplemento do usuário não configura quebra do princípio da continuidade do serviço público**, conforme será demonstrado abaixo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO PÚBLICO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. INTERRUPÇÃO. ART. 6, § 3º, INCISO II, DA LEI N.º 8.987/95. LEGALIDADE. 1. Nos termos da Lei n. 8.987/95, não se considera quebra na continuidade do serviço público a sua interrupção em situação emergencial ou após prévio aviso quando motivada pelo inadimplemento do usuário. Assim, inexistente qualquer ilegalidade ou afronta às disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor no corte do fornecimento de água ao usuário inadimplente. 2. Recurso especial improvido.

*(STJ - REsp: 596320 PR 2003/0166715-8, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 12/12/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 08/02/2007 p. 311)*

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tratou sobre a **inaplicabilidade de lei que entenda inconstitucional**, na Petição 4.656:

PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A restrição do permissivo constitucional da al.

r do inc. I do art. 102 da Constituição da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida. Reconhecimento da competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação ordinária: mitigação da interpretação restritiva da al. r do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.12.2014) e no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1º.12.2014), ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014. 2. Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites da respectiva competência, afastando a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado. 3. Inserese entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça **a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei** aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselho. 4. Ausência de desrespeito ao contraditório: sendo exoneráveis ad nutum e a exoneração não configurando punição por ato imputado aos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, mostrase prescindível a atuação de cada qual dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário. 5. Além dos

indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, evidencia burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República: declaração incidental de inconstitucionalidade. 6. Petição (ação anulatória) julgada improcedente. (grifo nosso) (STF - Pet: 4656 PB - PARÁ-BA 0007166-82.2009.1.00.0000, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19/12/2016, Tribunal Pleno)

Cabe destacar aqui um trecho do voto do ministro Barroso, que traz de maneira muito clara e sucinta, o entendimento desta petição:

“quem quer que tenha que aplicar lei, sem ser um órgão subalterno, deve interpretar a Constituição e, se entender que a lei é incompatível com a Constituição, tem que ter o poder de não a aplicar, sob pena de estar violando a Constituição” (grifo nosso)

### 2.3 Da Doutrina

Acerca da interrupção do serviço por inadimplemento do usuário, o tema é controverso na doutrina nacional.

Uma corrente minoritária, defendida pelo Doutrinador Rizzatto Nunes<sup>3</sup> se inclina no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo legal (art. 6, § 3º, da Lei 8.987/95), que admite a interrupção do serviço mediante inadimplemento do usuário, porém, vai de encontro com o princípio da dignidade da pessoa humana e os artigos. 22 e 42 do CDC. Devendo a empresa continuar ofertando o serviço, e realizar somente as cobranças judiciais das parcelas não pagas.

Entretanto, a corrente majoritária, tese defendida por Matheus

3 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

Carvalho<sup>4</sup>, entende que esse dispositivo legal é uma garantia do princípio da continuidade do serviço público, haja vista que a manutenção do serviço dos inadimplentes pode ensejar em uma provável impossibilidade posterior do fornecimento do serviço para aqueles que estão adimplentes, devido a uma inviabilidade econômica que será causada ao fornecedor do serviço, afetando tanto para os inadimplentes quanto os adimplentes com suas obrigações.

### 3 CONCLUSÃO

Considerando toda a análise ante exposta, a conclusão a que se chega no presente parecer é que a recente lei estadual que trata sobre o impedimento da empresa concessionária realizar cortes no fornecimento de energia elétrica devido ao inadimplemento dos usuários ofende a Constituição Federal em face do artigo 22, IV, visto que a competência é da União, além disso, também colide com o artigo 6º, § 3º, II da Lei 8.987/95.

Dessa forma, a Lei Estadual não possui compatibilidade com o ordenamento jurídico, por se tratar de norma de hierarquia inferior deve obedecer às normas de hierarquia superior, no caso a Constituição Federal.

Nesse sentido, devido a incompatibilidade da lei estadual frente a Constituição, **a empresa Energia +, não deve aplicar a lei estadual, e sim a Constituição federal em consonância com a Lei 9.887/95**, que trata de maneira mais específica o que versa no artigo 175 da CF/88.

Seguimos, assim, o entendimento jurisprudencial, do Supremo tribunal Federal, referente a não aplicação de lei inconstitucional, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que afirma ser **plenamente possível o corte do serviço por inadimplemento do usuário**.

---

4 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: JusPodivm. 2016.

Portanto, de acordo com o que foi exposto neste parecer, **defendemos que o Estado de Sergipe é incompetente para legislar sobre a matéria, e por consequente a lei é inconstitucional. Além disso, as cobranças realizadas pela empresa e o corte do serviço mediante inadimplemento do usuário, possuem compatibilidade com o ordenamento jurídico.**

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

## FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - SUS

Wilhelmina e Walter McCandless, pais de Alexander Supertramp, atualmente com dois anos de idade, notaram que havia algo errado com o filho quando constataram que ele não conseguia concentrar-se. Aos seis meses de idade, já era possível perceber que seu desenvolvimento não era tão rápido quanto o da irmã mais velha.

Após uma série de exames exploratórios foi identificado que Alexander sofre da síndrome de Angelman, que causa, além da dificuldade de aprendizado, problemas de locomoção e, como característica rara, faz com que a criança carregue um sorriso permanente em seu rosto.

Doença genética rara, a síndrome de Angelman é caracterizada por uma variedade de sinais e sintomas que incluem atraso no desenvolvimento, incapacidade intelectual, comprometimento da fala, problemas de movimento e equilíbrio, convulsões, distúrbios do sono e ansiedade.

Atualmente a criança realiza tratamento paliativo no Hospital Universitário de Sergipe por meio do Sistema Único de Saúde. Durante a última consulta, em conversa com um dos estudantes que realizam pesquisas naquele nosocômio, os pais de Alexander tiveram notícias de um novo tratamento desenvolvido na Europa pelas empresas farmacêuticas Ovid Therapeutics e Angelini Pharma.

Trata-se do medicamento denominado OV101 (gaboxadol), com potencial possibilidade para o tratamento da síndrome de Angelman, o qual encontra-se em fase final de testes (A Ovid está conduzindo um estudo clínico de Fase 3 com o OV101 na síndrome de Angelman), estando atualmente pendente de aprovação pelas agências regulatórias internacionais.

Atualmente, não há opções terapêuticas aprovadas para tratar a síndrome de Angelman, todavia, considerando o potencial sucesso que o medicamento

vem apresentando em tratamentos realizados na Eslováquia, os pais de Alexander Supertramp solicitaram ao pediatra responsável pela criança no Hospital Universitário que fosse prescrito o tratamento.

Inseguro sobre a legalidade deste tratamento, em especial com relação à possibilidade de custeio do mesmo por meio SUS, o pediatra, em conjunto com a superintendência do hospital, solicitou parecer opinativo ao Setor Jurídico do hospital. Percebendo a possibilidade de negativa do tratamento, Wilhelmina e Walter McCandless procuraram o Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito 8 de Julho com o objetivo de obter um parecer acerca da legalidade do pedido realizado.

#### **TAREFA**

O discente deverá emitir parecer representando o Setor Jurídico do Hospital Universitário, tem como objetivo de verificar a legalidade e a possibilidade de realização do tratamento solicitado, com custeio por meio do Sistema Único de Saúde. O parecer deverá abordar aspectos constitucionais e administrativos ligados ao caso, e, eventual implicação criminal.

#### **TAREFA**

O discente deverá emitir parecer representando o Setor Jurídico do Hospital Universitário, tem como objetivo de verificar a legalidade e a possibilidade de realização do tratamento solicitado, com custeio por meio do Sistema Único de Saúde. O parecer deverá abordar aspectos constitucionais e administrativos ligados ao caso, e, eventual implicação criminal.



## PARECER JURÍDICO

# FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – SUS

### PARECER 1

#### **RAÍRA DE ALMEIDA**

Discente do curso de Direito.

#### **MARCELA QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Professora de Direito Ambiental e Direito Eleitoral (CICLO/CERS Aracaju). Professora de Direito Ambiental e Urbanístico (Faculdade de Direito 8 de Julho). Advogada. E-mail: profmarceladamazio@gmail.com.

#### **TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Diretor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Público; e-mail: Tiagobockie@yahoo.com.br.

---

Numeração: Parecer nº XXXXX/2021.

Referência: Processo Administrativo nº XXXXX.

Assunto: Fornecimento de medicamento experimental pelo Sistema Único de Saúde

Interessado: Hospital Universitário de Sergipe

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO EM FASE DE TESTES. MEDICAMENTO EXPERIMENTAL. RESERVA DO POSSÍVEL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

## **1. RELATÓRIO**

Trata-se de parecer sobre a possibilidade do SUS fornecer um tratamento para Síndrome de Angelman, cuja fase de testes

não foi finalizada e não possui aprovação das agências de saúde internacionais. Essa síndrome possui caráter genético relacionado com a mutação no cromossomo 15 herdado da mãe, e consiste em atrasos neurológicos que causam deficiências intelectuais e físicas como dificuldade da fala, linguagem, estrabismo, transtornos de sono e exigem tratamentos paliativos constantes e vitalícios como fisioterapia, terapias ocupacionais, fonoaudiologia, medicamentos diversos entre outros que se fazem indispensáveis e são amplamente custeados pelo Sistema Único de Saúde. Contudo, o pediatra responsável por Alexander Supertramp (portador da síndrome) está solicitando a verificação da possibilidade de importar e ter custeio pelo SUS de um tratamento novo chamado OV101(gaboxadol), o qual encontra-se em fase de testes na Europa e ainda não foi aprovado pelas agências internacionais.

É o Relatório.

## **2. FUNDAMENTAÇÃO**

Após análise do caso, é indispensável ressaltar que é de extremo risco o Estado financiar e aprovar um tratamento que se encontra em fase de testes e sem alguma aprovação das agências internacionais.

Diante disso, mesmo sendo dependente de cuidados especiais constantes, a longevidade dos portadores de síndrome de Angelman são notavelmente boa, não sendo muito diferente da padrão e permitindo uma boa qualidade de vida para aqueles que convivem com tal comorbidade.

Ademais, a Síndrome de Angelman é reconhecida pelo Ministério da Saúde e encontra-se nos Relatórios da CONITEC sob o CID Q93.5 possuindo tratamentos eficazes disponíveis do Sistema Único de Saúde.

A partir destes fatos, fundamento a seguir acerca das possibilidades de o OV101 ser custeado pelo SUS e ter sua importação permitida.

### **2.1 Do Ordenamento Jurídico**

É disposto no Lei 6.360/76 o seguinte texto:

Artigo 16, II: “que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias;”

Ao analisar o inciso, torna-se explícito que a comprovação da segurança de qualquer medicamento é extremamente indispensável, pois se o mesmo não possuir sua eficácia e validade comprovada é completamente arriscado fornecê-lo para qualquer ser humano, o que contraria a Constituição Federal de 1988, uma vez que o Estado tem o dever de proteger a saúde de sua população.

Artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Ademais, a administração pública deve seguir os princípios dispostos na Lei 9.784/99:

Artigo 2º “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Desta forma, faz-se necessário que a administração pública em seus atos respeite o que está disposto, não sendo razoável que o Sistema Único de Saúde custeie um tratamento que em si já se torna ilegal dentro das possibilidades da Lei 6.360/76, e possui um alto custo além de não ter sido um tratamento aprovado sequer pelas agências internacionais de saúde.

Entretanto, é de imensurável importância analisar aspectos jurisprudenciais e Doutrinários sobre o assunto.

## 2.2 Da Jurisprudência

Acerca do tema, assim se posiciona a jurisprudência dominante, verbis:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO MORA IRRAZOÁVEL NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO.

Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços.

**No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso passivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.**

No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei no 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão);

e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

**Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei no 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 MINAS GERAIS

Como disposto em nesta jurisprudência, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário tenha como obrigar o Estado a fornecer um medicamento totalmente experimental com decisões dotadas de valores sentimentais comprometendo o caráter lógico e técnico da decisão.

Desta forma, aprovar custeio de um medicamento experimental pelo Sistema Único de Saúde mostra-se extremamente arriscado, pois são tratamentos de custo elevado e colocam em risco a saúde pública de forma que esse gasto influencia na precarização de outros recursos básicos para a população em geral, tornando essa decisão nada razoável ou proporcional dentro da administração pública.

Ademais, é de extremo risco para a saúde do próprio interessado no uso do medicamento, visto que encontra-se em fase de testes, sendo desconhecidos os efeitos colaterais de seu uso a longo prazo, pois os tratamentos para Síndrome de Angelman são caracterizados por serem vitalícios uma vez que essa comorbidade não possui cura.

### 2.3 Da Doutrina

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento que assevera acerca da reserva do possível, como sendo: “[...] prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”<sup>1</sup>

A priori, é de suma importância compreender que as decisões da administração pública devem ser dotadas de razoabilidade ao mesmo tempo que garantem eficácia dos direitos fundamentais.

Portanto, o Estado não falha com a saúde ao aplicar tal conceito na sua gestão, visto que as verbas são limitadas e devem ser aproveitadas de maneira proporcional ao interesse da população, não priorizando os interesses meramente individuais.

Além de que, a Advocacia-Geral da União apontou que entre os anos de 2007 até 2018, com a judicialização da saúde e decisões que obrigavam o Estado a custear tratamentos experimentais ou não aprovados pela ANVISA, os gastos desse setor aumentaram em 4.600%, que por ano custam R\$1,5 bilhão apenas de gastos judicializados da saúde pública.

Ainda, são demandas que ocorrem sem algum planejamento dos gastos públicos, uma vez que possuem caráter emergencial não previsto.

---

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. Ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 265.

Entretanto, o conceito de reserva do possível não restringe-se apenas às questões financeiras do Estado, mas também à legalidade das ações que visam dar eficácia aos direitos fundamentais, visto que, como no presente caso, nem todas as formas de garantir esses direitos são legais, pois conforme a lei 6.360/76 previamente citada, não há ressalvas quanto a validade, segurança e eficácia dos medicamentos utilizados dentro do país.

### **3 CONCLUSÃO**

Considerando toda a análise antes exposta, torna-se impossível que o Sistema Único de Saúde cubra as despesas do tratamento feito com OV101(gaboxadol) para uso de Alexander Supertramp, visto que o mesmo não possui nenhuma aprovação das agências internacionais de saúde, sua fase de teste na Europa não foi devidamente finalizada, impossibilitando análise da ANVISA, o que tornaria sua importação pelo SUS irrazoável e ilegal pois afeta o interesse público e causa danos à saúde. Ademais, o portador da síndrome continuará com seu tratamento atual sendo coberto sem nenhum tipo de interferência ou precarização.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

PARECER JURÍDICO

## FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – SUS

### PARECER 2

#### **JOÃO GUILHERME DE ABREU SMITH FARIAS**

Discente do curso de Direito.

#### **SÂMIA SANTANA SANTOS**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Possui Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes/SE. Professora Universitária. Advogada. Membro da Comissão em Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE. samyasantos@gmail.com

---

NUMERAÇÃO: Parecer nº 07 - 05/11/2021

REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº \_\_\_\_\_

ASSUNTO: Responsabilidade civil do Estado e o direito à saúde

INTERESSADO: Hospital Universitário de Sergipe

ADMINISTRATIVO. OV101. GABOXADOL. ESTADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SÍNDROME DE ANGELMAN. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. CONSTITUIÇÃO. STF.

### **1 RELATÓRIO**

Trata-se de parecer opinativo requerido pelo Hospital Universitário de Sergipe sobre a legalidade e a possibilidade de tratamento da síndrome de Angelman com medicamento em fase de aprovação pela Anvisa com custeio do Sistema Único de Saúde (SUS) requerido por Wilhelmina e Walter McCandless, pais do menor que porta a doença.

A criança se chama Alexander Supertramp e seus pais não querem submetê-lo, por toda vida, ao tratamento paliativo, razão pela qual almejam o tratamento que utiliza um medicamento que, supos-



tamente (frise-se), é a cura da síndrome de Angelman. Essa doença tem como características o atraso no desenvolvimento, deficiência intelectual, deficiência grave da fala, problemas com movimento e equilíbrio, convulsões, distúrbios do sono e ansiedade.

A superintendência do Hospital Universitário de Sergipe solicita opinativo oriundo do setor jurídico, considerando que o medicamento ainda está em teste e em fase final de aprovação por parte da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), que é responsável no Brasil pela liberação de novos medicamentos, e, além disso, pretende parecer acerca da possibilidade de custeio, via SUS, de eventual tratamento com o referido medicamento.

Para esclarecer as dúvidas será necessário abranger de diversos temas, como a dignidade da pessoa humana, direito à vida, responsabilidade civil do Estado e ainda da implicação penal que pode suceder devido a legalidade ou ilegalidade de se trazer o medicamento para o Brasil.

É o relatório.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

Primeiramente, imperioso citar sobre a dignidade da pessoa humana. Este fundamento caracteriza-se por um conjunto de valores e princípios que tem por função garantir que os direitos de todos os cidadãos sejam respeitados pelo Estado, sendo o principal deles o bem-estar dos cidadãos. É um direito fundamental no Brasil, ou seja, é um dever que precisa ser cumprido pelo Estado brasileiro.

Para atender ao bem-estar das pessoas, a Constituição Federal traz em seu artigo 6º os direitos sociais, dentre os quais se encontra o direito à saúde. Portanto, sabe-se ser obrigação do Estado disponibilizar um serviço digno de saúde para todos os brasileiros, papel que é operacionalizado primordialmente pelo SUS (Sistema Único de Saúde) de forma universal e gratuita. Os objetivos do sistema estão expostos na Lei nº 8.080/90 no artigo 5º, como mostramos abaixo:

Art. 5º - Dos objetivos do Sistema Único de Saúde-SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no §1º do artigo 2º desta Lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

O Estado, então, deve proporcionar ao cidadão os meios de acesso à saúde e, dessa forma possa, uma vida digna. Com isso, parece certo o Estado deve arcar com os custos do medicamento para o tratamento da doença de Alexander Supertramp pois ele tem a responsabilidade civil de fazê-lo. A responsabilidade do Estado perante o direito fundamental à saúde somente se configura depois de alguns pontos que precisam ser observados.

Inicialmente é necessário observar o princípio da proporcionalidade e saber se à medida que vai ser tomada será suficiente para alcançar o resultado esperado. Explica-se. Para trazer, custear e promover o tratamento ainda em fase de análise científica para o caso concreto que ora se pretende, o poder público precisará enveredar um esforço significativo, para além do que já faz para buscar atender à maior parte das demandas de saúde da população em geral.

Por isso, é preciso que haja uma mínima demonstração de que o objetivo será alcançado a contento. Além disso, deve restar demonstrado que a conduta excepcional do Estado é imprescindível, ou seja, o único caminho viável para alcançar a melhor tutela da saúde da criança. É ainda necessário fazer uma análise de riscos e averiguar se o medicamento é o menos gravoso possível, isto porque o Estado será responsabilizado caso aconteça algo com o paciente.

Não se pode deixar de considerar, no caso concreto, um descompasso entre as necessidades básicas de todos os cidadãos e as possibilidades fáticas de o Estado supri-las. Tal correlação é

conhecida, também, como Princípio da Reserva do Possível, que se caracteriza pela limitação de recursos financeiros e jurídicos, que impossibilita o Estado de investir em condições totais para direitos básicos como a saúde.

Logo, antes de o Estado providenciar o medicamento é preciso que seja feita uma análise do balanço orçamentário, o que pode indicar não ter ele condições financeiras para tanto sem comprometer as demais atividades inerentes à administração pública.

Bem por isso, mesmo a saúde sendo um direito fundamental, a reserva do possível deve ser observada. Essa limitação imposta ao Estado funciona como uma exclusão de ilicitude para o não cumprimento de um direito social, porém, como a saúde é uma norma programática (metas constitucionais que devem ser objetivo do Estado) ela deverá ser uma prioridade e o Estado vai buscar alcançar a excelência no serviço.

Ninguém pode ser deixado ao completo abandono devido ao seu problema de saúde, é o que propõe o Princípio do Mínimo Existencial, que tem por função zelar pelas condições básicas para uma vida digna. Logo, deve ser observado se o medicamento é realmente eficaz e se não existe outro com a mesma qualidade, mas que seja mais barato e autorizado pelos órgãos de controle sanitário do país. Além disso, o indivíduo deve provar que é desprovido de recursos para arcar com os custos do fármaco.

Doutra banda, a responsabilidade civil do Estado será configurada quando for provada a ação ou omissão que causou o dano ao indivíduo, ou seja, o Estado só vai ser responsabilizado se Wilhelmina e Walter provarem que sua conduta, de alguma forma, comportou um dano à saúde de seu filho.

O medicamento em questão é o OV101 (gaboxadol) da Ovid Therapeutics que celebrou acordo em julho de 2020 com a Angelini Pharma para ter uma licença exclusiva no desenvolvimento, fabricação e possível comercialização do medicamento para combater a síndrome de Angelman na Europa. A droga está na fase 3 e já são esperados os resultados finais sobre o combate à doença.

O gaboxadol recebeu da FDA (a Agência Federal do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos) e da CE (Comissão Europeia) a denominação de “medicamento órfão”, que são os medicamentos destinados a doenças raras e que a indústria farmacêutica tem pouco interesse em desenvolver, já que é destinado a um pequeno número de pessoas. Com essa denominação o medicamento passou a ser destinado para tratar a síndrome de Angelman, visto que ele já foi testado em mais de 4.000 (quatro mil) pessoas e mostrou bons resultados e os pacientes não tiveram complicações.

Em 21/06/2021 o STF decidiu sobre o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa. Ficou definido pelos ministros que o Estado deve fornecê-los, desde que tenha sua importação autorizada pelo órgão regulador. Segue entendimento da jurisprudência:

CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO EXCEPCIONAL DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA, MAS COM IMPORTAÇÃO AUTORIZADA PELA AGÊNCIA. POSSIBILIDADE DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Em regra, o Poder Público não pode ser obrigado, por decisão judicial, a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), tendo em vista que o registro representa medida necessária para assegurar que o fármaco é seguro, eficaz e de qualidade. 2. Possibilidade, em caráter de excepcionalidade, de fornecimento gratuito do Medicamento “Hemp Oil Paste RSHO”, à base de canabidiol, sem registro na ANVISA, mas com importação autorizada por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde, desde que demonstrada a hipossuficiência econômica do requerente. 3. Excepcionalidade na assistência terapêutica gratuita pelo Poder Público, presentes os requisitos apontados pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob a sistemática da repercussão geral: RE 566.471 (Tema 6) e

RE 657.718 (Tema 500). 4. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral para o Tema 1161: “Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS” (STF - RE: 1165959 SP 1011764-79.2015.8.26.0053, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 21/06/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/10/2021)

Além de Alexandre de Moraes, o Ministro Marco Aurélio disse ainda que é dever do Estado custear o medicamento, mesmo sem registro na Anvisa, embora por ela autorizada a importação, individualmente. Além disso, foi decidido também que a importação é em caráter excepcional, feito por pessoa física, para uso próprio, mediante a prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde.

Entretanto, é preciso ressaltar que existem requisitos cumulativos para o Estado custear o tratamento:

- a. o medicamento deve ter a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária;
- b. deve ser comprovada a incapacidade econômica do paciente;
- c. deve ser demonstrada a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.

Logo, não é uma mera autorização, e sim a determinação de condicionantes para que o custeio do medicamento não autorizado pela Anvisa seja custeado pelo Estado. Esse é o entendimento atual da jurisprudência sobre o caso. Anteriormente o entendimento do

STF era de que o Estado não era obrigado a conceder medicamentos sem registro da Anvisa em caso de medicamento experimental, porém o entendimento atual é de que se for de maneira excepcional e outros países já estiverem fazendo uso e o remédio se mostre de boa qualidade, eficácia e segurança ele deve ser concedido, desde que a importação seja autorizada pela Anvisa.

### **3 CONCLUSÃO**

Considerando toda a análise ante exposta, a conclusão a que se chega no presente parecer é que o Estado deve arcar com os custos do medicamento e do tratamento, o qual deve ser feito pelo SUS, desde que atendidos os requisitos traçados por entendimento do STF.

Acerca da regularidade da utilização do medicamento, os pais de Alexander devem demonstrar a autorização do órgão regulador (Anvisa) para a importação do fármaco, lembrando que o pedido tem que ser feito por meio de ação judicial e é dever do Estado fazer com que o tratamento seja feito.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

## LIBERDADE RELIGIOSA

Maria Aparecida, após tomar posse em cargo público federal, foi designada para exercer seu ofício na cidade de Codó/MA. Sua residencial funcional fica localizada ao lado da Tenda Mestre Bitá do Barão, conhecido terreiro da região.

No primeiro final de semana após sua chegada na cidade, a senhora Maria Aparecida presenciou um ritual em que, usando uma faca, o sacerdote da Tenda Mestre Bitá do Barão abriu a garganta de um animal, na sequência, degolou o bicho, que ainda se debatia. Algumas partes específicas, como o coração e os genitais, foram colocadas sobre um alguidar - uma bacia de barro. Esses pedaços foram oferecidos para o orixá que iria “comê-los”. O sangue foi recolhido e utilizado para sacramentar imagens e instrumentos utilizados no terreiro. Todo o restante do corpo foi aproveitado. O couro será usado para fazer atabaques. A carne virou churrasco para um grande almoço oferecido pelo terreiro para os filhos de santo e os visitantes.

Muito incomodada com a situação, Maria Aparecida procurou o Babalorixá responsável pelo templo, solicitando que ele abandonasse a prática, o que fora imediatamente rechaçado por ele. Também procurou a autoridade policial local que afirmou que a prática era tradicional daquele templo.

Valendo-se do seu acesso à Câmara de Vereadores da cidade, Maria Aparecida viu a oportunidade de propor um projeto de lei visando proibir a citada prática.

### **TAREFA**

O discente deverá emitir parecer para Maria Aparecida, a ser apresentado à Câmara dos Vereadores, demonstrando a prevalência do direito dos animais sobre o direito à liberdade de culto, de modo a fundamentar o projeto de lei.

**TAREFA**

O Babalorixá, sacerdote responsável pelo templo, sabendo que sua vizinha Maria Aparecida tem interesse em propor uma sugestão de projeto de lei para a Câmara de Vereadores que proíba o sacrifício de animais em cultos religiosos, procurou-lhe pedindo um parecer jurídico demonstrando que há a prevalência da liberdade de culto sobre o direito dos animais.



## PARECER JURÍDICO

# LIBERDADE RELIGIOSA

### PARECER 1

#### **LAILA SOUZA SCHOUCAIR**

Discente do curso de Direito.

#### **SÂMIA SANTANA SANTOS**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Possui Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes/SE. Professora Universitária. Advogada. Membro da Comissão em Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE. samyasantos@gmail.com

---

Numeração: Parecer nº 09 - 05/11/2021

Referência: Processo Administrativo nº;

Assunto: Prevalência dos direitos dos animais sobre o direito à liberdade de culto

Interessado: Maria Aparecida

DIREITO DOS ANIMAIS. LIBERDADE DE CULTO. EQUILÍBRIO ECOLÓGICO DO MEIO AMBIENTE. DIREITO CONSTITUCIONAL. FAUNA E FLORA. SOPESAMENTO. VAQUEJADA. DANOS IRREVERSÍVEIS AOS ANIMAIS. NORMAS E PRINCÍPIOS. COLETIVIDADE. DIREITO DIFUSO. DIREITO FUNDAMENTAL. LEGISLAÇÃO.

## **1. RELATÓRIO**

Cuida o presente de parecer consultivo requerido por Maria Aparecida, ocupante de cargo público federal, que exerce seu ofício na cidade de Codó/MA, com residência localizada ao lado da Tenda Mestre Bitá do Barão.

A requerente busca o suporte técnico do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade de Direito 8 de Julho acerca de suposta situação de

maus tratos aos animais utilizados nos rituais religiosos praticados no terreiro.

Alega a interessada que tais práticas são cruéis e afrontam a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na figura da submissão dos animais à crueldade.

Maria Aparecida esclarece que, após a sua chegada na cidade, presenciou um ritual no qual um sacerdote degolou um animal abrindo a sua garganta, e foi à procura do Babalorixá responsável pelo templo a fim de apresentar a sua indignação com a situação, solicitando informalmente o abandono desta prática, que fora rejeitado por ele.

Desta forma, procurou uma autoridade policial do local, que de imediato declarou que tal prática era tradicional daquele templo. Assim, Maria Aparecida decidiu solicitar o presente parecer afim de propor um projeto de lei à Câmara dos Vereadores para que a prática fosse proibida, e se obtivesse a prevalência do direito dos animais sobre o direito à liberdade de culto.

É o que cabe relatar. Fundamento e opino.

## **2. FUNDAMENTAÇÃO**

Inicialmente, cabe ressaltar se existe realmente prevalência dos direitos dos animais sobre o direito à liberdade de culto. Muito embora, no Brasil, seja comum a ocorrência de práticas desportivas com os animais (a exemplo da vaquejada e rinha de galo), tem-se cada vez mais o entendimento de que são práticas consideradas cruéis e que podem ocasionar danos irreversíveis a eles, mesmo sendo consideradas pelo imaginário popular como integrantes da cultura de certas regiões brasileiras.

Muitas dessas atividades prejudicam o equilíbrio do meio, pois as manifestações ditas culturais que põem em risco a vida dos animais interferem no movimento ecológico, na cadeia alimentar, no ciclo de vida e na alimentação dos animais, e o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito constitucional fundamental e coletivo de 3ª geração.

Além disso, apesar de o Direito ser uma ciência antropocêntrica, ou seja, tendo o homem como o centro de suas definições, as disposições constitucionais a partir de 1988 passaram a proteger, também, o bem-estar dos animais, vedando quaisquer práticas que os submetam à crueldade. Desta forma, torna-se sustentável 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.

**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 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:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

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.** (Regulamento)

**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. (grifo nosso)

Entende-se que fauna é o conjunto de animais que vive numa determinada região ou período geológico, domesticados ou não, protegidos pelo artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, CF/88. Contudo, os animais exercem diferentes funções no meio ambiente que justificam

diversos níveis de proteção descritos em normas infraconstitucionais, conforme as condicionantes ecológicas, científicas, econômicas e culturais relacionadas.

Nesse sentido, é notório que a liberdade de crença e a proteção dos animais são garantias esperadas pelo ordenamento jurídico, além de ser, esta última, um direito difuso, coletivo e de 3ª geração e está resguardada em legislação.

Vale ressaltar que o nosso sistema normativo é formado por normas (regras e princípios). As normas servem para organizar e equilibrar o ordenamento jurídico. Quando dois princípios entram em conflito, há de um deles ceder perante o outro. Entretanto, não significa que aquele que foi cedido seja inválido. Diante de certas circunstâncias de caso concreto, um princípio precede o outro.

O objeto a ser debatido não é a validade, e sim o peso de cada princípio, qual prevalece em determinado caso concreto. Por isso, esse conflito deve ser resolvido por meio do sopesamento, nos ensinamentos do teórico alemão Robert Alexy. Neste caso, é indiscutível que o que prevalece é a vida dos animais, e não as crenças religiosas, que na maioria das vezes são usadas como justificativas para práticas com fins ilícitos, como a morte e a crueldade contra os animais.

Outrossim, temos a Lei 9.605/98 a qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, às garantias e proteções referentes a ele, o artigo 32 dispõe ser crime:

**Art. 32.** Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

Seguindo este raciocínio, entende-se que os animais sentem e sofrem como os humanos, eles possuem sentimentos, dor, agonia,

prazer, merecem um bem-estar e tratamento valorizados no nosso ordenamento jurídico.

Voltando às práticas desportivas a qual estes são utilizados, ocorreu um julgamento em 2016 no Ceará com votos como o de Marco Aurélio e Edson Fachin para vedar a prática que seja capaz de machucar e submeter os animais a tamanha crueldade. O caso referia-se à prática da “vaquejada”, em que o objetivo é a derrubada do boi pelos vaqueiros, o que fazem em arrancada, puxando-o pelo rabo, que é torcido até ele cair com as quatro patas para cima e assim ser dominado.

Inicialmente, o animal é enclausurado, açoitado e instigado a sair em disparada quando da abertura do portão do brete, o que causa desconforto e dor a ele. 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 conseqüente comprometimento dos nervos e da medula espinhais, ocasionando dores físicas e sofrimento mental.

Observa-se na jurisprudência pátria a prevalência do entendimento de que práticas culturais como a vaquejada contraria grande parte da população, prevalecendo a vedação das mesmas:

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, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. STF - ADI 4983/CE. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Data de Julgamento: 06/10/2016. Plenário. Data de Publicação DJe: 06/10/2016.

Diante disso, pelo fato de haver comprovação e movimentos judiciais (como julgamentos-paradigmas acerca do caso) para que

se extinga práticas e atos prejudiciais aos animais, a exemplo a vaquejada, leva-se em consideração o sopesamento nessa questão. O direito fundamental à vida e bem-estar dos animais tem um valor significativo maior às das crenças culturais e religiosas de quaisquer regiões.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, entre eles Marco Aurélio e Edson Fachin nos votos que proferiram referentes à ADI 4983/CE após vistos, relatados e discutidos os autos do julgamento, afirmaram e concordaram julgar inconstitucional a Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Deve-se levar em consideração também a necessidade de a Câmara de Vereadores ter uma iniciativa de se criar leis que protejam os animais dessas práticas, por meio da possibilidade dos Municípios legislarem sobre a matéria ambiental a qual o STF já permitiu, segue o informativo:

Foi publicado no Informativo do STF nº 857, referente ao período de 13 a 17 de março de 2017, a seguinte informação sobre julgado da 2ª Turma que tratou da competência legislativa dos municípios em matéria de direito ambiental:

“Os Municípios podem legislar sobre Direito Ambiental, desde que o façam fundamentadamente. Com base nesse entendimento, a Segunda Turma negou provimento a agravo regimental.

A Turma afirmou que os Municípios podem adotar legislação ambiental mais restritiva em relação aos Estados-Membros e à União. No entanto, é necessário que a norma tenha a devida motivação. ARE 748206 AgR/SC, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14.3.2017. (ARE-748206) “

Assim, visto este informativo, havia de ter uma iniciativa clara de criação de leis que proibam tais práticas que prejudica tantos os

animais no Município de Codó/MA, visando garantir o direito de proteção ao bem-estar dos animais já previsto constitucionalmente.

## **CONCLUSÃO**

Conclui-se, então, que o direito fundamental do bem-estar dos animais é um valor que prevalece às liberdades de culto e religiosas, tendo então que levar em consideração suas dores, agonias, sentimentos, que animais não humanos sentem, como mamíferos, répteis, aves, anfíbios, entre outros.

Considerando toda essa situação, entender de forma contrária fere a Constituição de 1988 no que diz respeito ao direito a vida, pois nunca se foi levado tão a sério essa situação dos animais na sociedade como nos últimos anos vêm sendo.

Dessa forma, entende-se, ao fim desse presente parecer, que a prevalência do direito dos animais, neste caso concreto, tem maior peso constitucional no nosso ordenamento jurídico pátrio em relação ao direito de liberdade de culto.

Entendemos cabível a iniciativa da Câmara de Vereadores em erigir lei no sentido de preservar o equilíbrio ecológico.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

PARECER JURÍDICO

# LIBERDADE RELIGIOSA

## PARECER 2

### **LARISSA GÓES SANTOS**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

### **MARCELA QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Professora de Direito Ambiental e Direito Eleitoral (CICLO/CERS Aracaju). Professora de Direito Ambiental e Urbanístico (Faculdade de Direito 8 de Julho). Advogada. E-mail: profmarceladamazio@gmail.com.

### **TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Diretor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Público; e-mail: Tiagobockie@yahoo.com.br.

---

Numeração: Parecer nº 10 – 05112021

Referência: Processo Administrativo nº 70010129690;

Assunto: Soberania do Direito ao Culto Religioso em relação ao Direito dos Animais.

Interessado: Babalorixá

DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA. SACRIFÍCIO DE ANIMAIS EM CULTOS. PONDERAÇÃO DE DIREITOS. HIERARQUIA DE NORMAS. TEORIA DO SOPESAMENTO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 494.60. DECISÃO DO STF. PREVALÊNCIA DA LIBERDADE NOS CULTOS.



## 1 RELATÓRIO

Através da causa em questão, o Senhor Babalorixá solicitou desse escritório um parecer jurídico referente a prevalência da liberdade religiosa em face dos direitos dos animais. Analisando que, a outra parte do processo, Maria Aparecida, vizinha da Tenda Mestre Bitá do Barão e servidora pública federal da cidade de Codó/MA quer propor um projeto de lei visando proibir o sacrifício de animais em cultos religiosos, após presenciar um ritual no respectivo local.

É o relatório.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO

De acordo com a Constituição Federal, o direito ao livre exercício de culto religioso está previsto como cláusula pétrea. Desse modo, todas as pessoas possuem o direito de seguir as religiões que quiserem, visando o Estado Laico.

Em paralelo, o direito dos animais está cada vez mais presente na nossa conjuntura atual, porém, mesmo com as leis de proteção para eles, não foi proibido o consumo de carne, o qual advém do abate.

Com base nesse pensamento, o sacrifício de animais para fins religiosos não poderá ser restringido, visando a ponderação de direitos e a utilização da carne para o consumo após o culto.

Além disso, há uma grande diferença entre Sacrifício e Matança, a palavra sacrifício vem do latim, *Sacrificius*, que significa tornar um ato sagrado. Já a matança, significa abater o gado para consumo.

Nesse aspecto, ver-se a importância do sacrifício de animais para as religiões, principalmente as de matriz africana, já que fazem o ritual como forma de agradecimento e para trazer prosperidade a todos. Após o rito, a carne é utilizada para alimentar as pessoas daquele mesmo terreiro e suas famílias.

Desse modo, o sacrifício não acontece simplesmente para submeter o animal a uma atividade cruel, existe toda uma simbologia por

trás. Diferente do abate, que muitas vezes são feitos de forma cruel e, assim como o sacrifício, ocorre a morte do animal.

Sendo assim, observa-se um certo preconceito para com as religiões que fazem esse tipo de cerimônia, visto que grande parte da população brasileira é carnívora, mas, como o animal é utilizado para o culto de religiões que sofrem um grande olhar de desprezo por quem não faz parte, se torna um problema.

## **2.1 Do Ordenamento Jurídico**

“É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Isso posto presente na Constituição Federal (CF), em sua literalidade no artigo 5º, inciso VI, prova que a liberdade de crença e de culto é intocável e que todos os cidadãos são livres para exercê-las de forma concreta e sem interferência de terceiros. Sendo assim, todas as religiões possuem liberdade em seus cultos, para fazerem da forma que quiserem e para quem quiserem.

Em contraposto a essa inviolabilidade, existe o direito dos animais, previsto na Lei de crimes ambientais número 9.605 de 1998, artigo 32, o qual diz que não pode ferir, nem mutilar espécies silvestres ou domésticas. Com isso, surge a questão dessa lei se alastrar para a morte de animais em cultos religiosos, já que, muitas vezes, são mortos para servirem como sacrifício. Além dessa Lei, existe a Lei estadual 11.915 de 2003 que reforça as questões abordadas no artigo 32 da Lei 9.605/98.

Por outro lado, seguindo o pensamento Kelseniano, o direito é baseado na hierarquia entre as normas legais, onde existe a norma maior no topo e as leis complementares abaixo dessa norma superior. Advindo para o direito brasileiro, todas as leis precisam respeitar a Constituição Federal, correndo o risco de sofrerem controle de constitucionalidade, caso se destoem da Carta Magna, e serem anuladas do ordenamento jurídico.

Com base nisso, tendo na CF o direito ao culto como um direito de cláusula pétrea, a Lei 12.131/04 introduz o parágrafo único no artigo

2º da Lei 11.915, o qual prevê que o sacrifício de animais em cultos não deve se enquadrar nos crimes previstos naquela norma, desde que não haja excesso de crueldade. Sendo assim, a Lei 12.131 constitucional, já que está de acordo com a Constituição.

Ademais, existe o princípio da reserva legal, observado no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, o qual diz que não há crime sem lei anterior que o defina. Logo, como não há previsão legal onde proíba o abate de animal, se entende que não é crime abater nenhum bicho. Dessa mesma forma, também não deve ser crime o sacrifício deles em cerimônias e nem deve ser proibido por outra norma.

Portanto, com base no exposto, pode-se afirmar que existe uma grande intolerância a respeito das religiões que fazem esse tipo de culto, já que não há um preconceito com as pessoas que comem carne de animal, mesmo eles tendo passado por um processo de abate antes de chegar à mesa de quem consome. Dessa forma, é mais fácil não tolerar as pessoas que fazem parte dessa crença, por serem minorias e, de certa forma, mais fácil de atingir, do que ir de encontro com grande parte da população carnívora e dos grandes matadouros de animais.

Diante da explanação, a Lei de número 7.716 de 1989 em seu artigo 1º reafirma que é um crime praticar discriminação ou preconceito contra a religião de outrem. Assim, reafirma o estado laico, o qual todos os indivíduos residentes no Brasil possuem o direito de seguir qualquer religião que quiser e que ele não será reprimido por suas escolhas.

## **2.2 Da Jurisprudência**

Com base na jurisprudência correspondente ao Recurso Extraordinário número 494.60, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Lei número 12.131 de 2003 não é inconstitucional, visto que ela respeitou todos os aspectos formais e materiais para a formulação dela. Como pode-se observar na Ementa abaixo:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. LIBERDADE RELIGIOSA. LEI 11.915/2003

DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. NORMA QUE DISPÕE SOBRE O SACRIFÍCIO RITUAL EM CULTOS E LITURGIAS DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE FLORESTAS, CAÇA, PESCA, FAUNA, CONSERVAÇÃO DA NATUREZA, DEFESA DO SOLO E DOS RECURSOS NATURAIS, PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO. SACRIFÍCIO DE ANIMAIS DE ACORDO COM PRECEITOS RELIGIOSOS. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Norma estadual que institui Código de Proteção aos Animais sem dispor sobre hipóteses de exclusão de crime amoldam-se à competência concorrente dos Estados para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI, da CRFB). 2. A prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais. 3. A dimensão comunitária da liberdade religiosa é digna de proteção constitucional e não atenta contra o princípio da laicidade. 4. O sentido de laicidade empregado no texto constitucional destina-se a afastar a invocação de motivos religiosos no espaço público como justificativa para a imposição de obrigações. A validade de justificações públicas não é compatível com dogmas religiosos. 5. A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado. 6. Tese fixada: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Além dos aspectos formais e materiais, a jurisprudência trata acerca do argumento da Lei não ser matéria competente ao Estado e, sim, à União por ser assunto referente ao direito penal, a Corte Suprema entende que a matéria correspondente a essa lei não se enquadra no quesito penal. Sendo assim, a constitucionalidade dessa norma é válida, continuando, assim, vigente no ordenamento jurídico.

Seguindo esse preceito, como a decisão do STF é *Erga Omnes* e vinculante, ela irá se adequar para todas as causas correspondentes ao mesmo caso jurídico. Dessa forma, os ministros entenderam que o direito a crença e ao culto é fundamental em todos os aspectos para garantir o Estado Laico, julgando, assim, procedente que o sacrifício de animais em rituais religiosos seja permitido.

Outrossim, os ministros optaram por manter a origem das culturas que foram importantes para a criação da identidade do Brasil. Sendo assim, romper com uma parte importante dos cultos nessas religiões seria uma forma de intolerância religiosa, pois não estariam dando a total liberdade de culto estabelecida na Constituição Federal.

### **2.3 Da Doutrina**

Em primeira instância, é válido ressaltar que o direito à liberdade religiosa é um direito fundamental de primeira geração. Eles existem para proteger o cidadão da arbitrariedade do Estado, tendo, assim, uma vida digna. Além disso, os direitos fundamentais são universais, ou seja, são postos para todos os indivíduos; são imprescritíveis, não podem ser suspensos e são irrenunciáveis, os cidadãos não podem renunciar a esse direito.

Em segunda instância, é importante salientar que nenhum direito fundamental pode ser abolido da Constituição, nem mesmo ser contrariado, visto que são cláusulas pétreas no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, se vier a existir alguma norma ou alguma emenda constitucional que seja contrária a essa norma fundamental, sofrerá o controle de constitucionalidade. Além de que, anular algum direito fundamental é um ato regresso aos direitos já conquistados.

Outrossim, a respeito da liberdade religiosa e o direito dos animais, existe o sopesamento de direitos. Posto que, no ordenamento jurídico é normal haver uma colisão entre regras, em que uma trará em seu texto algo que irá de encontro contra outra norma. Visto isso, a liberdade de culto se choca com os direitos dos animais a partir do momento em que ocorre a liberação do sacrifício em rituais religiosos.

Dessa forma, utiliza-se a técnica de sopesamento, a qual ocorrerá a análise de qual direito irá prevalecer sobre o outro. Nesse caso, o direito à liberdade religiosa, por ser um direito fundamental, sobrepuja o direito dos animais. Logo, tal direito não irá deixar de existir, porém, haverá uma exceção na questão da morte desses animais em cultos religiosos, sendo, assim, permitido.

#### **2.4 Da Análise Técnica**

Analisando o caso do Senhor Babalorixá, pode ser observado que, em seu terreiro, não há maldade na forma de matar o animal durante o ritual. Ele é feito sem crueldade, visto que o sacrifício é realizado de forma rápida, em que é cortada a garganta do bicho.

Além disso, não ocorre o desperdício de carne, porque, após todo o ritual sagrado, a carne é consumida e distribuída para todos os frequentadores. Sendo assim, diferente do abate de animal para consumo, há toda uma forma da sua morte, já que ele irá servir de oferenda para o orixá.

Seguindo esse viés, o sangue é utilizado para tornar as imagens e os instrumentos do terreiro sagrados, o couro é utilizado para fazer atabaques para o próprio templo, além de ser consumida a carne.

Portanto, na Tenda do Mestre Bitá do Barão, o animal é de grande importância para os seus cultos, já que ele é utilizado e reaproveitado cem por cento para trazer prosperidade para aquele templo e, de certa forma, como forma de agradecer as entidades.

Sendo assim, sem o animal, não há como o sacerdote cumprir todo o seu ritual, podendo trazer consequências ruins para todos do seu terreiro. Sem o sacrifício não tem como existir a total liberdade de crença prevista na Constituição Federal.

Dessa forma, visando a importância dessa espécie de ritual para o templo, não há como reprimir um direito fundamental em face dos direitos dos animais.

### **3 CONCLUSÃO**

Considerando toda a análise ante exposta, a conclusão a que se chega no presente parecer é que há a prevalência da liberdade de culto em face do direito dos animais, visto que foi analisado todo o ordenamento jurídico e jurisprudência correspondente ao fato exposto. Sendo assim, a Senhora Maria Aparecida não pode pleitear um projeto de lei visando acabar com o sacrifício de animais em rituais, esse ato seria inconstitucional, observado que vai de encontro a um direito fundamental e contra a decisão do Supremo Tribunal Federal. Além disso, não existe cabimento impedir esse tipo de oferenda e continuar permitindo o abate para consumo.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

PARECERES

PARECER

## LIBERDADE RELIGIOSA

### PARECER 3

#### **SÔNIA MARIA NUNES DA SILVA OLIVEIRA**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: lunadimay@hotmail.com

#### **MARCELA QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Professora de Direito Ambiental e Direito Eleitoral (CICLO/CERS Aracaju). Professora de Direito Ambiental e Urbanístico (Faculdade de Direito 8 de Julho). Advogada. E-mail: profmarceladamazio@gmail.com.

#### **ALEXIS MAGNUM AZEVEDO DE JESUS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Doutor em Educação (UFS); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (EJUSE); Bacharel em Direito (UFS).

---

Parecer jurídico nº 001/2021

Assunto: Análise da impossibilidade de Lei Municipal que impeça o uso de animais na prática ritualística da religião de matriz africana. Inconstitucionalidade diante do direito fundamental que garante a Liberdade Religiosa, Art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988. Interessado: Mestre Bitá do Barão, Babalorixá da Tenda Mestre Bitá do Barão

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. LIBERDADE RELIGIOSA E DE CULTO. RITUAL SAGRADO NAS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. NÃO OFENSA AO DIREITOS DOS ANIMAIS. USO DE ANIMAIS NÃO AMEAÇADOS DE EXTINÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL QUE OBSTE A PRÁTICA RELIGIOSA.



## RELATÓRIO

O Babalorixá Mestre Bita do Barão, sacerdote da Tenda Mestre Bita do Barão, localizada no Município de Codó - MA, templo de religião de matriz africana, tem conhecimento de que sua vizinha, a senhora Maria Aparecida, servidora pública federal, usando de sua influência junto aos vereadores municipais está patrocinando que seja aprovada Lei Municipal que impeça a prática de ritual religioso com o sacrifício de animais.

A tradição religiosa tem no ritual uma prática que se encontra dentro dos limites constitucionais, e se entende que a Câmara de Vereadores não pode legislar para impedir prática religiosa sem ofender a liberdade religiosa garantida na Constituição de 1988, cláusula pétrea.

## FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de responder a seguinte questão: “É constitucional a edição de lei municipal que impeça a prática de ritual religioso com o sacrifício de animais nas religiões de matriz africana?”

Inicialmente é necessário compreender à luz do direito constitucional a proteção da liberdade religiosa que consiste na crença e nos seus rituais, como estabelece a Constituição Federal brasileira de 1988 em seu art. 5º, inciso VI, como se transcreve:

é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Em seguida é preciso compreender qual a natureza do “sacrifício de animais” nas religiões afro-brasileiras, como prática religiosa milenar registrada pela antropologia social como cultura de um povo e de suas crenças religiosas.

A prática religiosa é fundamental para que os fiéis de uma determinada fé religiosa cumpra com suas obrigações sacramentais, e

isto é verificado em todas as religiões e desde os tempos mais remotos. Assim, a tradição é componente básica dos rituais e se reveste de elemento cultural de um povo, de um grupo social e religioso.

Tomando por exemplo as práticas judaicas antes de Cristo, presentes na Bíblia Sagrada, em especial no Velho Testamento, mas também recorrente no Novo Testamento, a prática do sacrifício de animais era corrente; Eram sacrificados pombos e ovelhas.

Na exegese bíblica o Novo Testamento renova a tradição com o sacrifício do próprio Cristo humanizado que é sacrificado com a morte por meio da crucificação, a morte mais desumana de sua época. Sacrifício que é lembrado em toda celebração eucarística através da transmutação do corpo e sangue de Cristo pelo vinho e pelo pão, que de acordo com as escrituras fora instituído pelo próprio Cristo na última ceia com os seus Apóstolos.

Nem por isso, no Judaísmo, que crê nas escrituras do Velho Testamento, o sacrifício passa a se revelar na forma como os animais usados pelos seus fiéis tem que ser abatidos na forma como determinada pela religião.

Não é diferente no Islamismo onde há regras baseadas na religião de abate e cortes dos animais consumidos pelos fiéis.

Não seria diferente para os povos africanos tradicionais a prática de rituais sagrados envolvendo animais, considerando que esta é das religiões uma das que mais está ligada à natureza. Seus deuses são representações da natureza, como o orixá das matas, das águas doces, do mar, e assim por diante.

Para melhor compreensão é de real importância citar o antropólogo Roger Bastide:

Essa parte do ritual não é propriamente secreta; porém, não se realiza em geral senão diante de um número muito pequeno de pessoas, todas fazendo parte da religião. Teme-se sem dúvida que a vista do sangue revigore entre os não-iniciados os estereótipos correntes sobre a “barbárie” ou o caráter supersticioso da religião africana. Uma pessoa especializada no sacrifício, o axogum, que tem função na hierarquia sacerdotal, é quem realiza o realiza

ou, na sua falta, o babalorixá, sacerdote supremo. O objeto do sacrifício, que é sempre um animal, muda conforme o deus ao qual é oferecido (...) O sexo do animal sacrificado deve ser o mesmo da entidade que recebe o sangue derramado; e o modo de matar varia igualmente segundo os casos (...). Varia também o instrumento a execução que muitas vezes deve ser uma “faca virgem”. Na realidade não se trata de um único sacrifício, mas de dois; pois qualquer que seja o deus adorado, Exu deve ser o primeiro servido (...). Há, pois, o primeiro sacrifício para o “animal de duas patas” para Exu, e em segundo lugar, quando o permitem as finanças da casa, de um “animal de quatro patas” para a divindade que está sendo celebrada. (BASTIDE, 2001, p. 31-32).

A discussão sobre o tema tomou corpo a partir de edição de normas municipais como a da cidade de Porto Alegre e do Estado do Rio Grande do Sul com o propósito de impedir a prática do ritual das religiões de matriz africana que o STF ao julgar Recurso Extraordinário com repercussão geral, portanto, com efeito vinculante, que reafirma o entendimento doutrinário manifestado em artigo publicado na Revista do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, da lavra dos professores Ilzver Matos de Oliveira, Tagore Trajano de Almeida Lima e Kellen Josephine Muniz Silva, intitulado “A imolação nas liturgias de matriz africana: reflexões sobre colisão entre liberdade religiosa e proteção dos direitos dos animais não-humanos”, cuja conclusão é a seguinte:

a Constituição Federal de 1988 trouxe significativas contribuições para a proteção do livre exercício das crenças e cultos existentes no Brasil, país laico e democrático. Aliada à garantia constitucional, encontramos também outros dispositivos infraconstitucionais, bem como vários outros documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, todos imbuídos do Direito Animal do mesmo objetivo: garantir ampla proteção ao direito à liberdade religiosa.

Não é sem propósito que a Convenção da UNESCO de 2003 considera necessário que os Estados apliquem medidas para assegurar o reconhecimento, o respeito e a valorização do patrimônio cultural imaterial da sociedade, garantindo a viabilidade de existência destes bens, incluindo a identificação, documentação, pesquisa, preservação, proteção, promoção. Valorização, transmissão pela educação formal e informal e revitalização, conforme (SANTANA, 2007, p. 136).

É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal ao analisar Recurso Extraordinário 494.601, do Rio Grande Sul, ao qual se deu repercussão geral, portanto com efeitos vinculantes, fixou a seguinte tese: ***“É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”***.

A fundamentação do STF reconhece que a prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais.

Assim, deve o Estado proteger os cultos de religiões de matriz africana, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, merece atenção especial, e está compatível com o princípio da igualdade.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, e com fundamento na doutrina e na jurisprudência do STF, RE 494.601 Rio Grande do Sul, julgado 28/08/2019, especialmente no julgado onde foi fixada tese em repercussão geral que declara ser constitucional a permissão do sacrifício de animais em cultos de religiões de matriz africana, norma em sentido contrário, proibindo, seria cristalina e inconstitucional.

É o parecer, salvo melhor juízo.

## **REFERÊNCIAS:**

BASTIDE, Roger. O Candomblé da Bahia: rito nagô. Tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz. Revisão técnica Reginaldo Prandi. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

OLIVEIRA, Ilzver Matos de; LIMA, Tagore Trajano de Almeida; SILVA, Kellen Josephine Muniz. A imolação nas liturgias de matriz africana: reflexões sobre colisão entre liberdade religiosa e proteção dos direitos dos animais não-humanos. Revista do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, Volume 25, n° 27, 2015, in <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/15216>, acessado em 03/10/2021, às 12:15.

SANTANA, Patrícia da Costa. A ponderação na colisão entre os princípios da proteção das manifestações culturais religiosas de matriz africana e o da proteção aos animais. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Salvador: UFBA, 2007.

STF. Recurso Extraordinário 494.601 Rio Grande do Sul, julgado 28/08/2019. Brasília-DF.



## DESPEJO

Durante a pandemia um grupo de trabalhadores da construção civil foi demitido. Alguns deles conseguiram novo emprego, mas a grande maioria não.

Todos estes trabalhadores que não conseguiram novo emprego moravam em um mesmo empreendimento, um antigo hotel que, após desativação, foi transformado em Flats, a propriedade do imóvel continuou sendo da empresa que antes explorava o mesmo como hotel. Trata-se de uma empresa com diversos outros empreendimentos voltados para a moradia e hotelaria, contando, inclusive, com resorts em destinos turísticos.

Com a demissão, os operários tiveram dificuldades para honrar seus compromissos mensais de aluguel, passando então a sofrer ações de despejo. Cientes da situação peculiar dos trabalhadores, o sindicato da categoria profissional se colocou à disposição deles para acompanhamento das ações, fornecendo apoio técnico nelas.

### **TAREFA**

O discente deverá emitir parecer para o sindicato avaliando a impossibilidade de ser realizado o despejo em virtude do não pagamento de aluguel durante a pandemia de Covid-19. O parecer deve abordar aspectos jurídicos e éticos.

### **TAREFA**

O discente, na qualidade representante jurídico do proprietário dos imóveis, deverá emitir parecer avaliando a possibilidade de ser realizado o despejo em virtude do não pagamento de aluguel, mesmo durante a pandemia de Covid-19. O parecer deve abordar aspectos jurídicos e éticos.

PARECER JURÍDICO

DESPEJO

PARECER 1

**LETÍCIA TAVARES NUNES DA SILVA**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho

**ALEXIS MAGNUM AZEVEDO DE JESUS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Doutor em Educação (UFS); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (EJUSE); Bacharel em Direito (UFS).

---

Numeração: Parecer nº 012 - 05112021

Referência: Processo Administrativo nº 012

Assunto: Despejo durante a pandemia

Interessado: Proprietário do imóvel

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE DESPEJO. LEI DE INQUILINATO. FALTA DE PAGAMENTO. COVID-19. ESTADO DE CALAMIDADE. LEI DE LOCAÇÕES. PROCEDENTE. DESEMPREGADOS. NEGLIGÊNCIA. INADIMPLÊNCIA. POSSIBILIDADE.

**1 RELATÓRIO**

O parecer disposto analisa a possibilidade de ser realizado o despejo em virtude do não pagamento de aluguel, ainda que durante a pandemia de Covid-19. O interessado trata-se de uma empresa com empreendimentos voltados para a moradia e hotelaria, a qual deixou de receber o valor do aluguel referido aos moradores mediante desemprego dos mesmos. Em situação de calamidade, é indispensável para a manutenção dessa empresa a colaboração de todos os inquilinos.

Constam documentos necessários e suficientes para a análise do parecer disposto.

É o relatório.



## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

Por meio da análise e do estudo das leis, das doutrinas e jurisprudências, apresentar-lhes-ei um parecer favorável à ação de despejo diante da negligência dos locatários, trabalhadores atualmente desempregados, para com o pagamento do aluguel e encargos.

Ainda que diante do estado de calamidade, este, por si só, não é motivo que deve impedir a ação e nem justificar a negligência, o que será demonstrado nos tópicos desta fundamentação, que constatará toda a análise dos fatos e do processo.

### **2.1 Do Ordenamento Jurídico**

Inicialmente, é importante ressaltar que, embora haja nova legislação proibindo a ação de despejo em casos excepcionais durante a pandemia do SARS-CoV-2, a aplicação da Lei nº 14.216, de 7 de outubro de 2021, não convém no caso concreto analisado, visto que o compromisso mensal dos trabalhadores com a empresa de empreendimentos fora fechado antes do início do estado de calamidade causado pelo novo Coronavírus.

Seguidamente, não há como falar sobre despejos sem mencionar a Lei nº 8.245, de 18 de Outubro de 1991, a qual será base para a análise do caso concreto, fundamentação legal que dispõe em casos de locação desfeita por falta de pagamento do aluguel e dos demais encargos, assim como de qualquer outra negligência contratual. Está previsto no artigo 5º:

Art. 5º Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo.

Portanto, há amparo legal que assegura ao locatário a permissão de despejo diante dos casos previstos em lei. No mais, assegura o artigo 9º, inciso III, da mesma norma, que:

Art. 9º A locação também poderá ser desfeita:

III - em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos.

O Código Civil brasileiro denota que, ao assinar um contrato de locação, locador e locatário assumem direitos e deveres entre si, diante dos termos contratuais, conforme cita o Art. 569, inciso II, do código:

Art. 569. O locatário é obrigado:

I – (...)

II – a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar;

Assim, é cabível a ação de despejo em qualquer que seja o fundamento do término da relação locatícia (falta de pagamento ou qualquer infração contratual, por exemplo). Ademais, prevê o Art. 23 da Lei de Locações que o locatário é responsável pelo pagamento do aluguel e dos demais encargos:

Art. 23. O locatário é obrigado a:

I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato;

Portanto, comprovado que o locatário não está cumprindo com suas obrigações legais, a locação poderá ser desfeita. Mais uma vez, convém chamar a atenção para a data do início do contrato locatício, anterior à pandemia, para que não haja dúvidas acerca de quais lei deverá reger a análise e a fundamentação do caso apresentado.

## **2.2 Da Jurisprudência**

Vejamos um caso que chegou ao Tribunal de Justiça de São Paulo, onde há similar situação constatada nos autos estudados:

**APELAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO.** A atual pandemia atinge em conjunto tanto Locadora quanto Locatária e não se presta, por si só, como fator jurídico de justificativa de inadimplemento. Período que medrou desde a citação até o presente julgamento que já ultrapassa 10 meses, sendo que a Ré, revel, deveria ter adotado providências para alteração de imóvel de estoque de bens, nada justificando dilação de prazo para desocupação voluntária de 15 dias que precede o despejo forçado. **RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO. ACORDAM,** em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente) E SERGIO ALFIERI. São Paulo, 22 de março de 2021.

Nesse sentido, à vista dos autos, vale conferir que, assim como no caso do TJ/SP, o estado de calamidade que atingiu o mundo todo nos anos de 2020 e 2021 não deve ser, somente ele, fator jurídico e motivo para o inadimplemento dos pagamentos.

Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça pacificou a utilização do despejo liminar por inadimplemento por parte do locatário, através da Lei nº 12.112/2009, que alterou a Lei nº 8.245/1991, se houver os pressupostos: i) ausência de garantia e, ii) efetivação da caução judicial (RE nº 1.2017.161 – AL, julgado em 08/02/2001).

### **2.3 Da Doutrina**

Sobre o tema, vale transcrever a fala de Vieira Figueiredo Pandori Giancoli:

O despejo por falta de pagamento é de fato uma das modalidades de despejo por denúncia motivada. Contudo, em razão da sua importância prática, a Lei do Inquilinato dedicou-lhe tratamento mais específico. O pagamento do aluguel é, sem dúvida, a principal

obrigação do locatário. Trata-se de uma remuneração ajustada como contraprestação pela cessão do uso e gozo do imóvel, por prazo temporário. Esse dever exige pontualidade, noutras palavras, a necessidade de adimplir a prestação no tempo e lugar devidos. Lembre-se que, na falta de estipulação contratual, o aluguel deve ser pago no próprio imóvel, onde o locador, ou seu representante, deve ir receber a renda. Assim, quando o inquilino estiver em mora com suas obrigações locatícias (aluguel e acessórios), o locador pode ajuizar ação de despejo por falta de pagamento, visando à rescisão do contrato de locação e a desocupação do imóvel. (PAN-DORI GIANCOLI; VIEIRA FIGUEIREDO, 2010, p. 59)

Ainda sobre o assunto, leva-se em consideração o que foi dito pelo Desembargador Sylvio Capanema de Souza em sua obra *Locação do Imóvel Urbano*, verbis:

“A alegação de irreversibilidade do provimento não deve servir de óbice intransponível à sua aplicação. Julgada improcedente a pretensão, será o autor condenado a reparar integralmente os danos causados ao réu, pela indevida antecipação.”

Acerca do que foi inferido, inclui-se que a ação de despejo é de absoluta urgência, já que, por não receber o valor do aluguel, o locador ainda se vê na obrigação de custear as despesas do imóvel.

### **3 CONCLUSÃO**

Referente ao que foi exposto e pelo que consta os autos, desde que seja respeitado o procedimento estabelecido na Lei de locação de imóveis urbanos, Lei 8.245/1991, para o rompimento do contrato locatário, põe-se o parecer favorável à ação de despejo.

Opino pela viabilidade do que fora defendido através de fundamentação apresentada nos autos.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

## PARECER JURÍDICO

# DESPEJO

### PARECER 2

#### **PLÍNIO REBOUÇAS DE MOURA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: pliniormoura@yahoo.com.br

#### **ALEXIS MAGNUM AZEVEDO DE JESUS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Doutor em Educação (UFS); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (EJUSE); Bacharel em Direito (UFS).

#### **SOPHIA BILQUIS SILVA HASAN**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

---

Numeração: Parecer nº XXXXX/2021

Referência: Processo Administrativo nº XXXXX;

Assunto: Despejo de trabalhadores de construção civil no período da pandemia do COVID-19

Interessado: Sindicato dos trabalhadores da área da construção civil

DIREITO CIVIL. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. DESPEJO POR INADIMPLEMENTO. DESPEJO DE TRABALHADORES DA CONSTRUÇÃO CIVIL NA PANDEMIA DO COVID-19. IMPOSSIBILIDADE DA CONTINUIDADE DA AÇÃO DE DESPEJO SEGUNDO A LEI 14.216/2021.

## **1 RELATÓRIO**

Trata-se de uma ação de despejo de trabalhadores da área de construção civil no período da pandemia do coronavírus, já decretado estado de calamidade pública nos termos do art. 65 da Lei Complementar nº 101.

Os trabalhadores foram demitidos em meados do período da pandemia. Houve a tentativa desses de buscar nova fonte de renda, porém alguns não conseguiram, ficando assim impossibilitados de honrar o compromisso mensal de aluguel dos apartamentos onde moravam. Com isso, a empresa proprietária dos imóveis deu início as ações de despejo, apesar do previamente mencionado estado de calamidade pública, e o fato de possuir outras fontes de renda além do aluguel desses imóveis.

O presente parecer visa manifestar-se acerca da impossibilidade da realização do despejo, a pedido do sindicato.

É o relatório.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1 Do Ordenamento Jurídico**

Apesar da situação mundial de pandemia ser algo sem precedentes no mundo jurídico moderno, muitos países criaram ou iniciaram a criação de leis impedindo o despejo de locatários enquanto dura a pandemia. O Brasil recentemente criou uma lei com esse efeito, a lei 14.216/2021, publicada no Diário Oficial da União no dia 8 de outubro de 2021. Esta lei, no art. 4º, afirma que devido a Espin (Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional) não será concedido liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo referentes aos incisos I, II, V, VII, VIII e XI do §1º do art. 59 da lei 8.245/91, que dispõe sobre as locações de imóveis urbanos. Antes dessa lei, também foi promulgada pelo Presidente do Senado a lei 14.010/2020 no dia 10 de junho de 2020, mais especificamente o seu capítulo VI, art. 9º, que trazia essencialmente o mesmo texto da lei 14.216/2021.

Ambas as leis têm como base não apenas as medidas de proteção contra o coronavírus, mas também o princípio constitucional da solidariedade, disposto no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Esse princípio tem o propósito de promover o bem-estar da população e criar uma sociedade justa e igual. Vale ressaltar que a empresa proprietária dos imóveis tem diversos outros empreendimen-

tos de moradia e hotelaria, inclusive resorts em destinos turísticos, então o inadimplemento dos trabalhadores não afetaria de forma relevante os lucros da empresa. Ao iniciar ação de despejo contra os trabalhadores inadimplentes durante a pandemia, um período onde ficou mais difícil buscar empregos, a empresa não só desrespeitou esse princípio tão importante da Constituição brasileira durante o estado de calamidade pública causada pelo coronavírus, mas também viola o art. 4º da lei 14.216/2021.

## **2.2 Da Jurisprudência**

Na questão da jurisprudência, é possível observar o ADPF 828, que se trata de uma ação do Psol acerca dessa questão de despejo e remoção no período pandêmico. No dia 3 de junho de 2021, foi parcialmente deferida medida cautelar pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o relator nessa ação, suspendendo por seis meses a possibilidade de despejo liminar. A ADPF 828 foi usada como fundamentação pelo Ministro Gilmar Mendes em uma medida cautelar formulada com base na Reclamação 49.724/SP, publicada no dia 7 de outubro de 2021, e também em uma medida cautelar pela Ministra Rosa Weber, se tratando da Reclamação 49.120/MS, do dia 30 de agosto de 2021.

Nota-se que antes mesmo da publicação da lei 14.216/2021, a ADPF 828 foi usada para fundamentar decisões acerca do despejo e remoção na pandemia. Isso demonstra a verdadeira urgência da situação, pois a parte da população que sofreu perda parcial ou total da renda se encontrava privada do direito à moradia, e por consequência, privada também do direito à saúde.

## **2.3 Da Doutrina**

Os doutrinadores do direito também comentaram acerca desse assunto, sendo ele tão relevante para o bem-estar da população. Alguns autores reconheceram a necessidade da revisão das ações de despejo e remoção no período da pandemia do COVID-19, não apenas no Brasil, mas também nos outros países, como por exemplo os acadêmicos Adroaldo Agner Rosa Neto e Marina Luiza Amari, que trouxeram as

seguintes afirmações no seu artigo A Questão das Locações Durante a Pandemia da Covid-19:

A tendência parece ser a revisão, independentemente do disposto na Lei do Inquilinato. Neste contexto, o Poder Judiciário ganha protagonismo. A falta de parâmetros legislativos objetivos e uniformes quanto à uma opção que permita a manutenção contratual por aqueles que tiveram sua capacidade financeira reduzida pela crise, transfere à jurisprudência o estabelecimento de soluções. Decisões recentemente publicadas caminham ou no sentido da redução do valor da locação ou da concessão da suspensão.<sup>1</sup>

Também é necessário dar ênfase à importância do princípio da boa-fé e da sua relevância na preservação da dignidade humana, especialmente em um período em que a saúde mundial está em risco. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “O princípio do respeito recíproco não se encontra apenas nos direitos fundamentais, mas atravessa todo o ordenamento jurídico”<sup>2</sup>. Ao desconsiderar a situação precária dos trabalhadores e seguir com a ação de despejo, observa-se uma falta de respeito da empresa com os trabalhadores, assim violando esses princípios tão essenciais do direito brasileiro.

## 2.4 Da Análise Técnica

Ao trazer essas referências, jurisprudência e leis, é possível observar que a empresa proprietária dos imóveis não dá o devido valor aos direitos mais fundamentais do ser humano, como o direito à moradia e à saúde. Apesar dos trabalhadores serem adimplentes

- 
- 1 Casali Bahia, Saulo José; Pamplona Filho, Rodolfo. (org.) Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus: NETO, Adroaldo Agner Rosa; AMARI, Marina Luiza. A questão das locações durante a pandemia: Terceiro Volume. Edição do Kindle, p. 72.
  - 2 FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Obrigações. 11ª edição. Editora Juspodivm, 2017.



durante o período que alugavam os imóveis, após passarem alguns meses inadimplentes em meados de um evento mundial que suspendeu o funcionamento de negócios e serviços pelo mundo inteiro, houve uma tentativa de despejá-los.

Não apenas houve violação dos direitos básicos do ser humano, mas também de leis que visam proteger pessoas vulneráveis durante a pandemia do coronavírus. Com isso, fica claro que não seria possível seguir em frente com a ação de despejo, pois isso seria um flagrante desrespeito à lei 14.216/2021 e também à decisão do Ministro Luís Roberto Barroso com relação à ADPF 828.

### **3 CONCLUSÃO**

Considerando toda a análise ante exposta, a conclusão a que se chega no presente parecer é que a ação de despejo contra os trabalhadores não apenas viola a lei 14.216/2021, mas também alguns princípios norteadores do direito civil brasileiro, como a boa-fé nas relações obrigacionais, não se devendo dar continuidade à presente ação.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

PARECER JURÍDICO

DESEPEJO

PARECER 3

**ALEXIS MAGNUM AZEVEDO DE JESUS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Doutor em Educação (UFS); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (EJUSE); Bacharel em Direito (UFS).

**VINÍCIUS DOS SANTOS SÁ**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: vinicius.sa2015@hotmail.com

---

Numeração: Parecer nº );

Referência: Processo Administrativo nº;

Assunto: Despejo de trabalhadores na pandemia.

Interessado: Proprietário dos imóveis

CIVIL. PANDEMIA. DESPEJO. LOCAÇÃO. INTERESSE DO PROPRIETÁRIO. LOCADOR. TRABALHADORES INADIMPLENTES. LOCATÁRIOS. DIREITO. PROPRIEDADE PRIVADA. IMOVÉL RURAL. FUNÇÃO SOCIAL. CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO CIVIL. PRESTAÇÕES LOCATÍCIAS. DESCUMPRIMENTO. LIBERDADE DO PROPRIETÁRIO. LEI Nº8.245. QUEBRA DO CONTRATO. AÇÃO DE DESPEJO. LIMINAR.

**RELATÓRIO**

Diante deste caso concreto, o presente parecer tem por escopo ajuizar demanda efetuada pelo proprietário de hotéis, até então residente no município de Aracaju/SE, acerca da possibilidade do despejo de trabalhadores integrantes da construção civil, durante o cenário pandêmico de Covid-19. Tais trabalhadores, até então, encontram-se domiciliados num dos hotéis supramencionados, localizado na área

rural do município de Aracaju/SE. Nessa perspectiva, constatou-se que os trabalhadores acabaram por não arcar com os custos referentes aos aluguéis mensais que foram pactuados no contrato de locação, bem como não agiram em conformidade com o que se faz previsto na Constituição Federal e na Lei responsável pela regulamentação da matéria. Dessa forma, em virtude do atraso reiterado de prestações locatícias, por parte dos locatários, pleiteia-se liminar para o despejo desses.

É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se, como já foi supramencionado, da possibilidade de eventual despejo de locatários que residem em hotel situado na zona rural de Aracaju, em virtude do não pagamento das parcelas locatícias mensais ao locador proprietário do imóvel.

Do Imóvel Rural

Inicialmente, merece destaque o conceito de Imóvel Rural segundo o Código Tributário Nacional (Lei Nº 5.172), nos moldes de seu Art. 29, onde faz-se disposto que:

“Art. 29. O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, **localização fora da zona urbana do Município.**”

Como observado, diante do caso em análise, tem-se a localização do hotel fora das circunscrições territoriais que integram a zona urbana do município de Aracaju. Deste modo, tem-se uma correspondência entre o caso factual e o conceito adstrito ao artigo da lei supramencionada. Logo, fica demonstrado, por intermédio da letra fria da lei, que o hotel encontra-se situado numa localidade rural e, portanto, pode ser definido como imóvel rural.

Em segundo lugar, considerando, cumpre salientar o que dispõe a da Lei Nº 14.216 de 07/10/2021:

“Art. 1º Esta Lei estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender até 31 de dezembro de 2021 o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, **exclusivamente urbano**, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para dispensar o locatário do pagamento de multa em caso de denúncia de locação de imóvel e para autorizar a realização de aditivo em contrato de locação por meio de correspondências eletrônicas ou de aplicativos de mensagens.”

Constata-se, portanto, o afastamento desta lei em se tratando do caso em tela, tendo em vista que ela veda o despejo, durante o período de pandemia, nas hipóteses que venham a ser vislumbradas em imóveis situados nas regiões exclusivamente urbanas, o que, a contrário sensu, não se faz possível perante o caso em análise, visto que restou comprovada a localização do imóvel(hotel) em circunscrições territoriais rurais.

Ademais, cumpre esclarecer que, no que concerne as ações de despejo destinadas a desocupação de imóveis rurais utilizados com a finalidade de moradia, mostra-se perfeitamente possível a aplicação da Lei Nº 8245/91 em detrimento do Estatuto da Terra, consoante o que se faz disposto no presente julgado:

DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO - RESCISÃO DE CONTRATO - LOCAÇÃO - IMÓVEL RURAL DESTINADO A DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE EQUESTRE E RECREAÇÃO - APLICAÇÃO DA LEI DO INQUILINATO - BENFEITORIAS - RENÚNCIA DO DIREITO DE RETENÇÃO. -

**Em se tratando de imóvel localizado em zona rural, mas destinado a finalidade diversa daquela estabelecida no Estatuto da Terra, é de ser aplicada a Lei do Inquilinato como norma**

**regulamentadora da relação jurídica** - A teor do disposto no art. 35 da lei 8245/91, salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção. Consoante diversos precedentes desta Corte, é válida a cláusula firmada em contrato de locação, que prevê a renúncia, por parte do locatário, do direito de retenção ou indenização por benfeitorias, exegese do artigo 35 da Lei Federal 8.245/91.

(TJ-MG - AC: 10672062090994001 Sete Lagoas, Relator: Domingos Coelho, Data de Julgamento: 16/05/2007, Câmaras Cíveis Isoladas / 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/05/2007)

Assim, de forma análoga ao que se faz presente no caso concreto, conclui-se pela aplicabilidade da lei de locações destinada aos imóveis urbanos, tendo em vista o fato dos trabalhadores utilizarem o hotel situado na localidade rural com o propósito de residência, diferentemente do que se faz disposto na Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra).

## **Da Propriedade Privada**

Outrossim, diante do caso concreto, em se tratando do descumprimento de encargos locatícios na hipótese de imóvel situado na região rural, verifica-se flagrante ofensa ao direito à propriedade, disciplinado nos moldes do Art. 5º, XXII, da Constituição Federal que encontra correspondência nos arts. 1228 e 1231 do Código Civil. Nessa linha, destaca-se abaixo a redação dos referidos dispositivos normativos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade;”

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Art. 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.”

Diante do antecedido, constata-se a liberdade concedida ao proprietário para usufruir, de forma plena, a sua propriedade, bem como para dispor desta em relação a um terceiro. Partindo desse pressuposto normativo, no que se refere a um negócio jurídico de locação, o locador ao pactuar a posse de sua propriedade espera o mínimo de boa-fé, por parte dos locatários (trabalhadores), em se tratando do cumprimento das obrigações contratuais previamente estabelecidas. Assim, a regra é pela disposição da propriedade, salvo nas hipóteses de descumprimento de possíveis encargos. Hipótese essa, que vislumbra-se, perante o caso concreto, observado que os trabalhadores não honraram seus compromissos mensais de aluguel, até então, pactuados no contrato de locação.

Sobre a regulamentação da propriedade privada, cabe ainda salientar o posicionamento do jurista clássico Savigny (apud HAYEK, 2017, p. 50)<sup>1</sup>:

“Se em tais contatos os agentes livres devem existir lado a lado, apoiando-se mutuamente e não obstruindo uns aos outros em seu desenvolvimento, isso só pode ser alcançado pelo reconhecimento de uma fronteira invisível, dentro da qual se assegura à existência e à operação de cada indivíduo certo espaço livre. **O regulamento por meio do qual essas fronteiras, e por meio delas o âmbito de liberdade de cada um, são determinadas é a lei**”.

---

1 HAYEK, Friedrich August Von. *Os erros fatais do socialismo*. Tradução Eduardo Levy. 1. ed. Barueri: Faro Editorial, 2017.

Dessa forma, não se pode olvidar o direito do proprietário, previsto em lei, de usufruir dos frutos da locação dos seus imóveis construídos ao longo dos anos com tanto sacrifício. Muito pelo contrário, torna-se mister que o Direito, por intermédio do que se faz disposto em seu ordenamento jurídico, cumpra o dever a que se presta, qual seja o de garantir o direito à propriedade, em se tratando da exploração máxima de recursos por parte do locador, bem como da função social que esta desempenha.

### **Da Ação de Despejo**

Com base no anteposto, tem-se a incidência da supracitada Lei Nº 8.245/91 e seus respectivos artigos que regulamentam as locações dos imóveis urbanos, assim como dispõem sobre os procedimentos de despejo a serem observados, em face do descumprimento das prestações pactuadas entre o locador e o locatário.

Quais sejam:

“Art. 23. O locatário é obrigado a:

I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato;”

Diante disso, de forma reiterada, resta comprovada a obrigação dos locatários(trabalhadores), perante o locador(proprietário), de arcar com encargos, os quais ficaram sujeitos ao pactuar, por intermédio de contrato, um negócio jurídico de locação. Ocorre que, de forma contrária, esta pontualidade não está posta no caso em análise, o que vosremete aos procedimentos de desfazimento do contrato:

“Art. 9º A locação também poderá ser desfeita:

III - em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos;”

Destarte, conclui-se que, em virtude do inadimplemento, por parte dos trabalhadores, no que diz respeito as prestações locatícias, o contrato de locação poderá ser desfeito, bem como o despejo poderá ser efetuado, desde que observados os procedimentos dispostos nos artigos que versam sobre as ações de despejo.

Quais sejam:

“Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão orito ordinário.

§ 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

IX – a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.”

Partindo dessa conjectura, em virtude da desobediência das prestações locatícias, a desocupação dos trabalhadores deve se dar mediante a concessão de liminar de despejo vinculada ao depósito judicial, por parte do proprietário, no valor correspondente a três prestações locatícias, visto que no contrato não se fazem presentes nenhuma das garantias dispostas no Artigo 37 da Lei supra referida.



## CIRURGIA PLÁSTICA PÓS BARIÁTRICA

STJ - Tema 1069

Definição da obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica.

A questão jurídica a ser dirimida consiste em definir a obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica, sobretudo perquirir se ostentam finalidade reparadora ou meramente estética.

A proposta de afetação do presente feito como recurso repetitivo justifica-se porque existe número expressivo de processos com fundamento em idêntica questão de direito, a evidenciar o caráter multitudinário da controvérsia, tanto que, de forma exemplificada, não só o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mas também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já aprovou Enunciados de Súmula sobre o assunto:

“Súmula nº 97: Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.” (TJSP)

“Súmula nº 258: A cirurgia plástica, para retirada do excesso de tecido epitelial, posterior ao procedimento bariátrico, constitui etapa do tratamento da obesidade mórbida e tem caráter reparador.” (TJRJ)

Com efeito, a matéria já se encontra madura nesta Corte Superior, havendo diversos julgados acerca do tema nas duas Turmas que compõem a Seção de Direito Privado.

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça já ter se manifestado acerca da controvérsia ora em apreço, estando de certo modo uniformizada, verifica-se a existência de decisões divergentes nos Tribunais estaduais.

Assim, o julgamento de tal questão em feito submetido ao rito dos recursos repetitivos vai proporcionar segurança jurídica aos interessados e evitar decisões divergentes nas instâncias ordinárias e o envio desnecessário de recursos especiais e agravos a esta Corte Superior

**TAREFA**

Considerando que o presente caso fora selecionado para afetação ao rito dos recursos repetitivos, o discente deve elaborar parecer opinativo encomendado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, Amicus Curiae, opinando pela obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica.

## PARECER JURÍDICO

# CIRURGIA PLÁSTICA PÓS BARIÁTRICA

### **SÔNIA MARIA NUNES DA SILVA OLIVEIRA**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: lunadimay@hotmail.com.

### **AFONSO CARVALHO DE OLIVA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos. Doutorando em Ciências Jurídicas Privatísticas – Universidade do Minho (Portugal). Advogado. Presidente da Comissão de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais da OAB/SE Professor. Diretor de Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho.

### **PLÍNIO REBOUÇAS DE MOURA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: pliniormoura@yahoo.com.br

---

Parecer jurídico nº 0001/2022

Assunto:

STJ – Tema 1069: “Definição da obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica.

Interessado: INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC, na condição de *Amicus Curiae*.

MANIFESTAÇÃO IDEC. AMICUS CURIAE. PLANOS DE SAÚDE. CIRURGIAS PLÁSTICAS EM PACIENTES PÓS CIRURGIA BARIÁTRICA. SUPOSTA AUSÊNCIA NO ROL DA ANS. NATUREZA REPARADORA. TRATAMENTO COMPLEMENTAR NECESSÁRIO. OBRIGATORIEDADE DE CUSTEIO QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES.

## **RELATÓRIO:**

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC, na qualidade de *Amicus Curiae*, apresenta sua manifestação

sobre o questionamento sobre a obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica, sobretudo se estas cirurgias têm finalidade reparatória ou meramente estética.

A proposta de afetação do Recurso Especial nº 1.870.834 – SP (2019/02867821), da relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, como recurso repetitivo, é justificada pelo número expressivo de processos com fundamento em idêntica questão de direito.

Fica evidenciado assim o caráter multitudinário da controvérsia, a exigir a pacificação pelo Superior Tribunal de Justiça, apesar da uniformização naquele tribunal superior, porém ainda existem decisões contraditórias em alguns tribunais estaduais.

O julgamento do incidente de recursos repetitivos tem por finalidade dar segurança jurídica aos interessados evitando decisões divergentes nas instâncias ordinárias e o envio desnecessário de recursos especiais e agravos para o STJ.

O IDEC tem acompanhado a evolução das reclamações em todo o país contra os planos de saúde por estarem negando autorização para que os consumidores contratantes dos referidos planos com o argumento de que não faz parte do rol de procedimentos contratados as cirurgias plásticas em pacientes após a cirurgia bariátrica, ainda que por indicação médica seja considerada procedimento restaurador e não estético.

A consulta, portanto, é no sentido de se manifestar sobre a existência ou não da obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica.

### **FUNDAMENTAÇÃO:**

*(vou inverter a ordem inicial dos parágrafos, acho interessante pela compreensão do julgado que é objeto do Recurso Especial Repetitivo que está julgado pelo STJ, para depois usar as súmulas do RJ e SP nos argumentos)*

A apelação que ensejou o Recurso Especial afetado trouxe a seguinte ementa:

“Plano de saúde - Preliminar de cerceamento de defesa afastada - Aplicação do código de defesa do consumidor - Negativa de cobertura de procedimento cirúrgico de dermolipectomia de coxas, a paciente já submetida a cirurgia bariátrica e de retirada de pele dos braços e mamas, como forma de continuidade do primeiro ato cirúrgico - Insurgência da ré, sob as alegações de o procedimento solicitado tem caráter estético, cuja exclusão é prevista no contrato e que não consta no rol da Resolução Normativa nº 428, da ANS - Cirurgia que não se reveste de caráter estético, pois cuida-se de continuidade no tratamento da cirurgia de obesidade mórbida anteriormente realizada - Abusividade – Contrato que deve se conformar a sua função social - Desvantagem do consumidor - Precedentes deste Colendo Tribunal - danos morais configurados - Recurso da ré desprovido e provido o apelo da autora”.

No Recurso Especial, a recorrente NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A., alega além da existência de dissídio jurisprudencial, a violação dos arts. 186, 187, 421, 422, 924 e 944 do Código Civil (CC) e 51 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Aduz, em síntese, que a negativa de cobertura para a realização da cirurgia plástica ocorreu por ela não estar prevista no rol de procedimentos com cobertura obrigatória elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

O tema é muito relevante porque somente entre os anos de 2014 a 2018, segundo o Conselho Nacional de Justiça na publicação “Justiça em Números”, foram ajuizadas **717.263** novas ações em que se tratava de planos de saúde, e apenas no ano de 2018 foram iniciadas **134.644** novas ações.

No âmbito do STJ, O ASSUNTO “Plano de Saúde” (6233) figura no sexto lugar entre os assuntos com maior incidência, sendo, entre 28/02/2015 a 28/02/2020, **36.194** novos processos na Corte Superior sobre as mais diversas controvérsias surgidas em relações jurídicas entre planos de saúde e seus beneficiários.

No tocante a obrigatoriedade de os planos de saúde serem obrigados a custearem as cirurgias plásticas após a cirurgia bariátrica é preciso definir bem as argumentações dos planos e as argumentações dos pacientes.

Os planos sustentam a sua negativa em custear as cirurgias plásticas alegando que são de natureza estética e que esses procedimentos não estão na lista da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar). Argumento que não tem obtido sucesso nas demandas judiciais.

Os pacientes, por sua vez, trazem como argumento que a obesidade mórbida é reconhecida pela OMS (Organização Mundial da Saúde) como doença grave, e por essa razão o tratamento deve ser oferecido tanto pelo setor público como pelos planos de saúde.

De acordo com a OMS desde 1975, a obesidade tem triplicado no mundo. A obesidade pode ser observada por um indicador simples que é a relação entre o peso e a altura que chega ao Índice de Massa Corporal (IMC), cujo cálculo é feito pela divisão do peso da pessoa pela altura elevada ao quadrado ( $\text{kg}/\text{m}^2$ ). Essa constatação levou a OMS a apresentar em 2004, uma “Estratégia Mundial OMS sobre Regime Alimentar, Atividade Física e Saúde”

Um tratamento multidisciplinar e que pode ser dividido em várias fases e com a participação de equipe multidisciplinar. O próprio Conselho Federal de Medicina tem reconhecido que as cirurgias plásticas pós cirurgia bariátrica é de natureza reparadora e faz parte do tratamento da obesidade mórbida, e por isso, deve ser obrigatória a realização dessas cirurgias tanto pelo sistema público de saúde como através dos planos de saúde.

Portanto, a cirurgia bariátrica não é um método estético de emagrecimento.

Trata-se, em verdade, de procedimento necessário à preservação da vida dos pacientes que apresentam um quadro de obesidade mórbida, e após a cirurgia se não forem realizados os procedimentos de cirurgia plástica poderá o paciente desenvolver infecções graves que podem levar ao óbito.

A natureza reparadora dessas cirurgias é tão evidente que o judiciário brasileiro desde o primeiro grau vem, de forma reiterada, concedendo liminares e sentenças no sentido de obrigar os planos de saúde a custearem essas cirurgias plásticas porque fazem parte do tratamento da obesidade mórbida e isso está na relação dos procedimentos da ANS.

A questão jurídica posta já foi pacificada em diversos órgãos judiciais, a exemplo das súmulas dos tribunais de São Paulo e do Rio de Janeiro, como se vê:

“Súmula nº 97: Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.” (TJSP)

“Súmula nº 258: A cirurgia plástica, para retirada do excesso de tecido epitelial, posterior ao procedimento bariátrico, constitui etapa do tratamento da obesidade mórbida e tem caráter reparador” (TJRJ).

Neste Colendo STJ, inclusive, a questão já está assentada sem maiores controvérsias, consoante recentes julgados da Terceira e da Quarta Turmas, que se mencionam apenas para exemplificar:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. ART. 1.022 DO CPC/2015. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTO SUFICIENTE. NEGATIVA DE COBERTURA. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. CIRURGIA REPARADORA. PACIENTE PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA. CIRURGIAS PLÁSTICAS. NECESSIDADE. CARÁTER FUNCIONAL E REPARADOR. RECUSA INJUSTA. DANO MORAL. CABIMENTO. REVISÃO. SÚMULAS Nº 5 E 7/STJ.

(...)

É pacífico o entendimento firmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o rol de proce-

dimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é meramente exemplificativo, reputando-se abusiva a negativa de cobertura, pelo plano de saúde, de tratamento considerado adequado para resguardar a saúde e a vida do paciente.

A jurisprudência desta Corte Superior possui o entendimento de ser cabível indenização por danos morais advindos da injusta recusa de manutenção de cobertura de plano de saúde, visto que o fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado.

Precedentes.

(...)

(STJ, AgInt no AREsp 1782946/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2022, DJe 02/03/2022)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA BARIÁTRICA. CIRURGIAS PLÁSTICAS REPARADORAS. MASTOPEXIA COM COLOCAÇÃO DE PRÓTESE. NECESSIDADE MÉDICA. NEGATIVA DE COBERTURA. ALEGAÇÃO DE EXCLUSÃO CONTRATUAL. FINALIDADE MERAMENTE ESTÉTICA. DESCABIMENTO. PROCEDIMENTO TERAPÊUTICO INDISPENSÁVEL. NEGATIVA INDEVIDA. DANO MORAL NÃO RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MANUTENÇÃO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

“Havendo expressa indicação médica, alusiva à necessidade da cirurgia reparadora, decorrente do quadro de obesidade mórbida da consumidora, não pode prevalecer a negativa de custeio da intervenção cirúrgica indicada - mamoplastia, inclusive com a colocação de próteses de silicone -, sob a alegação de estar abrangida por previsão contratual excludente (“de cobertura de tratamentos clínicos ou cirúrgicos, e próteses, meramente para



fins estéticos”); pois, na hipótese, o referido procedimento deixa de ser meramente estético para constituir-se como terapêutico e indispensável” (REsp 1.442.236/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe de 28/11/2016).

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o descumprimento contratual por parte da operadora de saúde, que culmina em negativa de cobertura para procedimento de saúde, somente enseja reparação a título de danos morais quando houver agravamento da condição de dor, abalo psicológico ou prejuízos à saúde já debilitada do paciente.

Na hipótese, deve ser confirmado o v. acórdão, no que tange à ausência do dever de indenizar, por considerar não ter ficado demonstrada situação capaz de colocar em risco a integridade física e psíquica da agravante, bem como de gerar abalo que ultrapasse o mero dissabor decorrente do inadimplemento contratual.

Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial.

(STJ, AgInt no AREsp 1763328/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2021, DJe 12/05/2021)

O judiciário, portanto, já vem seguindo o que a literatura médica considera parte do tratamento contra a obesidade mórbida, causa de mortes e de incapacitação para o trabalho, e problemas de ordem psiquiátrica.

Não há dúvida que a relação paciente e plano de saúde é de natureza consumerista, assim sendo, os contratos, mesmo sendo de adesão, devem ser interpretados em favor da parte mais vulnerável, o consumidor, como se vê no art. 47, do Código de Defesa do Consumidor.

## **CONCLUSÃO**

Como se observou dos fundamentos acima, a predominante jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dessa própria Corte Superior

é no sentido de ser obrigatória a cobertura, pelos planos de saúde, das cirurgias plásticas para os pacientes pós-bariátrica.

Este amicus curiae concorda com o posicionamento jurisprudencial majoritário, defendendo a obrigatoriedade de custeio pelos planos de saúde, considerando que a cirurgia plástica é um procedimento complementar e reparador, necessário ao correto enfrentamento da obesidade mórbida, cujo tratamento é admitido expressamente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Corroborando com a posição deste opinativo a existência de uma relação contratual de consumo entre pacientes e planos de saúde, hipótese em que os primeiros são presumidamente vulneráveis e, portanto, a norma exige uma interpretação que lhes seja favorável, o que corrobora com a legalidade da imposição de custeio das cirurgias plásticas complementares.

É o parecer, salvo melhor juízo.

## **REFERÊNCIAS:**

STJ, jurisprudência. Recurso Especial nº 1.870.834 – SP (2019/0286782-1).

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

OMS – Organização Mundial da Saúde. <https://www.who.int/es/newsroom/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight>

CFM – Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM Nº 1.766/05, publicada no Diário Oficial da União do DIA 11/7/2005

## DANO MORAL MANIPULAÇÃO DE PARTIDAS DE FUTEBOL

RE 565138 - Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5o, X, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de se indenizar o torcedor pelos danos morais e materiais resultantes das fraudes praticadas por alguns árbitros que atuavam no sentido de manipular os resultados das partidas do campeonato brasileiro de futebol. A questão do pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes de manipulação de resultados de partidas de futebol. Vides Art. 1030, I, "a"; Art. 1035, § 8o; Art. 1039, parágrafo único do CPC/2015.

Na Série A do Campeonato Brasileiro de 2005, uma reportagem da revista *Veja* revelou que o árbitro Edílson Pereira de Carvalho teria recebido dinheiro para manipular resultados de jogos do Brasileirão. Edílson passou cinco dias preso na sede da Polícia Federal de São Paulo e revelou como funcionava o esquema. Os 11 jogos apitados por ele no Campeonato Brasileiro foram anulados. Edílson, incurso nos artigos 242 e 275 do CDJD (Código Brasileiro de Justiça Desportiva) - que consiste em "dar ou prometer vantagem indevida influenciando em resultado e agir de forma atentatória à dignidade do desporto" -, foi declarado culpado por unanimidade pelo STJD.

A questão envolve discutir se as adversidades sofridas por expectadores de determinada modalidade esportiva costumam, ou não, interferir intensamente em seu bem-estar. O enfrentamento ao tema deve passar pela análise do caso no qual se deve, ou não, ser analisado diante do sentimento negativo experimentado pelos torcedores ao saberem que os jogos foram manipulados ou pela relevância frente ao sentimento de aviltamento e perda de valores essenciais coletivos.

O futebol é considerado fenômeno cultural de elevado interesse social, revelando-se uma das facetas da identidade nacional brasileira. Paralelamente,

te, tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Estatuto do Torcedor têm suas bases fincadas na boa-fé objetiva: a confiança de que seus atores atuarão com honestidade e retidão.

**TAREFA**

O discente deve elaborar parecer argumentando a mácula a boa-fé dos torcedores e a repercussão geral ao caso.

## PARECER JURÍDICO

# DANO MORAL MANIPULAÇÃO DE PARTIDAS DE FUTEBOL

### **MARIA EDUARDA DE AMORIM SOUZA**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

### **PLÍNIO REBOUÇAS DE MOURA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: pliniormoura@yahoo.com.br

### **ALEXIS MAGNUM AZEVEDO DE JESUS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Doutor em Educação (UFS); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (EJUSE); Bacharel em Direito (UFS).

---

Numeração: Parecer nº 07 – 16/05/2022

Referência: Processo Administrativo nº XXXXX

Assunto: Dano moral e Repercussão Geral

Interessado: Torcedores de Futebol

DIREITO DO CONSUMIDOR. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO.  
DANO MORAL COLETIVO. BOA-FÉ OBJETIVA. FRAUDE À  
EXPECTATIVA. DEVERES ANEXOS. REPERCUSSÃO GERAL.  
JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

## **RELATÓRIO**

Através do processo em epígrafe este Setor Jurídico emite o presente parecer acerca do seguinte fato:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de se indenizar o torcedor pelos danos morais e materiais resultantes das fraudes praticadas

pelo árbitro Edilson Pereira de Carvalho que atuava manipulando os resultados das partidas do campeonato brasileiro de futebol da série A no ano de 2005.

A revelação desse fato através de uma matéria jornalística causou espanto e indignação aos torcedores dos times envolvidos na fraude, visto que, a boa-fé objetiva é um princípio basilar do Direito do Consumidor, assim como também está materializada no art.113 do Código Civil como premissa fundamental nas relações contratuais. O presente caso, levou à discussão se os impactos sofridos pelos espectadores dos jogos costumam, ou não, interferir intensamente em seu bem-estar.

De acordo com as informações publicizadas, o árbitro Edilson Pereira de Carvalho foi declarado culpado por unanimidade pelo Superior Tribunal de Justiça Desportiva – STJD, conforme os artigos 242 e 275 do Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CDJD.

É o relatório.

## **FUNDAMENTAÇÃO**

Em virtude da sua culpabilidade, os 11 jogos apitados por Edilson no Campeonato Brasileiro foram anulados e ele passou cinco dias preso na sede da polícia federal de São Paulo, onde revelou como funcionava o esquema. Os torcedores dos times envolvidos sofreram um grande impacto negativo diante da perda de valores essenciais para o futebol. No Brasil, o futebol é uma grande manifestação cultural que tem uma grande influência nas áreas políticas, econômicas e sociológicas do país, bem como, no sentimento de expectativas gerado nos torcedores.

Nos termos do art. 217, caput, da Constituição Federal-CF/88, é dever do Estado fomentar práticas desportivas. No caso em comento, observa-se a possibilidade de haver ou não uma indenização por danos morais e materiais experimentados pelos torcedores que diante da manipulação dos resultados das partidas do campeonato brasileiro de futebol tiveram suas expectativas lesadas.

De acordo com o art. 217, §1º, da CF/88, o poder judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se todas as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

Esgotada a via do STJD, foi interposto Recurso Extraordinário para discussão da matéria supracitada, no entanto, nos termos do art. 102, III, a, CF/88, compete ao Supremo Tribunal Federal a análise da matéria que contraria dispositivo da Constituição Federal.

## **2.1 – Da Repercussão Geral do Caso**

Entende-se por repercussão geral a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. É classificada como um instrumento processual que possibilita o acesso à mais alta Corte do país, é um requisito que deve ser enfrentado pelos interessados que desejam apresentar seus recursos ao conhecimento do STF.

De acordo com o caput do art. 1.035 e §2º do CPC, o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral.

Deverá o recorrente demonstrar a repercussão geral ao interpor Recurso Extraordinário, para apreciação exclusiva pelo STF.

Contudo, para que seja reconhecida a Repercussão Geral é preciso que o recurso apresente um conflito constitucional relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, de caráter público, objetivo, coletivo e que o julgamento da matéria seja relevante não apenas às partes envolvidas no processo, mas que os efeitos da decisão afetem pessoas que não fazem parte da demanda (CPC, art. 1.035, § 1º).

§1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

No mais, desde a chegada do Código de Processo Civil de 2015, a análise de admissibilidade do recurso extraordinário é realizada, em regra, em duas etapas, isto é, trata-se de competência concorrente, primeiramente pelo Tribunal inferior, e sendo o recurso admitido, passa-se à análise do próprio Supremo Tribunal Federal que efetivamente decidirá a existência da Repercussão Geral.

Uma vez constatada a existência da Repercussão Geral, é possível ainda a manifestação de terceiros que não fazem parte do processo, mas que poderão colaborar, pluralizando o debate, apresentando elementos de informação que contribuam para a discussão da matéria constitucional a ser apreciada pelos Ministros da Corte Superior. (CPC, Art. 1.035, §4º).

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O presente caso apresenta repercussão geral pela existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, social e jurídico que impactaram negativamente os torcedores envolvidos. Eis alguns exemplos:

a. Social – De acordo com o site do “ O economista”, o futebol é considerado uma paixão nacional, no Brasil, em média 25,7 milhões de pessoas acompanham as partidas pela TV, isso se explica pelo fato de ser um esporte popular, que representa o nosso país a nível internacional, provocando nos torcedores grande expectativa de vitória, sentimentos de alegria, diversão, refletindo no bem estar e manutenção social, uma vez que desvia, momentaneamente, o indivíduo de problemas sociais como desemprego, desigualdades sociais e etc.

b. Econômico - O futebol gera receita nas mais diversas áreas da economia brasileira, de acordo com a Confederação Brasileira de Futebol- CBF, o futebol movimenta um total de 52,9 bilhões na economia do país, representando 0,72% do total do PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro.



c. Jurídico – O Estatuto do Torcedor possui um importante papel na sociedade, uma vez que regula as relações contratuais e defende os interesses dos torcedores. Criado em meados de 2003, a Lei 10.671/2003 tem por objetivo proteger os interesses do consumidor esportivo no papel de torcedor, obrigando as instituições responsáveis a estruturarem o esporte no País de maneira organizada, transparente, segura, limpa e justa.

Destarte, fica demonstrado os requisitos basilares para a repercussão geral do caso, onde também podemos constatar a violação do Estatuto do Torcedor que possui sua base fincada na boa-fé objetiva, no sentido de que existia a confiança numa atuação com honestidade e retidão.

Corroborando com esse entendimento, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *in verbis*:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. REAPRECIACÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS 279 E 454 DO STF. 1. Os Recursos Extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares. 2. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigên-

cia constitucional, legal e regimental (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo. 3. A reversão do acórdão passa necessariamente pela revisão das provas e das cláusulas contratuais. Incidem, portanto, os óbices das Súmulas 279 (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário) e 454 (Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário), ambas desta Corte. 4. Agravo Interno a que se nega provimento. Na forma do art. 1.021, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil de 2015, em caso de votação unânime, fica condenado o agravante a pagar ao agravado multa de um por cento do valor atualizado da causa, cujo depósito prévio passa a ser condição para a interposição de qualquer outro recurso (à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final).

(STF - ARE: 1273793 RJ 0040194-25.2009.8.19.0001,

Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 28/09/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 02/10/2020)

## **2.2 – Da Boa-Fé**

A boa-fé é um princípio segundo o qual as partes possuem o dever de agir com base nos valores éticos e morais da sociedade. Desse comportamento, vão surgir os deveres anexos, como lealdade, transparência, confiança, entre outros, e devem ser observados em todas as fases do contrato.

Tomando por base a Lei nº 10.671/2003 – Estatuto de Defesa do Torcedor e a Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor,

observa-se a existência de relação de consumo entre torcedores e os espetáculos esportivos, onde aqueles possuem direitos intransponíveis, a saber, o direito de informação prévio quanto ao valor dos ingressos e suas diferentes categorias, o direito à segurança e disposições sanitárias durante todo o evento, o direito de ver uma competição sem fraudes ou ajustes de resultados, primando pela confiança que o consumidor deposita no fornecedor do espetáculo e o direito ao conforto para fruir do serviço contratado.

Diante do exposto acima, podemos afirmar que deve sem sombra de dúvidas, está presente a premissa fundamental da boa-fé, que se materializa nas relações contratuais.

Nos termos do art. 113, do Código Civil, verifica-se que o princípio da boa-fé se vincula não só com a interpretação do negócio jurídico, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas.

Dessa forma, observando o que foi exposto no caso em apreço, pode-se concluir que diante das fraudes existentes no sentido de manipular os resultados das partidas do campeonato brasileiro de futebol, os torcedores puderam experimentar negativamente a afronta ao princípio basilar das relações contratuais, qual seja o da boa-fé. Contudo, observa-se o límpido direito aos danos morais coletivos diante da frustração de uma justa expectativa de competição honesta e a lesão a essa expectativa atingiu não somente os envolvidos na partida de futebol, como também, todas as torcidas de, aproximadamente, 20 clubes de torcedores.

**Corroborar com esse entendimento, a jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *in verbis*:**

RECURSOS ESPECIAIS. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL.

“MÁFIA DO APITO”. JOGOS DE FUTEBOL. ARBITRAGEM.

FRAUDE. DANO MORAL COLETIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1.ReCURSOS Especiais interpostos contra acordo publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Ação Civil Pública visando à

condenação dos envolvidos na denominada “Máfia do Apito” ao pagamento de danos morais e materiais supostamente causados aos consumidores torcedores em virtude da manipulação de resultados de partidas de futebol do Campeonato Brasileiro e do Campeonato Paulista de Futebol de 2005, com violação direta da Lei nº 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor). 3. Pretensão de ressarcimento de danos materiais e dos danos morais de caráter individual definitivamente afastada pela Corte de origem, à míngua de recurso interposto pelo parquet. 4. O dano moral coletivo, compreendido como resultado de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, ocorre quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva. 5. Não basta a mera infringência à Lei ou ao contrato para a caracterização do dano moral coletivo. É essencial que o ato antijurídico praticado atinja alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais. 6. A arbitragem combinada, fraudulenta, com vistas ao favorecimento de grandes apostadores, em nada se aproxima do erro de arbitragem não intencional, já tendo essa Corte Superior afastado a ocorrência de dano moral nessa segunda hipótese. 7. Em regra, as adversidades sofridas por expectadores de determinada modalidade esportiva não costumam interferir intensamente em seu bem-estar. Até podem causar aborrecimento, dissabores e contratempos, sentimentos de caráter efêmero que tendem a desaparecer em curto espaço de tempo. Hipótese em que os jogos nos quais se constatou a prática de fraude por parte da arbitragem foram anulados, com a realização de novas partidas. 8. Sem a mínima demonstração do sentimento de angústia e inquietude de toda uma coletividade de torcedores, com a afetação do círculo primordial de seus valores sociais, não é possível manter a condenação ao

pagamento de danos morais coletivos. 9. Recursos Especial de Paulo José Danelon não conhecido. 10. Recursos Especiais dos demais recorrentes parcialmente providos.

Encontrado em: Ministra Nancy Andrighi, decide a Terceira Turma, por maioria, dar parcial provimento aos recursos especiais interpostos por Federação Paulista de Futebol e Confederação Brasileira de Futebol, nos termos.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, tecendo comentários a respeito do princípio da boa-fé como modelo no Código Civil e como função integrativa, esclarece:

(...), Todavia, outros deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Trata-se dos deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos. O princípio da boa-fé objetiva é a mais imediata tradução do princípio da confiança e impõe aos contratantes a atuação de acordo com determinados padrões de lisura, retidão e honestidade, de modo a não frustrar a legítima expectativa e confiança despertada em outrem.

## **CONCLUSÃO**

Infere-se do exposto e de acordo com a jurisprudência que é cabível o dano moral, pois houve demonstração do sentimento de angústia e intranquilidade de toda uma coletividade de torcedores, com a afetação do círculo primordial de seus valores sociais. Sendo assim, é possível a condenação ao pagamento de danos morais coletivos.

O presente parecer também apresenta-se favorável à repercussão geral do caso, uma vez que foram demonstrados os requisitos de admissibilidade, conforme o art.1035, §1º do CPC. Dessa forma, a repercussão geral vai estar no fato de o precedente abrir margem para que outros torcedores venham entrar em juízo para reclamar indenização por dano moral. É necessário que o Supremo demonstre

o real alcance do inciso X do art. 5º da CF, consoante o qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, assegurando o direito a indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

## RESPONSABILIDADE CIVIL AGRESSÃO EM ESCOLA PARTICULAR

RECURSO ESPECIAL Nº 1.539.635 - MG (2014/0332093-3)

### RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Recursos especiais interpostos por Pablo Alonso Mariante (aluno) (CR, art. 105, III, a e q [sic]) e por Cotemig Empresarial S/A (instituição de ensino) (CR, art. 105, III, a e c) impugnando o acórdão no qual a corte revisora concluiu pela responsabilidade civil dos recorrentes em decorrência das agressões praticadas por Pablo contra o recorrido Gustavo Luiz de Sousa Oliveira (também aluno), durante o recreio nas dependências da instituição de ensino, condenada em caráter solidário. (e-STJ Fls. 198-218 e 233-240.)

Pablo sustenta, em suma, que a prova testemunhal foi clara no sentido de que o recorrido Gustavo foi quem iniciou as agressões; que, assim, o dano decorreu de “culpa única e exclusiva do recorrido”, o que afasta o dever de indenizar; que a conduta da vítima, como fato gerador do dano, elimina a causalidade; que o valor da indenização por dano moral deve ser reduzido, porque “eram dois menores, um deles praticando jogatina em pleno horário de aprendizagem.” Requer o provimento do recurso para julgar improcedente o pedido. (e-STJ Fls. 243-249.)

A instituição de ensino sustenta, em suma, a negativa de vigência ao art. 28, § 2º, do CP; ao art. 932, IV, do CC 2002; e divergência jurisprudencial. Requer o provimento do recurso para julgar improcedente o pedido, para reconhecer a ausência de responsabilidade dela ou para reduzir o valor da indenização. (e-STJ Fls. 256-269.) O recorrido apresentou contrarrazões (e-STJ Fls. 280-287 [recurso de Pablo] e 289-306 [recurso da instituição de ensino].)

Os recursos não foram admitidos na origem (e-STJ Fls. 309-311), mas subiram a esta Corte em virtude do provimento de agravo. (e-STJ Fls. 314-321 [agravo de Pablo] e 398 [decisão desta Corte]; Fls. 323-336 [agravo da instituição de ensino] e 369 [decisão desta Corte].)

É o relatório

### **TAREFA**

Considerando que o presente caso fora selecionado para afetação ao rito dos recursos repetitivos, o discente deve elaborar parecer opinativo encomendado pela Confederação Nacional das Associações de Pais e Alunos - CONFENAPA, Amicus Curiae, opinando pela existência de responsabilidade civil das escolas particulares decorrente de agressão mútua entre alunos. Outro discente deve elaborar parecer opinativo encomendado pela ABEPAR (Associação Brasileira de Escolas Particulares), Amicus Curiae, opinando pela inexistência de responsabilidade civil das escolas particulares decorrente de agressão mútua entre alunos.



## PARECER JURÍDICO

# RESPONSABILIDADE CIVIL – AGRESSÃO EM ESCOLA PARTICULAR

### PARECER 1

#### **FILIFE SOBRAL AZEVEDO**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: filipe.sobral@hotmail.com;

#### **PLÍNIO REBOUÇAS DE MOURA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: pliniormoura@yahoo.com.br

#### **TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Diretor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Público; e-mail: Tiagobockie@yahoo.com.br.

---

Numeração: Parecer nº XX – 16/05/2022

Referência: Processo Administrativo nº XXXXX;

Assunto: Responsabilidade Civil das escolas particulares decorrente de agressão mútua entre alunos

Interessado: Confederação Nacional das Associações de Pais e Alunos - COFENAPA

## **1 RELATÓRIO**

Mediante uma encomenda feita pela Confederação Nacional das Associações de Pais e Alunos - COFENAPA, o Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade de Direito 8 de Julho ficou encarregado de elaborar um parecer opinativo acerca do seguinte caso.

Trata-se de um questionamento sobre a possibilidade jurídica de Responsabilização Civil da Escola Particular, representada por Cotemig Empresarial S / A, em um suposto caso de agressão mútua entre alunos, dentro das dependências da instituição de ensino.

Tal episódio ocorreu em um dos colégios do grupo Cotemig Empresarial S/A, durante o recreio do dia 23 de setembro de 2011, dentro da instituição mencionada acima, o aluno Gustavo Luiz (apelante) estava jogando truco, enquanto o seu colega de escola, o aluno Pablo Alonso (primeiro recorrido) o provocava e o ameaçava com um isqueiro, passando o fogo próximo às orelhas do recorrente. Como resposta às brincadeiras, o apelante desferiu um soco nas partes íntimas de Pablo (primeiro apelado), que por sua vez, em reação, o agrediu três vezes, gerando lesões no rosto de Gustavo, que sofreu até fraturas em seu maxilar.

Deste modo, em razão dos graves danos físicos sofridos por Gustavo Luiz, foi ajuizada uma ação em face da escola em que os dois estudavam e que sediou todo o conflito e, também, contra o aluno que o agrediu. Foi interposto um pedido de indenização por danos materiais e danos morais, sob os valores de R\$ 500,00 e R\$ 6.000,00, respectivamente.

Em continuação, é preciso destacar que caso já é pauta de julgamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que decidirá sobre os recursos especiais interpostos pelo colégio Cotemig Empresarial e pelo aluno Pablo Alonso, envolvidos na confusão. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu a Responsabilidade Solidária entre a escola, que interpôs um recurso negando a aplicação do Art. 932, IV, do CC 2002; e o aluno agressor, que alegou agir em legítima defesa.

Isto posto, com o caso sob análise em sede Superior, a Confederação Nacional das Associações de Pais e Alunos, *AMICUS CURIAE* do caso em cerne encomendou um parecer opinativo ao NPJ da Faculdade de Direito 8 de Julho acerca da existência de Responsabilidade Civil das escolas particulares decorrente de agressão mútua entre alunos, dentro das dependências da instituição de ensino.

É o relatório. Fundamento e opino.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

O pleito do *Amicus Curiae* apresenta algumas respostas do ordenamento jurídico pátrio, da doutrina e da jurisprudência, entretanto,

ainda é possível notar que residem algumas dúvidas, lacunas e decisões controversas sobre a discussão em cerne.

Primordialmente, é importante salientar que o parecer tem como tema central a Responsabilização Civil das Escolas Particulares por atos ilícitos praticados por seus alunos, dentro das suas dependências institucionais. Percebe-se que esta temática pode ser objeto de estudo do Direito Civil, do Direito do Consumidor e, em alguns casos, pode-se até discutir em âmbito do Direito Penal.

Sob esse viés, é essencial destacar que a responsabilidade civil é formada por 4 elementos, 3 deles são cruciais para que possamos discutir sobre a responsabilização, são eles: a conduta, o dano e o nexo causal. O quarto elemento é a culpa, cuja análise é regra no direito civil, porém, tem sua aplicabilidade reduzida pela vasta gama de exceções.

Nesse sentido, quando destaco a “conduta” como um elemento um elemento vital para a responsabilidade civil, torna-se imprescindível discorrer mais acerca deste elemento. Assim, entende-se que a conduta pode ser um Ato Próprio, quando é realizada pelo mesmo agente responsável, como também pode-se considerar por um Fato da Coisa ou um Fato de Terceiro, foi esta última hipótese que provocou grande incerteza sobre o caso discutido neste parecer. Tais dúvidas não são quaisquer novidades, já que até grandes Civilistas assumiram as dificuldades em debater sobre o Fato de Terceiro, “os problemas mais árduos e controvertidos sobre a responsabilidade civil, quer na doutrina, como na jurisprudência, debatem-se no estudo da responsabilidade pelo fato de outrem.” (LIMA, 1973 apud CHAVES, 2021)<sup>1</sup>

Portanto, ao rever o caso e a forma como foi julgado pelo TJ de MG, percebe-se que ao considerar a responsabilidade solidária entre o aluno agressor e a instituição de ensino pelos danos provocados na vítima, o egrégio Tribunal acolheu a aplicação do art. 932, IV do Código Civil de 2002, que discorre sobre os casos em que é possível a responsabilização por um fato de outrem, vejamos o que é disposto por ele:

---

1 CHAVES, Cristiano. *Curso de Direito Civil*. 8ª ed. Salvador: JUSPODVM. 2021.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:  
IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;<sup>2</sup>

A norma é complementada pelo Art. 933 da mesma lei, que define, de forma clara, a responsabilidade objetiva dessas pessoas mencionadas.

Porém, insta salientar que a aplicação deste dispositivo ao caso em debate apresenta muitas dúvidas e incertezas. O artigo do Código Civil mencionado neste parecer é claro no que se refere a responsabilização das escolas internas, que são instituições de ensino que albergam por dinheiro.

Em contra ponto, fazendo uma relação com o caso discutido, entendendo que estender essa disposição para as escolas de funcionamento comum na tentativa de responsabilizá-las de forma objetiva é uma jogada desnecessária e arriscada, já que a subsunção do Art. 932, IV do CC/02 às escolas normais não é um entendimento majoritário e, principalmente, por restar configurada uma relação de consumo entre a Escola e os seus alunos, o que gera à instituição a Responsabilidade Objetiva, caso esta venha a falhar na prestação das suas obrigações.

## **2.1 Da Relação de Consumo Entre a Escola e seus Alunos**

Pois bem, de forma e clara e objetiva, é preciso discorrer acerca da eminente existência da relação de consumo entre as Instituições de Ensino e os seus alunos, o Código de Defesa do Consumidor conceitua os sujeitos dessa relação de forma brilhante. Senão vejamos tais conceitos.

A começar pela conceituação do Consumidor, como dispõe o Art. 2º do CDC:

---

2 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Nesse sentido, os alunos e os pais que contratam os serviços de educação, de proteção e de zelo, devem ser considerados os destinatários finais do que é ofertado pela Escola na qual o garoto(a) é matriculado.

Ademais, é importante mencionar a caracterização das escolas como fornecedores nessa relação. O CDC em seu Art. 3º, conceitua o grupo dessa forma:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Assim, ao fornecer os serviços de educação, de proteção e de cuidado as instituições de ensino passam a responder pelo que está disposto no Código de Defesa do Consumidor e assim deverá ser vista a relação existente no caso debatido.

Por fim, para restar clarificado o entendimento de que a relação entre Cotemig Empresarial e os dois alunos envolvidos no conflito se trata de um vínculo consumerista, que deve ser pautado pelo que é disposto no Código de Defesa do

Consumidor, tornou-se imprescindível trazer o posicionamento jurisprudencial.

Vejamos:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. ENSINO SUPERIOR. DISCIPLINAS CURSADAS EM OUTRA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. APROVEITAMENTO DE ESTUDOS INDEFERIDO. AUTONOMIA DIDÁTICA DA INS-

TITUIÇÃO. CONDENAÇÃO NA OBRIGAÇÃO DE ACEITAR AS DISCIPLINAS. IMPROCEDÊNCIA. DEVER DE INFORMAÇÃO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. **1 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica estabelecida com o fim de prestação de serviços educacionais. Nessa relação, o estudante é destinatário final dos serviços educacionais e a instituição de ensino é a responsável por sua prestação, enquadrando-se, respectivamente, nos conceitos de consumidor e fornecedor previstos nos artigos 2º e 3º do CDC.** 2 - A autonomia didática da instituição de ensino impede que ao Instituto Réu seja imposto o aproveitamento de disciplinas que não atendem à sua grade curricular. É certo que o estudante, para receber o diploma de uma determinada instituição, tem de atender às exigências curriculares daquela instituição para tanto. 3 - Tendo o aluno pleno conhecimento de que o aproveitamento de estudos até então realizado poderia ser revisto pela nova instituição de ensino após o recebimento, por parte desta, da documentação em poder da antiga Faculdade Alvorada, não há que se falar em condenação do Réu na obrigação de aceitar todas as disciplinas requeridas pelo Autor. 4 - Segundo o art. 6º, III, do CDC, o consumidor tem direito básico à 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?. Havendo falha do fornecedor de serviços educacionais em informar ao consumidor quanto à revisão do aproveitamento de estudos e consequente necessidade de que o aluno cursasse mais onze disciplinas para obtenção do diploma, e sendo descoberto o problema pelo discente após três anos de silêncio da instituição, às vésperas da formatura - a qual foi frustrada -, exsurge o dever o Réu de indenizar o Autor pelo dano moral experimentado. Apelação Cível parcialmente provida.

(Acórdão 1132582, 07225152320178070001, Relator: ANGELO PASSARELLI, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 17/10/2018, publicado no DJE: 30/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.  
**Grifo Nosso**)

Dessa forma, após a análise crítica acerca da existência da relação de consumo entre a Cotemig Empresarial e seus alunos, não será preciso forçar a aplicação do Art. 932, IV do CC/02 para responsabilizá-los objetivamente.

## **2.2 Da Responsabilidade Objetiva da Instituição de Ensino**

Em consonância ao que já foi manifestado, é possível fixar o entendimento de que a Cotemig Empresarial tinha com os seus alunos um vínculo consumerista, devendo observar todos os deveres e obrigações previstas no CDC e no contrato que foi firmado entre a escola e os contratantes, sob pena de responder objetivamente por alguma falha na prestação do serviço.

Nesse sentido, insta salientar que as escolas ao ofertarem os seus serviços não estão oferecendo apenas a educação ou o ensino, os seus serviços não podem andar separados da prestação de cuidado, zelo, vigilância e segurança aos alunos que estão sob sua autoridade. A partir do momento em que os pais contratam os serviços de um colégio e deixam seus filhos aos cuidados da instituição, uma relação de confiança é firmada. Entende-se que um dever legal de proteção é passado dos pais às escolas.

Sob esse viés, corrobora com o entendimento, as palavras do honrado doutrinador Cristiano Chaves, “os estabelecimentos de ensino têm dever de segurança em relação aos alunos, no período em que estiverem sob a vigilância e autoridade da instituição.” (CHAVES, 2021)<sup>3</sup>.

Desse modo, resta óbvio o entendimento de que em caso de falha na prestação dos serviços de cuidado, proteção e vigilância, as

---

3 CHAVES, Cristiano. *Curso de Direito Civil*. 8ª ed. Salvador: JUSPODVM. 2021.

escolas deverão responder de forma objetiva, ou seja, sem qualquer análise de culpa.

Vejamos como dispõe o Art. 14 do CDC acerca dessa forma de responsabilização:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Assim, para responsabilizar a Cotemig Empresarial pelos danos sofridos por Gustavo Luiz dentro das dependências da instituição, no horário de recreio, não será preciso a análise de culpa e não terá qualquer necessidade de invocar o Art. 932 IV do CC/02.

Em continuação, ao discutir sobre a possibilidade de responsabilização das instituições de ensino pela prática do bullying, Cristiano Chaves destacou que

“As escolas são responsáveis por coibir essas práticas, podendo ser responsabilizadas pela omissão. Naturalmente que o dever de observação e zelo não se limita à sala de aula, sendo essencial, nesses casos, o cuidado com os intervalos, quando as agressões e humilhações ocorrem com maior frequência e intensidade”<sup>4</sup>

Ao seguir as palavras do honrado doutrinador civilista, é possível notar como a Cotemig falhou ao prestar os seus serviços de vigilância e proteção aos alunos. Tal omissão durante o recreio, momento em que os cuidados devem ser ainda maiores, foi o suficiente para possibilitar uma confusão entre dois alunos, que gerou graves danos físicos e psíquicos a um deles.

---

4 CHAVES, Cristiano. *Curso de Direito Civil*. 8ª ed. Salvador: JUSPODVM. 2021.



Corroborar com tal entendimento, o grande jurista Felipe Braga Netto ao destacar que “Se o dano ocorre dentro de um estabelecimento de ensino, eles são responsáveis por coibir essas práticas, podendo ser responsabilizados por tal omissão.” (BRAGA NETTO, 2021)<sup>5</sup>

Dessa forma, ao destacarmos os deveres da instituição de ensino e nos remetermos ao caso narrado no relatório, percebe-se que a conduta e o dano já restaram configurados, bastando mencionar apenas a presença do nexo de causalidade.

### **2.3 Da Presença do Nexa de Causalidade**

Após as teses sobre a possibilidade de responsabilização objetiva da Cotemig Empresarial terem sido mencionadas, basta apenas destacar a presença do nexo causal entre o ato omissivo da instituição os danos gerado em Gustavo.

Como já destacado pelo doutrinador mencionado acima, os deveres de vigilância não são essenciais apenas na sala de aula, sendo mais necessário ainda nos momento de intervalo, onde é mais provável o acontecimento e prática de condutas perigosas por partes dos alunos. Sendo necessário, portanto, maior dever de proteção e cuidado nesses momentos, o que faltou por parte da instituição.

Ademais, é preciso destacar que não há como se falar e eximir a escola de responsabilidade com base em alegações de caso fortuito, pela agressão ter sido um ato súbito. Não há de se falar em ato inesperado, quando, primeiro, a escola tem o dever de tutelar de forma prévia e, segundo, quando se trata de uma agressão que aconteceu como forma de reagir a outro ato, que aconteceu depois de provocação.

Resta comprovado que existiu um tempo suficiente para que fosse de conhecimento da instituição a possibilidade do conflito, fato que tonar perceptível a presença do liame causal.

---

5 BRAGA NETTO, Felipe. *Novo Manual de Responsabilidade Civil*, 2ª ed. Salvador: JUSPODVM. 2021.

### **3 CONCLUSÃO**

Ante o exposto, após a análise do ordenamento jurídico pátrio e o estudo específico das jurisprudências, entendo ser possível a responsabilização da instituição de ensino COTEMIG EMPRESARIAL

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

## PARECER JURÍDICO

# RESPONSABILIDADE CIVIL – AGRESSÃO EM ESCOLA PARTICULAR

### PARECER 2

#### MARCIO DOS ANJOS SANTANA

Discente do curso de Direito.

#### PLÍNIO REBOUÇAS DE MOURA

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: pliniormoura@yahoo.com.br

#### ALEXIS MAGNUM AZEVEDO DE JESUS

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Doutor em Educação (UFS); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (EJUSE); Bacharel em Direito (UFS).

---

Numeração: Parecer nº 015 - 01082020

Referência: Processo Administrativo nº \_\_\_\_\_;

Assunto: Responsabilidade Civil de Escolas por Agressão entre Alunos

Interessado: Identificação da pessoa ou órgão que solicitou o parecer

RESPONSABILIDADE CIVIL. ESCOLA PARTICULAR QUE NÃO ALBERGA ESTUDANTES. AGRESSÕES MÚTUAS ENTRE ALUNOS MENORES. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR.

## 1 RELATÓRIO

A ABEPAR (Associação Brasileira de Escolas Particulares), na qualidade de *amicus curiae*, regularmente admitida para intervir no feito, apresenta este parecer, proveniente de estudos doutrinários, análises jurisprudenciais e com vistas para o Código civil de 2002,

com o objetivo de opinar acerca de Responsabilidade Civil de instituição de ensino particular, invocando o artigo 932, IV, Código civil de 2002. Demonstrada a ausência de Responsabilidade Civil, exaure-se a instituição do dever de indenizar eventuais lesados na relação jurídica *IN CASU*.

Busca-se através do parecer, uma análise do ordenamento jurídico, esclarecendo as consequências da aplicação da responsabilidade civil às escolas referidas no parecer, em situações envolvendo danos causados entre alunos menores por agressões mútuas.

O requerente pleiteia a não responsabilização civil por ato de agressão ocorrido entre dois incapazes, integrantes do corpo discente, nas dependências do ginásio de uma escola particular, em horário de aprendizagem.

É o relatório.

## **2 DA ANÁLISE LEGISLATIVA**

Em que pese o acontecido nas dependências da instituição de ensino, é de fundamental relevância analisar o artigo 932, inciso IV do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

IV – Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos.

O mesmo dispositivo legal (art. 932), em seu inciso I, é claro ao imputar responsabilidade aos pais por atos lesivos causados por seus filhos menores, dispositivo que se harmoniza com o art. 928, também do Código Civil.

Percebe-se que o legislador não imputou a responsabilidade civil às escolas, direcionando a responsabilidade para estabelecimentos em que se albergue por dinheiro. Para que seja possível aplicar o artigo 932, inciso IV, Código Civil, haveria a necessidade de que fosse

um colégio interno, onde os alunos ficassem albergados, consoante regra expressa e inequívoca acima transcrita.

É salutar não se permitir uma interpretação extensiva desse determinado artigo, pois haveria uma interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo. Como tipificado na Constituição Federal Brasileira de 1988:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Deve-se primar pela separação e harmonia dos poderes, evitando-se inseguranças jurídicas no ordenamento brasileiro.

Não seria, no caso concreto, uma interpretação de consequências ínfimas, mas um desrespeito a um princípio protegido por cláusula pétreia. Se não é possível emenda constitucional tendente a abolir a separação de poderes, por que, então, seria possível a atuação do judiciário de modo a ignorar a intenção do legislativo ao editar uma norma, e, em seu julgamento, acabar legislando? Assim diz a CF/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais

Importante destacar que a separação de poderes pode ser infringida de diversas formas, seja por emendas constitucionais visando a abolição da separação de poderes (O que no Brasil é vedado, como visto alhures.), ou até mesmo uma atuação atípica de algum dos poderes, de modo a transcender a devida competência, adentrando na função de poderes diversos, como o tema debatido em tese.

Buscando elucidações no berço do princípio da separação de poderes, Montesquieu:

Quanto mais o governo se aproxima de república, mais a forma de julgar se torna fixa; e era um vício da república da lacedemônia que os éforos julgassem arbitrariamente, sem que houvesse leis para dirigi-los. Em Roma, os primeiros cônsules julgaram como os éforos: sentiram os inconvenientes disto e criaram leis precisas.

Nos estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. Governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida.

Séculos atrás já se entendia a importância da separação de poderes, para o avanço republicano.

## **2.1 Do nexo de causalidade**

O Código Civil de 2002 tem um caráter objetivo, e não é diferente na parte destinada a responsabilidade civil. Por essa premissa, temos uma conclusão, há necessidade do nexo de causalidade para que haja a responsabilidade civil.

Portanto, agregando ao argumento da ausência de norma que gere responsabilidade civil para a escola, o caso em análise retrata que um aluno se encontrava fora da sala de aula, em momento que deveria se fazer presente. Rompe-se assim, o nexo de causalidade, pois não há possibilidade de a escola manter uma vigilância em tempo integral para os alunos que se encontram em sua dependência. Inclusive, o aluno que estava a praticar jogatina em pleno horário de aprendizagem!

Como preleciona os doutrinadores ao Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, ao tratar de

responsabilidade civil em doutrina escrita em conjunto (2021, p. 652) “Realisticamente, a vigilância integral é impossível, seja para as escolas, seja para os pais.”

Acerca do nexa de causalidade, é cristalino em suas colocações o doutrinador Sergio Cavalieri Filho:

O nexa causal é o segundo pressuposto da responsabilidade civil a ser examinado. Além de pressuposto, o nexa causal tem também por função estabelecer o limite da obrigação de indenizar. Veremos que só se indeniza o dano que é consequência do ato ilícito. As perdas e danos, não se estendem ao que está fora da relação de causalidade. (Cavalieri filho, Sergio, 2020, p. 57)

Nesse prisma, nota-se que não houve ato ilícito por parte da escola e, por estar fora da relação de causalidade, há a necessidade de afastamento da responsabilidade civil.

## **2.2 Da jurisprudência**

Em caso semelhante, assim se posicionou a jurisprudência dessa Egrégia Corte Superior de Justiça, sinalizando a orientação que se espera que seja adotada no caso concreto em discussão:

RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO E POR ALUNO DELA, CONDENADOS A RESPONDER CIVILMENTE PELAS AGRESSÕES PRATICADAS POR ESSE ALUNO CONTRA OUTRO NO INTERVALO DO RECREIO NAQUELA INSTITUIÇÃO. 1. Recurso interposto pelo aluno deficiente quanto à sua fundamentação diante da ausência de indicação do dispositivo legal tido por violado. Incidência da Súmula 284 do STF. 2. Recurso interposto pela instituição de ensino. Responsabilidade civil da instituição de ensino firmada com base no art. 932, IV, do CC 2002. Inaplicabilidade à hipótese de fato delineada pelas instâncias ordinárias, considerando que não se trata de instituição de ensino “onde se albergue por

dinheiro”. Ausência, ademais, denexo de causalidade entre a suposta omissão da instituição de ensino e o dano causado a um de seus alunos por outro. Caso em que, conforme o panorama de fato traçado pela corte revisora, a desavença ocorrida entre os dois alunos, adolescentes de dezessete anos, ocorreu de forma súbita, descaracterizando onexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade imputável aos agentes da instituição de ensino, considerando que não havia a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. (STF, RE 109615 e RE 841526.) 3. Ausência de análise, pelo acórdão recorrido, de alegação do autor, rejeitada pela sentença, de que teria ocorrido omissão de socorro e negligência da instituição de ensino quando informada da agressão, o que, se confirmado, acarreta a responsabilidade objetiva, por defeito relativo à prestação de serviço, prevista no art. 14 do CDC. 4. Não cabendo, no âmbito do recurso especial, a resolução de controvérsia a propósito de matéria de fato, impõe-se a volta dos autos à origem para que o Tribunal aprecie as demais alegações das partes, especialmente no tocante à conduta do colégio imediatamente após a agressão. 5. Recurso especial interposto pelo aluno não conhecido. Recurso especial interposto pela instituição de ensino conhecido e provido em parte.

Cristalino o julgamento mostrado previamente, como explicado alhures, pois o referido artigo do Código Civil, não direcionou sua aplicabilidade às escolas.

O princípio da separação de poderes é de extrema importância na aplicação da lei pelo julgador, *IN CASU*. Faz-se necessário o afastamento da escola na responsabilidade civil discutida na relação jurídica.

Ademais, é preciso sempre analisar a questão sob o prisma do nexo causal. Se desconsiderasse o nexo de causalidade, de nada importaria a motivação do que realmente causou o conflito entre os jovens, preterindo que grande parte dos jovens que possuem um comportamento agressivo, tem raiz em contextos domiciliares.



### 3 CONCLUSÃO

Levando em consideração, destarte, toda argumentação exposta alhures, percebe-se que o tema navega dentro de duas questões, a negativa da aplicação do artigo 932, IV, do Código Civil, a questões envolvendo a “escola que não alberga estudantes por dinheiro” e junto a isso, a ausência do nexo de causalidade no caso hora analisado.

Observou-se que o artigo 932, IV, do Código Civil, é direto e claro ao determinar que o estabelecimento que será responsabilizado civilmente são os aqueles em que se albergue por dinheiro, mesmo para fins educacionais.

O próprio art. 932, em seu inciso I, responsabiliza os pais por fatos dos filhos menores, regra que se alinha ao art. 928, também do Código Civil.

A escola, por não possuir hospedagem ou funcionar como internato, na qual os alunos ficam nas dependências escolares por dias contínuos e ininterruptos, não se encaixa no padrão exigido pelo referido artigo 932, IV, do CC. Far-se-á necessário a análise gramatical do artigo para evitar um ativismo judicial e o julgador interferir na esfera legislativa.

Junto a isso, o nexo de causalidade como exposto no corpo textual, é necessário para configurar a responsabilização, sendo que o aluno disferiu o soco no colega em horário de aprendizado, momento em que o foco da instituição estava concentrado na sala de aula. Ora, é irrazoável responsabilizar uma escola por um comportamento agressivo de alunos que, muitas vezes, têm o ambiente familiar como causa desse comportamento antissocial.

A ABEPAR, portanto, compreende que deve ser adotada como tese vinculante a inexistência de responsabilidade civil da escola quanto ao dever de indenizar o aluno menor, envolvido no episódio de agressão com colega também incapaz, especialmente quando o estabelecimento de ensino, seja por ação ou por omissão, em nada contribuiu para a ocorrência do fato lesivo.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.



## IPHAN – CUSTEIO DE REFORMA DE IMÓVEL TOMBADO

Rúbio Marques é proprietário de um imóvel situado no centro da cidade de Aracaju/SE. Em razão de seu relevante valor histórico e cultural, que representava a arquitetura do século XIX, o imóvel de Rúbio foi tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, autarquia federal, após o devido processo administrativo.

Entretanto, alguns meses depois, a rua em que o imóvel está localizado foi assolada por fortes chuvas, que comprometeram a estrutura da edificação, a qual passou a apresentar riscos de desabamento.

Ciente de seus deveres enquanto proprietário de imóvel tombado, Rúbio notificou o Poder Público e alegou não ter condições financeiras para arcar com os custos da respectiva obra de recuperação, já que apenas havia conseguido um emprego naquele mês, depois de alguns meses desempregado.

### **TAREFA**

Recebendo a notificação de Rúbio, elabore um parecer, enquanto membro do Setor Jurídico do IPHAN, sobre a viabilidade ou não de a autarquia realizar a obra.

PARECER JURÍDICO

**IPHAN – CUSTEIO DE REFORMA  
DE IMÓVEL TOMBADO**

**RACHEL MACHADO DE SALES E SILVA**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

**MARCELA QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Professora de Direito Ambiental e Direito Eleitoral (CICLO/CERS Aracaju). Professora de Direito Ambiental e Urbanístico (Faculdade de Direito 8 de Julho). Advogada. E-mail: profmarceladamazio@gmail.com.

**SÂMYA SANTANA SANTOS**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Possui Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes/SE. Professora Universitária. Advogada. Membro da Comissão em Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE. samyasantos@gmail.com

---

Numeração: Parecer nº 2– 13/05/2022

Referência: Processo Administrativo nº \_\_\_\_\_;

Assunto: Possibilidade de autarquia federal arcar com custos de obra de restauração de imóvel tombado por não condição financeira do titular

Interessado: IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional)

DIREITO ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. VIABILIDADE DE REALIZAÇÃO DE OBRA. CUSTOS DE OBRA DE RESTAURAÇÃO. AUTARQUIA FEDERAL. NÃO DISPOSIÇÃO DE RECURSOS DO TITULAR. DIREITO CIVIL. FORÇA MAIOR.

## **1 RELATÓRIO**

Trata-se de parecer sobre a possibilidade de realização de obra de restauração de imóvel tombado pelo IPHAN por não disposição de recursos por parte do proprietário no imóvel tombado.

Rúbio Marques, proprietário de imóvel localizado no centro da cidade de Aracaju/ SE tombado pelo IPHAN por seu relevante valor histórico e cultural em virtude de sua representação da arquitetura do século XIX, notificou esta autarquia federal sobre o comprometimento da estrutura da edificação em decorrência de fortes chuvas que assolaram a rua em que o imóvel se encontra, ensejando que este apresente riscos de desabamento.

O Sr. Rúbio alega que não possui condições financeiras para encarregar-se dos custos da obra de recuperação necessária do imóvel em razão de ter passado alguns meses desempregado e acabar de ter conseguido um emprego apenas naquele mês.

É o relatório.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1 Do Patrimônio Histórico e Artístico Cultural e do Tombamento**

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 216, §1º prevê a proteção ao patrimônio cultural nacional, ao dizer que:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (...)

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Com essa noção de proteção constitucional ao patrimônio cultural brasileiro e introdução da ideia de que tombamento é uma modalidade dessa proteção pode-se introduzir a fala da professora e autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que em seu livro “Direito Administrativo” conceitua tombamento como: “(...) uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional(...)”

Para deixar completo tal conceito, é de suma importância também falar do Decreto-Lei 25 de 1937, conhecido como “Lei do Tombamento”, que ainda se encontra em vigência no ano de 2022 e organiza a proteção do patrimônio histórico-cultural e artístico nacional. Este explica em seu art.1º, caput e em seu §2ºo que se chama de

“Patrimônio Histórico e Artístico Nacional” para fins do tombamento:

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interêsse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. § 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pelo indústria humana.

Com a conceituação e fundamentação de tombamento e de patrimônio histórico e artístico nacional já estabelecidos, é necessário que analisemos exatamente quais bens podem ser tombados e o que acontece com eles quando isto é feito. Para isso, devemos então começar analisando a origem da palavra “tombamento”: esta veio do Direito Português e foi adotada pelo Direito Brasileiro em seu sentido de “inventariar” ou “registrar” nos arquivos do Reino, para então serem guardados na “Torre do Tombo”. Traduzindo isso para o Direito Bra-

sileiro, ao tombar um bem, ele continuará pertencendo ao particular que já tinha posse deles antes do feito mas ele será considerado um “bem de interesse público” por sua importância histórica, artística e/ou cultural no contexto brasileiro, sendo então escrito num dos chamados “4 Livros do Tombo”, a depender de sua natureza como objeto, como previsto no art.4º do já mencionado decreto-lei 25/37:

Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:

I - no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º.

II - no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;

III - no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;

IV - no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluam na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

Como consequência disso, apesar de o particular continuar de posse de seu bem ele sofrerá restrições parciais quanto ao que ele poderá fazer com sua propriedade, feitas de modo a proteger o bem de interesse público. A professora Di Pietro também conceitua o tombamento sob o ponto de vista da Administração:

“O tombamento pode ser definido como o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico”

Para frisar melhor entendimento do conceito de tombamento, é importante falar das classificações de tombamento, que delimita quais bens podem ou não ser tombados e suas condições. Em primeiro lugar o tombamento pode ser geral ou individual, significando que ele pode incidir sobre apenas um bem ou um conjunto de bens. Em segundo lugar, o tombamento pode ser total ou parcial, a depender de se o bem tombado o foi feito em sua totalidade ou apenas parcialmente, como a fachada de uma casa. Em terceiro lugar, ele pode ser definitivo ou provisório, a depender do estado em que o processo administrativo se encontra, sendo então provisório até seu objetivo final ser atingido (sua inscrição em um dos 4 Livros do Tombo). Em quarto e último lugar, o tombamento pode ser voluntário ou compulsório com o primeiro sendo por iniciativa ou com o consentimento do titular do bem, e o segundo sendo a situação contrária, em que a iniciativa do tombamento é do Poder Público e o particular não concorda com ou não dá seu consentimento para o tombamento de sua posse e, por conta da força coercitiva do Estado deve aceitar o feito. É importante salientar também que a decisão sobre o tombamento compulsório não é passível de recurso, como delimitado na já mencionada Lei do Tombamento:

Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa.



Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acôrdio com o seguinte processo:

(...)

3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

## **2.2- Das Responsabilidades e Efeitos do Tombamento**

Cabe também se falar das responsabilidades do proprietário, de seus vizinhos e da autarquia federal que protege e organiza o patrimônio histórico-cultural brasileiro, o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Di Pietro define as obrigações do proprietário em 3 tipos: positivas, negativas e de suportar. Dentro das obrigações positivas estaria a responsabilidade de fazer obras de conservação necessárias para a preservação do bem ou, não possuindo os meios para fazê-lo, comunicar a necessidade ao órgão competente. Nas obrigações negativas, fica vedado ao proprietário destruir, demolir ou mutilar as coisas tombadas ou repará-las, pintá-las e restaurá-las sem prévia autorização do IPHAN. Por último, tem o proprietário a obrigação de suportar a fiscalização do bem pelo órgão competente.

Os vizinhos do bem tombado podem também se achar numa relação de servidão administrativa, conceituada por José dos Santos Carvalho Filho como: “(...) o direito real público que autoriza o Poder Público a usar a propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse público”, para fins de exemplificar essa servidão, pode-se citar a instauração de postes ou de placas de sinalização de ruas no muro de uma casa. Voltando a se falar do tombamento, os vizinhos podem se encontrar numa relação de servidão administrativa pois não é permitido na vizinhança do bem tombado a construção de coisas que

impeçam ou reduzam a sua visibilidade nem a colocação de anúncios ou cartazes, sob pena de destruição da obra e retirada do objeto, além de multa, previsto no art. 18 da Lei do Tombamento:

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

É importante enfatizar para o caso aqui discutido que o próprio IPHAN também possui responsabilidades sobre o bem tombado que vão além da simples vigilância e fiscalização, destacando-se então o art. 19, §1º do decreto-lei 25/37:

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

Reitera-se então a ideia de que caso o proprietário não tenha condições de arcar com as custas de obra necessária no bem tombado, o órgão tem a obrigação de fazê-la a suas custas. No entanto, é relevante esclarecer um detalhe explicitado pelo acadêmico José dos Santos Carvalho Filho, em seu “Manual de Direito Administrativo”:

“Compete então ao proprietário o *dever de conservar* o bem tombado para mantê-lo dentro de suas características culturais. É dele, pois, a responsabilidade de reparação do imóvel, salvo quando provada a ausência de condições financeiras.

(...)

Advirta-se, porém, que cabe ao proprietário demonstrar sua impossibilidade financeira de arcar com os custos de manutenção, não bastando a mera comunicação ao órgão competente.”

Pode-se afirmar então que o órgão responsável pelo tombamento do bem necessitado de obra tem o dever de arcar com as custas desta, caso seu proprietário não as possua. Contudo é dever do proprietário demonstrar a alegada falta de condições de arcar com a reparação ou reforma que deve ser feito no bem, sob pena de o órgão não o fazê-la.

### **2.3-Da Força Maior e da Responsabilidade**

Para uma análise completa do caso deste parecer, deve-se ainda mencionar um conceito que incide sobre a responsabilidade do bem: a ideia de força maior. Para isso vejamos a definição dada a esse termo no art.393, parágrafo único do Código Civil de 2002:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Pode-se dizer então que isso é nada mais que a situação do Sr. Rúbio Marques no caso aqui discutido. As chuvas fortes que assolaram a região de seu imóvel tombado e comprometeram a estrutura deste encaixa-se na definição de força maior, visto que os efeitos desta não eram possíveis de serem impedidos. Por isso então é impossível alegar-se que o Sr. Rúbio tenha qualquer responsabilidade sobre o comprometimento da estrutura de seu bem, visto que ao não agir com

negligência, imprudência ou imperícia ele não cometeu nenhum ato ilícito que poderia fazê-lo ter responsabilidade sobre o dano do bem.

Entretanto, é preciso ressaltar a percepção que mesmo que este fosse o caso, a responsabilidade sobre a obra de restauração do bem tombado continuaria sendo do Sr. Rúbio, como diz a legislação competente. A ocasião à qual o proprietário se remete é apenas uma exceção à regra de que o titular do bem tombado tem responsabilidade integral sobre a condição e eventual obra que deve ser feita no bem. Para fundamentar esta afirmação, mencionam-se novamente os arts. 17 e 19 do decreto lei 25/37:

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

(...)

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

### **3 CONCLUSÃO**

Com a explanação e esclarecimentos ante expostos, segue-se para a conclusão do presente parecer. Independentemente do fato

de o tombamento aqui discutido ter sido voluntário ou compulsório, pois não há como se aferir pelos documentos colacionados no presente feito, deve-se aceitar que o Sr. Rúbio era e é ciência de seus deveres como proprietário de um bem tombado pelo IPHAN. Nesse contexto, afirma-se que foi correta a atuação do titular ao comunicar à autarquia nacional sobre o estado em que se encontrava o bem e da necessidade de obras para restauração da estrutura em razão das chuvas na região. Afirma-se também que o referido senhor não teve nenhuma atitude ou conduta para com seu bem que é vedada pela Lei de Tombamento e tampouco teve responsabilidade pelo comprometimento da estrutura deste.

É necessário porém, explicitar o fato de que o Sr. Rúbio não demonstrou neste processo administrativo sua afirmativa quanto a ausência de condições financeiras para arcar com a obra, o que era de seu dever fazer, como já visto nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho.

Deveria o mesmo, como proprietário e interessado em recuperar o imóvel tombado, impossibilitado em fazê-lo, juntar provas de sua impossibilidade, o que não ocorreu. A alegação de que retornou ao mercado de trabalho apenas há pouco tempo, por si somente, não faz prova favorável ao mesmo. Necessário que demonstrasse que apenas sobrevive de tal recurso e que, mesmo que assim não fosse, dos recursos de que sobrevive não há como arcar com dito ônus de responsabilidade. Somente nessa hipótese poderia este órgão passar para uma análise acurada quanto a viabilidade financeira e técnica acerca da recuperação do citado bem imóvel. Isso, porém, não se encontra comprovado nos autos.

Dessa forma, entende essa Assessoria Jurídica pelo INDEFERIMENTO DO PEDIDO do Sr. Rúbio Marques quanto a responsabilização pelos custos da obra, pelo órgão IPHAN, de restauração do imóvel tombado pertencente ao requerente, pois este não juntou documentos ou demonstrou *quanti satis* sua alegação, ato essencial ao andamento do processo e possível deferimento do pedido.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.



## REINTEGRAÇÃO DE POSSE OCUPAÇÃO DE BEM PÚBLICO

O Município de Paraisópolis é proprietário de um extenso lote localizado em área urbana, mas que não vem sendo utilizado pela Administração há anos. Em consequência do abandono, o imóvel foi ocupado pela família de Rosalvo em 2005, que havia perdido o emprego e não tinha conseguido manter a despesa com aluguel.

Rosalvo, a esposa, e os dois filhos, deram função social ao local, cuidando dele e mantendo uma pequena horta para plantio de alimentos para consumo próprio.

O Prefeito de Paraisópolis teve ciência do fato à época, mas, como se tratava do final da gestão, não tomou qualquer medida para que o bem fosse desocupado. A situação perdurou mais de trinta anos, até que o município ajuizou a reintegração de posse, em abril de 2020.

### **TAREFA**

Enquanto Procurador do Município de Paraisópolis, redija um parecer justificando a ação de reintegração de posse e os direitos do Município no caso em tela.

PARECER JURÍDICO

# REINTEGRAÇÃO DE POSSE OCUPAÇÃO DE BEM PÚBLICO

## **AMANDA DE SÁ SANTOS**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022). E-mail: amanda\_dsnts@hotmail.com

## **MARCELA QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Professora de Direito Ambiental e Direito Eleitoral (CICLO/CERS Aracaju). Professora de Direito Ambiental e Urbanístico (Faculdade de Direito 8 de Julho). Advogada. E-mail: profmarceladamazio@gmail.com.

## **SÂMIA SANTANA SANTOS**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Possui Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes/SE. Professora Universitária. Advogada. Membro da Comissão em Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE. samyasantos@gmail.com

---

Numeração: Parecer nº XXXXX/2022.

Referência: Processo Administrativo nº XXXXX.

Assunto: Ação de reintegração de posse. Interessado: Município de Paraisópolis

ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. BENS PÚBLICOS. IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS. INOBSERVÂNCIA DE GARANTIAS DO PROPRIETÁRIO. PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS ADOTADAS.

## **1 RELATÓRIO**

Trata-se de processo através do qual o Município de Paraisópolis solicita desta Procuradoria emissão de parecer referente à possibili-



dade de reintegração de posse, no que se refere a lote urbano de sua propriedade, o qual se encontra ocupado, atualmente, pelo Senhor Rosalvo.

Tal ocupação teve início no ano de 2005 pelo supramencionado, sua esposa, e seus dois filhos, quando aquele havia perdido emprego e não conseguia manter a despesa com aluguel. Dito isto, os mesmos alegam terem dado função social ao local, cuidando do imóvel e mantendo uma pequena horta para plantio de alimentos de consumo próprio, há 30 anos.

No feito, o Município pretende contestar a ocupação do terreno pelo sr. Rosalvo e família, para confrontá-la às normas constitucionais e legais relativas ao regime jurídico protetivo dos bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público que gozam das características de “bens públicos”.

É o Relatório.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

De acordo com o *quantum* relatado, cabe neste momento verificar algumas disposições para melhor opinar sobre o fato: verificar a quem pertence a propriedade do bem, as características atinentes a ele, a posse atual e as medidas adequadas para reavê-lo.

Inicialmente, parte-se do pressuposto que o proprietário detém a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, assim como, o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Desta forma, é mister ficar demonstrado que a propriedade do bem é do município, e, a fim de comprovar a propriedade pública do mesmo, acosto a matrícula do imóvel no processo.

Destarte, cabe salientar que os bens públicos possuem tratamento diferenciado no ordenamento jurídico, em comparação aos bens privados. As características que identificam esses bens são a inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e impossibilidade de oneração.

Ao falarmos da imprescritibilidade, justificamos que os bens públicos não são suscetíveis a usucapião, pois se trata de uma mo-

dalidade de prescrição aquisitiva, e ao contrário da inalienabilidade, a imprescritibilidade é absoluta e tem assento constitucional. Deste modo, verificamos que esta, sendo característica inerente ao bem público, é o principal impeditivo para uma possível regularização da posse do particular através de usucapião.

Por fim, a partir destas observações iniciais, e dado que a reintegração de posse é um dos tipos de ação especial mais comuns dentro das ações possessórias, por buscar proteger o possuidor de perder a posse de um bem do qual é o detentor, fundamento acerca da necessidade de tal ação em relação ao lote urbano do caso concreto.

## **2.1 Do Ordenamento Jurídico**

### **Da propriedade do bem**

Inicialmente, cabe destacar a distinção entre propriedade e posse, visto tratar-se de direitos e poderes dissemelhantes entre si. Essa diferenciação, pode ser feita pela exposição dos artigos 1.228 do Código Civil, que prevê como proprietário a pessoa que “tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” e o 1.996 do mesmo Diploma Legal, que considera “possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”, pois contemplam as respectivas definições de proprietário e possuidor, respectivamente.

Pela análise dos dispositivos no caso em apreço, temos de um lado o Município, como real proprietário do lote e como possuidor o Sr. Rosalvo, que se encontra usufruindo do bem, tendo certos poderes sobre o mesmo, mas não podendo ser caracterizado como proprietário.

O Código de Processo Civil determina que o autor da ação de reintegração de posse deve apresentar provas que sustentem essa perda de posse e que o bem era originalmente seu, conforme aponta o artigo 561, deve o “autor provar: I – a sua posse; II – a turbação ou o esbulho praticado pelo réu”. Destaca-se que foi anexada aos autos a documentação comprobatória de que o Município de Paraisópolis é o autêntico proprietário e possuidor do bem.

### **Características dos bens públicos**

Por conseguinte, de acordo com o que rege o artigo 98 do Código Civil, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Desta maneira, tal alegação acarreta como consequência lógica o fato de que tais bens possuem como características a alienabilidade condicionada, impenhorabilidade, imprescritibilidade e a não-one-rabilidade. E justamente pela sua imprescritibilidade, não podem ser adquiridos por usucapião, como explícito nos artigos 183, §3º e 191, § único da Carta Magna de 1988. Da mesma forma, no artigo 102 do Código Civil, é reafirmada a ideia de que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

À vista disso, reiterando o que foi dito, o direito de posse de um bem garante ao detentor o direito de usufruir de alguns dos poderes inerentes à propriedade, sem ser o proprietário, isto é, ter o exercício de usufruir, gozar e dispor plena e livremente de um bem. Entretanto, entende-se que o possuidor de determinado bem não é o seu proprietário, e por isso, pode perder um desses poderes, visto que, verdadeiramente a propriedade pertence à terceiro.

Insta salientar que a posse justa é aquela exercida de forma pacífica, oficial e plena, ao passo que a injusta é exercida de forma violenta, clandestina ou precária. Isto significa, aplicando ao caso em discussão, que o sr. Rosalvo e família encontram-se no momento com a posse injusta do lote urbano, não podendo gozar dos poderes inerentes à propriedade. Visto que, o real proprietário é o Município, e este sim é dotado de direitos que garantem o pleno usufruto do bem.

### **Reintegração de posse**

Em suma, ao atestarmos (inclusive documentalmente) que o dono do bem, neste caso, o Município em comento, tenha sido destituído de sua posse de forma ilícita ou injusta, a reintegração de posse servirá para o caso com o objetivo de devolver a este dono a sua condição de possuidor do lote.

Isto posto, cabe acrescentar que nossa legislação protege tanto a propriedade como o direito de posse dos bens, de tal forma que o possuidor tenha seus direitos amplamente garantidos e resguardados, de maneira que possa usufruir de todos os seus benefícios.

Destarte, de acordo com o artigo 560 do Novo CPC, “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho”, ou seja, tem o direito de manter sua posse ou de reintegrá-la contra ações injustas que o tiram de tal título, permitindo então, a possibilidade de entrar com ações de manutenção e reintegração.

Portanto, ajuízo em prol da reintegração de posse do lote do urbano, visto ser a ação judicial especialmente prevista para que o proprietário defendido possa buscar o direito de reaver sua posse. Observado, novamente, que a perdeu de forma injusta.

## **2.2 Da Jurisprudência**

Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 340, tomou partido de que desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

Por conseguinte, cabe explicitar que não existe a posse em bens públicos e sim a mera detenção. Ou seja, a família em comento, ao invadir o bem público do Município, não pode alegar que detém a posse daquele bem, ainda que por um longo período. Desta forma, se posiciona a jurisprudência dominante, verbis:

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - BEM PÚBLICO - OCUPAÇÃO PRECÁRIA - MERA DETENÇÃO - INVIABILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO. - Nos termos da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, a ocupação de bem público configura ato de mera detenção decorrente da tolerância ou permissão do Poder Público, o que inviabiliza a proteção possessória contra o

ente estatal. - Sendo o bem público insuscetível de apossamento, não se há falar em indenização pelas benfeitorias edificadas no imóvel ocupado de forma precária, notadamente diante da ausência de mera tolerância, de concessão, permissão ou autorização de uso, em observância ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. - Pedido inicial julgado improcedente. Apelação desprovida.

(TJ-MG - AC: 10515100027538002 MG, Relator: Eduardo Andrade, Data de Julgamento: 23/06/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/08/2014).

Isto posto, saliento que tal regra é atribuída, mesmo que o particular alegue o fato de que mora no lote citado há anos e que deve permanecer na posse. Tal justificativa não deverá ser considerada, tendo em vista ser pacífico nos tribunais que, em relação à bem público, não há posse e sim detenção, o que não gerará direitos ao “possuidor” injusto.

Ainda sobre a matéria em discussão:

DIREITO DAS COISAS. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE IMÓVEL PÚBLICO AJUIZADA POR MUNICÍPIO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. BEM PÚBLICO OCUPADO POR PARTICULAR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO. POSSE PRECÁRIA. HIPÓTESE CARACTERIZADORA DE MERA DETENÇÃO. ESBULHO INEQUÍVOCO. REQUISITOS DO ART. 927 DO CÓDIGO DE RITOS PREENCHIDOS. SENTENÇA REFORMADA. REINTEGRAÇÃO DA MUNICIPALIDADE NO IMÓVEL QUE SE IMPÕE. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBÊNCIAIS. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO. “A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção. Ora, se assim deve ser, o particular não exerce posse sobre imóvel inserido em área pública, mas mera detenção, a qual é insuscetível de atender às condicionantes que ensejam o direito à indenização”.

(TJ-SC - AC: 857953 SC 2011.085795-3, Relator: Carlos Adilson Silva, Data de Julgamento: 31/01/2012, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 31/01/2012).

Nesse sentido, em relação ao requisito da prova da posse elencado pelo Código de Processo Civil, o réu, que seja mero detentor não pode ajuizar tal tipo de ação, por não compreender a posse em si.

### **2.3 Da Doutrina**

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento de que são considerados bens públicos, todos aqueles que integram o patrimônio da Administração Pública, de forma direta ou indireta, e que possam ser utilizados coletivamente por determinação legal ou por sua natureza própria. Em suma, os bens públicos caracterizam-se como:

“Todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.”<sup>1</sup>

Neste diapasão, também se encontra para os bens públicos um conceito doutrinário e legal, no qual esses seriam “todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais.”<sup>2</sup>

Dito isto, como parte integrante do acervo patrimonial da administração pública, os bens públicos desfrutam de regime jurídico

---

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. 1.369 p.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1998.

protetivo, regado de atributos e características peculiares aos bens desta natureza em relação aos bens de caráter privado, dentre deles, destaca-se, sobretudo, a imprescritibilidade. Esta se refere à impossibilidade de os bens públicos serem adquiridos por prescrição aquisitiva, via usucapião, mesmo com ausência de destinação social, como ocorre com os bens dominicais.

Por conseguinte, a vedação absoluta da aquisição por usucapião de bem público, tem como pressuposto o princípio da supremacia do interesse público, a qual tem como fundamento a ideia de que conflitos entre interesses particulares e coletivos devem resultar em “regra” da prevalência do coletivo sobre o individual. Nesse sentido, entende-se que “a ideia de função social, envolvendo o dever de utilização, não é incompatível com a propriedade pública. Esta já tem uma finalidade pública que lhe é inerente” (...)³

Tendo em vista a relevância da discussão levantada sobre a detenção da real posse do bem público em comento, observa-se:

[...] A posse exterioriza-se pelo exercício do poder sobre a coisa. Porém a visibilidade de que a pessoa está em contato com a coisa não é suficiente para caracterizar a situação jurídica do possuidor. A qualificação de um fato como posse depende da investigação da sua origem e do título em que se diz fundada. Verificando-se a origem, é possível distinguir possuidor do detentor. Quem cultiva uma área, mas na qualidade de empregado não merece tutela possessória.<sup>4</sup>

Em sequência, acerca da reintegração de posse de necessária aplicação no caso em comento, alega-se que a ação é movida pelo esbulhado, a fim de recuperar posse perdida em razão da violência,

---

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 6, 2006.

4 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil: comentado artigo por artigo. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1264 p. I

clandestinidade, ou precariedade e ainda pleitear indenização por perdas e danos”.<sup>5</sup>

À vista disso, é interessante mencionar o pensamento que relaciona os conceitos da ação possessória de imissão na posse e de reintegração, conforme segue:

[...] “A ação de reintegração de posse e a ação de imissão na posse é baseada em documento que outorga direito à posse. Quando a posse é perdida em virtude de ato de agressão- chamado esbulho- surge àquele que o sofreu a ação de reintegração de posse, pelo qual o autor objetiva recuperar a posse de que foi privado pelo esbulho.”<sup>6</sup>

Desta forma, faz-se necessário que o autor tenha como provar que possuía o bem de forma legítima e que a perdeu em virtude do esbulho praticado pelo réu.

### 3 CONCLUSÃO

Considerando toda a análise ante exposta, a conclusão a que se chega no presente parecer é que o Município de Paraisópolis deve reaver a posse absoluta do lote urbano, atualmente ocupado de forma injusta, visto ser o real proprietário do bem. Sendo o único que pode realmente gozar dos poderes inerentes à propriedade. Neste sentido, não há que se falar em usucapião do bem, notadamente quanto à característica da imprescritibilidade dos bens públicos.

Salvo melhor entendimento, é o parecer.

---

5 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 12ª ed., 2006, p. 950.

6 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado* artigo por artigo. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1264 p. I



# Artigos



# CONSTITUCIONALISMO PANDÊMICO: O IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NO SISTEMA FEDERATIVO

## **GUSTAVO SILVA CALÇADO**

"Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. mestre em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social da Constituição; doutorando em Direito Constitucional, parecerista da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal e professor de pós-graduação Damásio Educacional. Possui obras publicadas, artigos e capítulos em obras especializadas. É professor de Direito Constitucional e advogado"

## **ALESSANDRA SILVA DE CARVALHO**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail:carvalho\_alessandraa@outlook.com

### **Resumo:**

Apesar da triste surpresa da pandemia da COVID-19, o momento de estado de calamidade pública enfrentado pelo Brasil traz diversas discussões no tocante à efetividade e mitigações de direitos constitucionais. Destaca-se, neste contexto, os debates quanto a interpretação constitucional e a atividade jurisdicional exercida pela corte suprema brasileira quanto ao controle de constitucionalidade das regras criadas pelo parlamento brasileiro e pelo Poder Executivo. Devido às circunstâncias do contágio viral, a atividade legislativa, seja desempenhada pelo parlamento ou pelo Presidente da República, mostra-se desafiadora, pois a excepcionalidade do momento conduz à feitura de regras que flerta com os limites Constitucionais. Neste cenário, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341 por meio da qual o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou o eventual descompasso do conteúdo da Medida Provisória (MP) nº 926 com o texto da Constituição Federal. A discussão sobre a constitucionalidade das alterações na Lei federal nº 13.979/20 é o objeto do presente estudo, além da compreensão dos argumentos deste julgado diante do cenário de constitucionalismo pandêmico e suas consequências no direito para a República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Adi 6341; Constitucionalismo pandêmico; Covid-19; Pacto federativo; Interpretação constitucional.

## INTRODUÇÃO

É um fato público e notório que a pandemia do COVID-19 pegou o mundo como um todo de surpresa. No dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto do novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional.

Dentro disso, a decisão da OMS buscou aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação do vírus, uma vez que não havia um modelo a ser seguido. Ou seja, a triste novidade instigou os países a elaborarem tudo do zero, cada norma e medida sanitária produzida pelos países, seriam como um “teste drive”, daquilo que poderia funcionar ou não. Aquilo que funcionasse seria como um espelho para que os outros países implantassem em seu território, com a finalidade de conter o avanço esmagador do coronavírus (SARS-CoV-2).

Nesse sentido, a primeira norma elaborada referente as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus pelo Brasil foi a Lei Federal nº 13.979 de 20 de fevereiro de 2020.

Em linhas gerais, a norma objetiva a proteção da coletividade, através da imposição de restrições à liberdade das pessoas, a exemplo da liberdade de locomoção e de reunião. Tal lei foi demasiadamente importante para que, outros atos normativos federativos, estaduais e municipais surgissem, todos eles com a mesma finalidade, conter e prevenir o avanço da COVID-19.

Dentre as normas criadas, vale mencionar a Medida Provisória (MP) nº 926, de 20 de março de 2020, que alterou relativamente as disposições do artigo 3º, caput, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10º e 11, da Lei federal nº 13.979/20. As modificações, que serão objeto de discussão mais adiante, tratou em linhas gerais, da entrada e saída do País, como também da locomoção interestadual e inter-

municipal, podendo impor exames médicos e testes laboratoriais, além de permitir que o chefe do Poder Executivo, por meio de decreto, delimite o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

A constitucionalidade desta medida provisória foi questionada no Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, objeto do presente estudo, pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), haja vista aparente confronto com a Constituição Federal.

É válido ressaltar algumas das incompatibilidades apresentadas, uma vez que serão analisadas ao decorrer da investigação. Assim, resumidamente, o PDT alegou que, no aspecto formal, o teor da matéria é reservado a lei complementar; no aspecto material, cabe somente a União dispor de matéria relacionada a restrição de locomoção e a saúde; e ainda, por arrastamento, o Decreto nº 10.282/2020, a regulamentar a Lei nº 13.979/2020, que define os serviços públicos e as atividades essenciais, seriam abuso de poder do chefe do Poder Executivo.

Ao final do julgamento, por maioria dos votos, o pedido foi parcialmente deferido para dar interpretação conforme a Constituição ao §9º, do art. 3º, da Lei 13.979/20. Quanto aos outros pontos, foi reafirmado o modelo federalista adotado pelo Brasil e a autonomia entre os entes federativos.

Assim, esta investigação se propõe a compreender os argumentos deste julgado, no sentido de, será que a análise feita pela Corte Superior condiz com as disposições da Constituição Federal de 1988 ou será que estamos diante de um descompasse constitucional? Afinal, o constitucionalismo pandêmico ou a aplicação constitucional durante a pandemia pelo STF tem gerado instabilidade e discussões pelos juristas e doutrinadores.

Ademais, o presente estudo, soma esforços no sentido de compreender como o constitucionalismo pandêmico no julgamento da ADI 6341 foi importante para a ratificação do Estado federalista adotado pelo Brasil e seus desdobramentos na esfera da saúde e no direito para o controle da COVID-19.

O presente estudo está dividido em três blocos, o primeiro sobre o sistema federalista e suas características, o segundo sobre o caso e as incompatibilidades trazidas pelo PDT e seu desfecho e, por fim, a conclusão da investigação.

Na construção do presente artigo, foi utilizado o método indutivo, partindo da análise específica da ADI 6341, para alcançar a conclusão se, a interpretação e aplicação constitucional pelo STF é compatível com a Constituição ou se estamos diante de uma decisão tomada ao arrepio da Carta Magna. Além disso, foi empregado o uso de fontes bibliográficas, doutrinárias e jurisprudenciais, para alcançar uma pesquisa de natureza qualitativa.

## **SISTEMA FEDERALISTA**

O ponto central da discussão da ADI 6341 é em relação a competência legislativa e a atuação sobre matéria de saúde pública, ser ou não exclusiva da União. Tal questão será minuciosamente debatida no próximo tópico, porém a base do questionamento está na forma de Estado adotado pelo Brasil.

Nesse sentido, preliminarmente, faz-se necessário compreender o que caracteriza uma forma de estado, para só então, entendermos como funciona a forma adotada no Brasil. Pois bem, nas palavras de Ricardo Ribas C. Berloff (2004, p. 181), “Formas de Estado são as maneiras pelas quais se classificam os Estados de acordo com o relacionamento mantido entre seus elementos constitutivos”. Ou seja, será abordado a maneira pelo qual o Brasil se relaciona com seu povo, soberania e território.

Dito isto, encontramos no próprio título da Carta Magna de 1988, a organização do Estado brasileiro, isto é, uma República Federativa do Brasil, no qual a República é a forma de Governo e Federação é a forma de Estado. Como mencionamos acima, para o presente estudo, nos deteremos apenas na forma de Estado Federativo e nas suas características que ensejaram na ADI 6341.

Assim, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso (2017, p. 209), federação significa, grifo nosso:

A forma de Estado, o modo como se dá a distribuição espacial do poder político. [...] A forma federativa de Estado procura conciliar o respeito à diversidade de cada entidade política com elementos de unidade indispensáveis a preservação da soberania e da integridade nacionais.

Ou seja, com base nos conceitos já apresentados, o Brasil relaciona-se com seu povo e território, de forma a respeitar a diversidade e a soberania (autonomia) dos seus entes, havendo cooperação entre eles. Ainda é válido mencionar que, o Estado Federal nasceu, com a união permanente das treze colônias britânicas da América, que naquele momento, já eram 13 Estados independentes, nos quais se juntaram e formaram os Estados Unidos da América, através da sua Constituição em 1787.

E, embora a forma federativa tenha sua origem nos Estados Unidos, a absolvição do modelo pelo Brasil se deu de forma diversa e, conseqüentemente, algumas características também são distintas. Nessa perspectiva, o marco temporal do estabelecimento da Federação no Brasil surgiu com o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, com a Proclamação da República.

Vale mencionar que não foi uma criação artificial, do dia para a noite, pelo contrário, foi baseado em diversas manifestações das províncias do Império, das quais a mais importante é a Revolução Farroupilha no Rio Grande do Sul (1835-1845). Assim, no dia 15 de novembro de 1889, houve a derrubada do Império, levando não só a instituição da República, mas também o Estado federal, transformando as Províncias em Estados, referindo-se, inclusive, à soberania (no sentido de autonomia) dos mesmos (FERREIRA FILHO, 2017).

A partir deste decreto, houve diversas modificações constitucionais, chegando ao ápice com a atual Constituição de 1988, que

consagrou o modelo federativo como clausula pétrea, conforme seu art. 60, §4º, inciso I, *in verbis*, grifo nosso:

**Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

**§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:**

**I - a forma federativa de Estado;**

Assim, além de ser considerado uma cláusula pétrea, a Carta Magna prevê nos arts. 34, 35 e 36 da CF a possibilidade de intervenção para garantir a proteção da Federação, evidenciando como esta forma de Estado é importante para o ordenamento brasileiro.

Ademais, o próprio artigo 1º, da CF/88, que estabelece os fundamentos da República Federativa do Brasil, afirma que ela é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, sendo que o caput do art. 18, complementa, estabelecendo que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Diante dos artigos mencionados e das particularidades do sistema adotado pelo Brasil, é perceptível características como, (1) a descentralização político-administrativa, ou seja, o poder está dividido entre os entes federativos; (2) há autonomia entre os entes integrantes da federação, isto é, autonomia para auto legislar e autoadministrar, o que difere da soberania entre entes, pois eles não são independentes entre si; (3) a união entre os entes é indissolúvel, ou seja, não é possível a dissolução do pacto federativo (BERLOFFA, 2004).

Além disso, vale mencionar uma tipologia da federação mencionada pela doutrina, denominada federação cooperativa, isto é, as atribuições dos entes integrantes da federação são exercidas de modo comum ou concorrente, estabelecendo-se uma verdadeira aproximação/cooperação entre os entes federativos, que deverão atuar em conjunto (LENZA, 2020). Em contraponto, há o federalismo dual, no



qual há “a separação de atribuições entre os entes federativos é extremamente rígida, não se falando em cooperação ou interpenetração entre eles”, conforme o mestre e doutor Pedro Lenza, 2020, p.484.

O Brasil, embora tenha aspecto do federalismo dual ao separar competências exclusivas/privativas para a União, a exemplo do art. 22, cada vez mais, há uma consolidação do federalismo cooperativo entre os entes, e tal fato é visível e marcante no período pandêmico, no controle e prevenção da COVID-19.

Tal aspecto é perceptível no caput, do art. 3º, na Lei federal 13.979/20, in verbis: “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”. Percebe-se que, há a consagração do disposto na CF, nos §§ 1º e 2º, do art. 24, isto é, no âmbito da legislação concorrente, a União estabelece normas gerais, podendo os Estados suplementar as disposições e os próprios municípios legislarem em caráter de interesse local (art. 30, incisos I e II, da CF).

A discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo da lei federal será abordada no próximo tópico, todavia é imprescindível destacar a fim de encerramento desta primeira parte, que o Brasil é regido pela forma federativa de Estado e, diferentemente do que ocorre com os Estados Unidos, os entes que compõem a federação são autônomos, ao invés de soberanos, regidos pelo princípio da indissolubilidade do vínculo federativo marcados pela cooperação e interpenetração entre eles (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

#### O CASO:

Traçadas essas premissas que, por certo, mereceriam mais linhas de desenvolvimento, passa-se a análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341 por meio da qual o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou o eventual descompasso do conteúdo da Medida Provisória (MP) 926 com o texto da Constituição Federal.

### **3.1 As (in) compatibilidades formal, material e por arrastamento com a Constituição Federal:**

A Medida Provisória nº 926 editada em 20 de março de 2020 autoriza a restrição a liberdade de locomoção das pessoas, confere autonomia para os entes federativos e confere ao chefe do Poder Executivo atribuições, trazendo alterações no artigo 3º, caput, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Assim dispõe o texto da MP, grifo nosso:

**Art. 3º** Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I – isolamento;

II – quarentena;

[...]

**VI** - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

[...]

**§ 8º.** As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

**§ 9º.** O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.

**§ 10.** As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder con-

cedente ou autorizador.

**§ 11.** É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

De forma sintética, o PTD apontou as seguintes incompatibilidades do texto transcrito acima: há inconstitucionalidade formal, pois o teor da matéria é reservado a lei complementar e não medida provisória; no aspecto material, cabe somente a União dispor de matéria relacionada a restrições de locomoção e a saúde; e ainda, por arrastamento, o Decreto nº 10.282/2020, a regulamentar a Lei nº 13.979/2020, que define os serviços públicos e as atividades essenciais, seriam abuso de poder do chefe do Poder Executivo.

Nesse sentido, vejamos o que dispõe a Constituição Federal. Primeiramente, no tocante a gestão e legislação sobre saúde, a competência entre os entes federativos é comum e concorrente, respectivamente, *in verbis*, grifo nosso:

Art. 23 (CF/88). É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Art. 24 (CF/88). Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

É sabido que apesar de não haver menção expressa dos municípios no art. 24, da CF/88, eles têm autonomia para legislar em função do interesse local (art. 30, I e II, CF), afinal, é também um dos entes integrantes da federação. Ademais, vejamos o que a Constituição fala sobre a edição de medidas provisórias, grifo nosso:

**Art. 62 (CF/88).** Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

**§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:**

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Portanto, no tocante à inconstitucionalidade formal, conforme a interpretação da própria Constituição, é perceptível que não há nenhum indício de incompatibilidade, pelos seguintes motivos: (1) O cenário pandêmico que o Brasil enfrentava na época, apesar de embrionário, fazia-se necessário mitigar o avanço e o controle do coronavírus, fatos estes que constituíam os requisitos para a edição de medida provisória, relevância e urgência. (2) A própria CF não reservou a matéria de saúde exclusivamente para lei complementar,

portanto, não incide a vedação do §1º, inciso II, do art. 62 e, muito menos, as outras hipóteses proibitivas a edição de medida provisória.

Logo, não há nenhum impedimento, do ponto de vista formal, para a declaração da inconstitucionalidade formal do art. 3º, da Lei federal nº 13.979.

No tocante à inconstitucionalidade material, conforme a interpretação da própria Constituição e as características do sistema federativo outrora comentados, é perceptível também que não há nenhuma incompatibilidade, pelos motivos a seguir expostos.

Em primeiro plano, a matéria sobre saúde é comum e concorrente entre os entes federativos, para administrar e legislar, então o caput, do art. 3º, da Lei em questão, apenas enfatiza o que a própria Constituição já previa.

Em segundo plano, diante do cenário pandêmico, a cooperação, a coordenação e a predominância do interesse são vitais para a eficácia no combate a COVID-19. Então, a MP nº 926 trouxe disposições gerais, um rol meramente exemplificativo, deixando a encargo de cada ente da federação, diante do seu âmbito de atuação (nacional, regional ou local), atuar da melhor forma possível em prol da saúde pública, para proteção de toda a coletividade.

Em terceiro plano, quanto às limitações da liberdade de locomoção, previstas no inciso VI, alíneas “a” e “b”, do art. 3º, de fato, estas devem ser exercidas com cautela, para que não haja um conflito de competências. Basta seguir as próprias disposições da presente Constituição, no sentido de cada ente atua de acordo com o interesse da sua competência.

Ou seja, cabe a União dispor e restringir a locomoção quando houver interesse nacional, cabe aos Estados e ao Distrito Federal no âmbito do interesse regional e os Municípios do interesse local. Qualquer conduta fora desse parâmetro, deve ser contestada e levada ao Judiciário para frear o abuso de competência.

Em relação a esse terceiro argumento, é válido trazer um trecho do voto do próprio julgamento da ADI 6346, proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, p. 28, *in verbis*, grifo nosso:

**É dessa forma que entendo que a Lei nº 13.979, com as alterações realizadas, deve ser interpretada: no sentido de estabelecer determinações gerais sem ingressar** - como não poderia realmente fazê-lo – na competência concorrente e na competência suplementar dos Estados e Municípios respectivamente. Ela estabelece algumas normas que entendo diretamente aplicáveis só à União, e vou citar quais são, e prevê uma coordenação que deve ser realizada pela União - aí sim uma coordenação. Coordenação não é imposição. Coordenação é respeito à autonomia. **Coordenação é liderança, é trazer todos os Estados, as diversas regiões, até para que uma região possa auxiliar outra. [...]**

Não é porque o Município ou um Estado eventualmente exageraram, ou venham a exagerar, que nós devemos, então, romper a autonomia dos Estados e Municípios e acabar com o Federalismo. A Justiça, aí sim, deve anular essas decisões.

O próprio voto do Ministro condiz com a disposição constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXV, em que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ou seja, as cláusulas pétreas devem ser garantidas e protegidas, estando nesse rol o pacto federativo e seus desdobramentos, e qualquer abuso ou ameaça a esse direito, deve-se requerer a tutela judicial.

Por fim, quanto a inconstitucionalidade por arrastamento, do Decreto nº 10.282/2020, a regulamentar a Lei nº 13.979/2020, que define os serviços públicos e as atividades essenciais, seriam abuso de poder do chefe do Poder Executivo. Todavia, a própria Constituição traz disposição diversa, uma vez que, de acordo com o art. 84, inciso VI, alínea “a”, é atribuição do Presidente da República “dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.

A regulamentação de serviços públicos e atividades essenciais prevista nos parágrafos 8º ao 11, devem ser interpretados levando

em consideração o pacto federativo. Primeiramente, trata-se de uma medida provisória de âmbito nacional, logo, o chefe do executivo responsável para determinação do que é essencial para aquela situação, mas isso não exclui a autonomia dos chefes do executivo no âmbito estadual e municipal.

Semelhante lógica já era aplicado pela doutrina quanto ao Prefeito poder editar medida provisória no âmbito municipal. Afinal, a Constituição somente prevê de forma expressa, tal competência para o Presidente da República, como chefe do Poder Executivo no âmbito nacional. Porém, por derivação e interpretação de acordo com o pacto federativo, aplica-se aos outros chefes do Executivo nos âmbitos estadual e municipal.

De outra forma, não configura abuso de poder por parte do Chefe do Executivo definir às atividades que devem permanecer. Pois, de fato, para cada cidadão brasileiro que atua em algum setor, sua atividade é considerada essencial.

Porém, o Chefe do executivo, em cada âmbito da federação, deve verificar o que é necessário ou não naquela situação, para proteger a coletividade da proliferação do vírus. A medida trazida pela MP nº 926 nos parágrafos do art. 3º, é apenas outra evidência da predominância do interesse entre os entes da federação na proteção da saúde de todos, sendo que este é um dever do Poder Público, imposta pela Constituição, no art. 196 e 197.

Assim, diante do exposto, a Medida Provisória nº 926 é constitucional e a decisão proferida pelo STF foi, de fato, acertada e compatível com a disposição constitucional. Tal juízo de valor é necessário, porque, infelizmente, a Corte Superior tem tomado decisões ao arrepio da Constituição, a exemplo da ADI 6363, que embora não seja objeto do presente estudo, merece ser citada a título comparativo.

No julgamento da ADI 6363, o STF reconheceu a constitucionalidade da MP nº 936, que autoriza a redução do salário e da jornada de trabalho sem consultar o órgão de representação coletiva dos trabalhadores, sendo que o art. 7º, incisos VI, XIII e XXVI, da CF dispõem completamente ao contrário. Trata-se de uma decisão que

relativiza direitos constitucionais por conta do período pandêmico, que deve ser analisada com cautela, afinal direitos e garantias devem ser resguardados inclusive em momentos excepcionais. Fica tal decisão para uma outra discussão.

Por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6346 não prosperou, sendo a Medida Provisória 926 considerada constitucional.

## **CONCLUSÃO:**

Em notas conclusivas, a presente pesquisa analisou os argumentos que ensejaram a ADI 6341 pelo Partido Democrático Trabalhista e os fundamentos para que a ação não prosperasse, como assim o foi, após o julgamento da ação pelo STF. A Corte Constitucional entendeu, por unanimidade dos votos que, as medidas federais previstas na MP n° 926 não afastam a competência dos demais entes federativos quanto a tomada de providências normativas e administrativas no combate à pandemia, uma vez que se trata de matéria concorrente.

O julgamento da ADI 6341 foi importante para reafirmar que o Brasil adota a federação como forma de Estado e consolida a previsão constitucional da qual se extrai os direitos, as atribuições e as competências direcionadas as unidades federativas. Vale mencionar que, em meio ao cenário de instabilidade causado pelas decisões do STF, a constitucionalidade da MP n° 926 foi de maneira acertada, conforme as disposições constitucionais, ratificando a própria função do Superior Tribunal, isto é, proteger a Constituição.

Além disso, a Corte Constitucional solidifica o que a doutrina denomina de federalismo cooperativo, ou seja, os entes federativos possuem atribuições concorrentes e autonomia legislativa, administrativa e governamental. É válido frisar que, essa autonomia está limitada aos preceitos constitucionais, dos quais não foi possível encontrar vedações aos estados e municípios disporem de medidas sanitárias e saúde.

Assim, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, diante do cenário de constitucionalismo pandêmico, no



qual tem havido interpretações de encontro com a Constituição, e exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6363, foi acertado e coerente com as disposições previstas na própria Constituição.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 209-210, 2017.

BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **Introdução ao curso de teoria geral do Estado e ciências políticas**. Campinas: Bookseller, p. 182-192, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 475-486, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado). Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020**. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Decreto/D10212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10212.htm). Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm). Acesso em: 16 out. de 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (revogada). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019\\_2022/2020/Mpv/mpv926.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019_2022/2020/Mpv/mpv926.htm#art1). Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341/DF**. Referendo em medida cautelar em Ação Direta de inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária Internacional. Lei 13.979 de 2020. Competência dos entes Federados para legislar e adotar medidas sanitárias de Combate à

epidemia internacional. Hierarquia do Sistema único de saúde. Competência comum. Medida Cautelar parcialmente deferida. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, divulgado em 15 de abril de 2020. Disponível em: <http://Pesquisa de jurisprudência - STF>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363/DF**. Referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. O Tribunal, por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que deferia em parte a cautelar, e os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, divulgado em 24 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436850/false>. Acesso em: 03 nov. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, p. 250-257, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, p. 333-348, 2017.

Folha informativa sobre covid-19. **Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS)**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 16 out. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, p. 482-488, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro: curso completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 387-389, 2017.

# OS REFLEXOS DA PANDEMIA DE COVID-19 E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À INFORMAÇÃO

## **MARINDALVA DE SOUZA SANTANA**

Discente do curso de Direito.

## **THIAGO DE MENEZES RAMOS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor da Faculdade de Direito 8 de Julho. Professor substituto da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Pesquisador. E-mail: thiagomenezes1211@gmail.com.

### **Resumo:**

O presente artigo tem o objetivo de apresentar quais foram os aspectos da desinformação na pandemia e o que isso significa para o Direito à Informação. Nesse contexto, o estudo faz um breve comparativo com a gripe espanhola para demonstrar como a gestão governamental é reflexo de uma cultura intrínseca ao povo brasileiro. Trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa e lógico-bibliográfica, que levanta uma discussão sobre a importância da informação e o grande prejuízo que a desinformação pode causar. Apesar da larga utilização do termo “fake news”, a população brasileira, no geral, apresentou pouca preocupação e uma fé cega em notícias falsas devidamente comprovada.

Palavras-chave: covid-19; desinformação; direito à informação; liberdade; pandemia.

## INTRODUÇÃO

“[...] as notícias sobre o mal reinante eram ignoradas ou tratadas com descaso e em tom pilhérico, até mesmo em tom de pseudocientificidade, ilustrando um estranho sentimento de imunidade face à doença. [...]” (GOULART, 2005, p. 102). Apesar do trecho mencionado anteriormente se encaixar como uma boa descrição dos dias atuais, se trata de um relato histórico referente a gripe espanhola no Brasil. O “mal reinante”<sup>1</sup> criava uma luta difícil contra o tempo e sua maior arma era a informação. Manifestada expressamente na Constituição Federal de 1988, o acesso à informação constitui um direito fundamental:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]  
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;  
[...]” (BRASIL, 1988)

Diferente da época atual, no início da pandemia por gripe espanhola, sequer havia meios de comunicação eletrônicos no Brasil, como o rádio, sendo a livre imprensa de jornais físicos o meio de comunicação predominante. Consequentemente, o compartilhamento de uma informação ou o mero conhecimento de uma situação era muito mais lento e difícil se comparado ao tempo presente. A “espanholada” matava em poucos dias, o descaso e a negação do governo, além da desinformação, custaram cinco mil vidas em apenas dois meses só no estado de São Paulo. O comparativo merece destaque devido à semelhança de comportamentos diante de uma pandemia mesmo

---

1 “mal reinante” se refere à epidemia da gripe espanhola.

depois de mais de um século de diferença. Ainda que todo o avanço tecnológico e científico tenha, inegavelmente, nos proporcionado circunstâncias melhores, a desinformação causou um desfalque enorme no tratamento da pandemia por Covid-19, situação evidentemente semelhante ao cenário da bailarina<sup>2</sup>.

Pode ter passado pela cabeça dos brasileiros que a divulgação de um tratamento sem eficácia comprovada fosse algo característico do governo atual. Entretanto, também foi difundido algo semelhante em 1918: “Os médicos não sabiam como tratar o mal e recitaram quinino, caldo de galinha e limão.” (SANTOS, 2006, p. 136).

A pandemia da Covid-19, de que trata este texto, sofreu inúmeras ocorrências de informações inverídicas divulgadas. Desde um tratamento com ineficácia comprovada<sup>3</sup>, até o questionamento de uma medida de biossegurança já comprovada<sup>4</sup>. Será que o direito à informação merece mais atenção do que vem recebendo?

É possível que ainda não seja visível para a população brasileira a importância de uma informação verídica e de um veículo de informação confiável, talvez porque, como demonstrado, o histórico precede uma baixa expectativa. Entretanto, em situações de calamidade, como as mencionadas anteriormente, exige-se uma postura de seriedade para tratar a situação.

Diante de tudo quanto exposto, surge a seguinte questão: a pandemia da Covid-19 já não é suficiente para demonstrar que o direito à informação, em sua importância, está atrelado à garantia de veracidade? A divulgação constante de informações duvidosas através das redes sociais causou um grande alvoroço na população. Diferente da situação causada pela gripe espanhola, que não tinha recursos para saber a estrutura de um vírus e sua forma de propagação, a humanidade detém, nos dias de hoje, maior conhecimento e recursos para

---

2 “Bailarina” foi um dos termos usados para se referir à gripe espanhola, visto que ela “dançava” pelo país e se disseminava em larga escala.

3 Trata-se do uso de cloroquina e hidroxiclороquina contra a covid-19.

4 O Presidente fez duras críticas ao isolamento social.

mapear novas doenças que ameaçam a saúde pública. Nesse contexto, suscita-se: qual a relevância e a importância do direito à informação verídica, essencialmente em um estado de calamidade? O objetivo dessa pesquisa é compreender os impactos da pandemia da Covid-19 no exercício do direito à informação e o que isso significa para a população. Para este estudo, foi utilizada a metodologia de pesquisa qualitativa e lógico-bibliográfica, traçando um raciocínio lógico entre alguns fatores históricos, como a gripe espanhola, e a forma que eles foram gerenciados. O desenvolvimento do artigo está dividido em três partes. Na primeira parte, é abordado a importância crucial da informação e como ela pode interferir positivamente ou negativamente na vida das pessoas e na civilização. Em seguida, a segunda parte aborda os aspectos jurídicos do direito à informação no Brasil. Por último, a terceira parte é uma breve contextualização dos impactos da desinformação da pandemia e o que isso custou aos brasileiros.

## **A IMPORTÂNCIA DA INFORMAÇÃO VERÍDICA**

A priori, é importante responder a seguinte pergunta: o que é informação? O professor inglês Michael Backland divide o conceito de informação em três, são eles: informação-como coisa<sup>5</sup>, informação-como-processo<sup>6</sup> e informação-como-conhecimento<sup>7</sup>.

---

5 “[...] O termo ‘informação’ é também atribuído para objetos, assim como dados para documentos, que são considerados como ‘informação’, porque são relacionados como sendo informativos, tendo a qualidade de conhecimento comunicado ou comunicação, informação, algo informativo. (Oxford English Dictionary, 1989, v.7, 1946).” (BUCKLAND, 1991)

6 “[...] Quando alguém é informado, aquilo que conhece é modificado. Nesse sentido ‘informação’ é ‘o ato de informar...; comunicação do conhecimento ou ‘novidade’ de algum fato ou ocorrência; a ação de falar ou o fato de ter falado sobre alguma coisa’ (Oxford English Dictionary, 1989, v.7, p.944).” (BUCKLAND, 1991)

7 “[...] ‘Informação’ é também usado para denotar aquilo que é percebido na “informação-como-processo”: o “conhecimento comunicado referente a algum fato particular, assunto, ou evento; aquilo que é transmitido, inteligência, notícias” (Oxford English Dictionary, 1989, v.7, p.944). A noção de que informação é aquela que reduz a incerteza poderia ser entendida como um caso especial de “informação-como-conhecimento”. Às vezes informação aumenta a incerteza.” (BUCKLAND, 1991)

Ainda que o termo “informação” possa ser ambíguo, Backland afirma que deve ser entendido como redução da ignorância e da incerteza. Dessa forma, para evolução do estudo, foi usada a soma de todas essas subdivisões de informação, visto que todas trabalham para o mesmo fim: diminuição do desconhecimento.

Ao observar os grandes marcos da história da humanidade, é possível perceber como a informação foi importante para a vida humana. A descoberta do fogo, o domínio da agricultura, o mercado de troca. Parte desse conhecimento foi passado de pessoa para pessoa, geração por geração, enquanto outras foram registradas e encontradas, representando um grande tesouro histórico. Entretanto, apesar das conquistas, é necessário se atentar aos problemas que a desinformação causou. É possível que Troia, tendo conhecimento do elemento surpresa que o Cavalo, presenteado pelos gregos, estava guardando, certamente não o receberia em seu forte. Apesar desse relato ser apenas literário, uma breve reflexão sobre as ameaças que as grandes tragédias humanas provocaram demonstra como o conhecimento pode ser decisivo. As pragas desacreditadas, doenças ameaçadoras em tempos de uma medicina pouco promissora, são fatores que justificam algo que é considerado um dos males do século: medo do desconhecido.

Esse medo está presente nas pessoas desde o início da humanidade. A situação de incerteza tira a sensação de controle e é substituída pela ansiedade. Na medida que o mundo evoluiu, o ser humano tentou ao máximo garantir sua segurança, acumulando estratégias e escolhas que diminuíssem uma surpresa desagradável ou um desastre contornável. O uso de câmeras de segurança e redes de monitoramento é um grande exemplo disso. De certa forma, estar informado é ter algum controle da situação. Nesse sentido, o sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Baumann, descreveu:

“Bizarro, embora muito comum e familiar a todos nós, é o alívio que sentimos, assim como o súbito influxo de energia e coragem, quando, após um longo período de desconforto,

ansiedade, premonições sombrias, dias cheios de apreensão e noites sem sono, finalmente confrontamos o perigo real: uma ameaça que podemos ver e tocar.

[...] Agora que sabemos de onde vem o golpe, também sabemos o que podemos fazer, se há algo a fazer, para afastá-lo – ou pelo menos aprendemos como é limitada nossa capacidade de emergir incólumes e que tipo de perda, dano ou dor seremos obrigados a aceitar.” (BAUMAN, 2012, p. 7)

Baumann, de certa forma, fez uma descrição cirúrgica do problema experimentado pela população na pandemia de Covid-19. A ansiedade apavorante do que estava por vir aumentou, consideravelmente, os casos de depressão e ansiedade em todo o mundo. A ignorância poda, ou até mesmo remove, o controle humano sobre algo e, essencialmente, sobre si mesmo.

Todavia, apesar do medo do desconhecido, os humanos possuem as características de evoluir, superar e crescer constantemente. O medo se torna um estímulo para a descoberta de dados e informações. É nesse sentido que o historiador israelense Yuval Noah Harari, destaca três aspectos que considera cruciais na ciência moderna:

**a. A disposição para admitir ignorância:** a ciência moderna se baseia na sentença latina *ignoramus* – “nós não sabemos”. Presume que não sabemos tudo. O que é ainda mais crucial, aceita que as coisas que achamos que sabemos podem se mostrar equivocadas à medida que adquirimos mais conhecimento. Nenhum conceito, ideia ou teoria é sagrado e inquestionável.

**b. O lugar central da observação e da matemática:** tendo admitido a ignorância, a ciência moderna almeja obter novos conhecimentos e o faz reunindo observações e então usando ferramentas matemáticas para relacionar essas observações em teorias abrangentes.

**c. A aquisição de novas capacidades:** a ciência moderna não se contenta em criar teorias. Usa essas teorias para adquirir



novas capacidades e, em particular, para desenvolver novas tecnologias.” (HARARI, 2017, p. 261)

Vale destaque os tópicos “a” e “c”, visto que estes demonstram o rumo ideal da expectativa das informações. Ao admitir a ignorância, o ser humano tem conhecimento da situação em que se encontra e que é necessário sair em busca de novos dados. Dessa forma, há a busca para aquisição de novas capacidades, é a obtenção desses dados que coloca o ser humano em uma posição mais segura de controle. Em 1500, o acúmulo de dados e a preocupação com a informação não era tão relevante como nos dias atuais, isso influenciava diretamente nas expectativas de evolução através da ciência, que eram bem baixas quando comparadas às do século XXI. Entretanto, no século XX, essa percepção já havia mudado drasticamente. Atualmente, temos a bolsa de valores, um mercado à base de dados que funciona da forma mais livre possível, por ter o capital aberto, as informações precisam fluir livremente, chegando em todos aqueles que possuem ou pretendem possuir alguma ação nesse mercado.

Não só na compra ou venda de uma ação que as escolhas ficam sujeitas às informações que se possui, mas em todos os âmbitos da vida. Desde a escolha de um produto no supermercado, até um diagnóstico médico, as escolhas são tomadas com base nas informações armazenadas na mente humana. Entretanto, uma informação inverídica pode custar uma imensidão de “boas escolhas”<sup>8</sup>.

Com o avanço tecnológico, a propagação e o armazenamento de informações saíram da escassez, criando um universo perigoso. A tão preocupante “fake news”<sup>9</sup>, de nova só possui o apelido, visto que informações falsas são propagadas desde a Revolução Cognitiva. Embora o compartilhamento de informações verdadeiras tenha melhorado substancialmente com os novos meios de comunicação (redes sociais), essas ferramentas também proporcionaram o impul-

---

8 “boas escolhas” são as escolhas mais benéficas para o ser humano.

9 Tradução livre: informação falsa.

sionamento de informações falsas. Em virtude da velocidade que essas informações são repassadas, é quase impossível ter algum controle de veracidade. Dessa forma, a conferência fica resguardada ao leitor, ou seja, à população.

Do ponto de vista lógico, se o mundo fosse honesto, informações falsas não seriam uma preocupação. No entanto, isso está longe de ser uma realidade. As informações são recebidas e compartilhadas com o intuito de que são verídicas. É nesse contexto que o indivíduo passa a ser massa de manobra para criação de uma situação de inverdade, como demonstra a frase atribuída à Joseph Goebbels<sup>10</sup> “uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade”.

Tanto a informação falsa quanto a verdadeira tem potencial para mexer no imaginário humano e criar um contexto de falsa verdade. Essa circunstância preocupante demonstra como a informação verídica merece atenção, afinal, para que seja considerada verídica deve ser conferida por quem a recebe.

## **O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**

“[...] o Direito tem por desafio versar sobre o que há de melhor em nossas inter-ações humanas [...] e, também, com o que há de pior em nossas inter-ações humanas.” (BITTAR, 2019, p. 46). O direito, do ponto de vista leigo, pode passar uma ideia de posse, de que aquilo se confunde com algo do qual possui algum domínio ou propriedade. Apesar de essa não ser uma conceituação doutrinária, é um entendimento que pode ser aplicado, em alguns casos, à realidade. Em verdade, ainda conforme Carlos Bittar, o direito tem a função de garantir a harmonia social e evitar a lesividade da liberdade, tendo por característica marcante a sua corrigibilidade permanente. É difícil, até para o mais culto dos doutrinadores, definir ao certo o que

---

10 Ministro da Propaganda na Alemanha Nazista entre 1933 e 1945.

é o “Direito”, pois este possui diversas formas e amplitudes. Direito é algo do qual o Estado lhe garante o acesso, Direito é a doutrina que gera as normas, Direito é a fonte da regulação da vida em sociedade, dentre várias outras conceituações.

Ainda que o conceito de Direito seja algo nebuloso, isto não o impede de existir e garantir a harmonia da sociedade nas suas várias formas. Assim sendo, o direito de acesso à informação, ou direito à informação, é uma dessas garantias.

De acordo com SARLET, MARINONI e MITIDIERO, o direito à informação é, implicitamente, abrangido pela liberdade de expressão. Considerando que o poder de escolha é uma forma de exprimir o que pensa, o direito à informação constitui um caráter importantíssimo nas escolhas humanas. Como já demonstrado, estar informado é essencial para tomar boas decisões e interagir na vida social. Observando sob a ótica constitucional, a Constituição Federal de 1988 assegura o direito à informação, o sigilo da fonte e o direito de acesso as informações dos órgãos públicos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;” (BRASIL, 1988)

No estudo da Teoria Geral do Estado, os estudantes de direito aprendem que o Estado foi criado com o mesmo objetivo do direito,

é possível, inclusive, afirmar que os dois nasceram juntos. Entretanto, no seu nascimento, o Estado possuía apenas um objetivo: garantir a liberdade. Consequentemente, o passar do tempo mostrou aos homens que nem só de liberdade vive uma civilização e que a liberdade abrange muito mais variações do que se acreditava. Atualmente, o Estado interage com todos os ramos da vida humana, desde aqueles que correspondem a sua individualidade até aqueles que afetam uma coletividade. Sob a lógica da matéria de Teoria Geral do Estado, o Estado foi criado para dar aos homens aquilo que eles não conseguiam garantir por si mesmo. Ironicamente, o molde desse Estado possui uma forma de poder, um sistema coercitivo, que coloca na mão de uma minoria de homens o dever de administrar a sua civilização. Todavia, considerando que o Estado foi criado pois o homem possuía uma natureza imperfeita, é compreensível que este não seja dotado de perfeição, visto que é controlado por uma minoria de homens imperfeitos. É nesse contexto que o direito à informação se faz necessário.

O Estado não está livre de cometer injustiças, afinal, como já explicado, este é controlado por homens injustos. Em virtude disso, o direito de acesso à informação dos órgãos públicos é essencial. A transparência do Estado dá ao cidadão o poder de podá-lo. Na medida que o cidadão adquire conhecimento sobre a atuação do Estado, este ganha o poder de questionar e transformar a sua administração. Esse contexto pode ser visualizado com um exemplo bem simples: saber que um prefeito é corrupto, permite que o cidadão deposite sua escolha de voto em outro prefeito.

Já revelado sua importância, não à toa, o direito à informação possui caráter fundamental e trata-se de um direito de titularidade universal. Dessa forma, é considerado um direito protetivo e que abrange pessoas naturais, estrangeiros e pessoas jurídicas.

Todavia, pouco se discute sobre a qualidade das informações. Ainda que um cidadão tenha acesso à todas as informações disponíveis, de que valem se forem falsas? O dever de informar está diretamente relacionado com o direito de estar informado. Portanto, por si só, este já constitui um papel fundamental na atuação estatal: transparência. A ideia do princípio da transparência, na Administração Pública, é

a de disponibilizar dados de forma acessível para toda a sociedade. Nesse sentido, a palavra “dados” já propõe a própria veracidade, visto que se trata dos registros documentados ou resultados.

Contudo, este não é o caso da informação privada<sup>11</sup>. Atualmente, as ferramentas jurídicas de combate às informações falsas, de natureza privada, estão escassas. A única norma legal de combate à *fake news* é o Art. 19 da Lei 12.965/14<sup>12</sup>:

“Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

---

11 Informação privada é aquela divulgada por veículos de comunicação particulares.

12 Marco Civil da Internet.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º , poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.” (BRASIL, 2014)

Em virtude das poucas ferramentas que o cidadão dispõe, este fica sujeito à inúmeras informações inverídicas, das quais possui fé de sua veracidade. Em contrapartida, a regularização estatal das informações falsas, colocaria o país a um passo de conceber uma ditadura. Famosa pela censura, as ditaduras tem como principal objetivo o controle dos veículos de informação. Além de garantir a sua propaganda, impediriam que notícias contra a ditadura fossem divulgadas. Para o cidadão, em toda sua fragilidade, não lhe restaria outra escolha que não ser vítima desse contexto. Ainda que por um momento, pareça uma boa ideia que o Estado controle os meios de comunicação, garantindo informações verdadeiras, o que garantiria que o Estado realmente garantisse informações verdadeiras? Ou que não ocultasse informações? Não há nada que possa garantir que o Estado não usaria seu poder para controlar o imaginário da mente da população, tal como a Coreia do Norte tenta e faz a todo custo. Posto que o direito à informação só funcione quando a informação divulgada é verdadeira, não há nada que não seja a boa-fé como garantia da veracidade.

## **A INFORMAÇÃO NA PANDEMIA DO COVID-19**

Em 30 de dezembro de 2019, Dr. Li Wenliang, oftalmologista do Hospital Central de Wuhan, enviava um alerta sobre o vírus aos colegas médicos. Inconformado, o governo chinês, por meio da polícia, pedia que Li parasse de divulgar notícias sobre o vírus.

A princípio, o governo chinês investiu mais esforços para silenciar do que para evitar uma epidemia, como avisava Li. O que os diretores dos hospitais chineses teriam feito se alertados antes do surto? Quais medidas de proteção a população chinesa tomaria se soubesse do vírus quando Li tentou alertar? Quantos países teriam tido a chance de evitar a entrada do vírus? Essas são perguntas que só a joia do tempo<sup>13</sup> poderia revelar. Entretanto, é possível ter alguma ideia do que os líderes mundiais fariam se soubessem do vírus e acreditassem no seu potencial de transmissão. A Jacinda Ardern, primeira-ministra da Nova Zelândia, é um bom exemplo disso. Mesmo com o atraso das informações, Jacinda fez a melhor administração para garantir a segurança do seu país.

Contudo, a dinâmica no Brasil foi completamente diferente. Classificada como *necropolítica*<sup>14</sup>, a gestão do Brasil frente à pandemia foi devastadora. Subestimando o vírus, desacreditando de sua circulação, movimento anti-isolamento, movimento anti-máscara, movimento anti-vacina, recomendação de medicamentos sem eficácia comprovada e um sistema de saúde público que nunca soube o que era não estar sobrecarregado, foi o combo mais propício para a necropolítica e para o vírus. O Presidente da República, representação máxima do país, foi o maior contribuinte para que o caos causado pela Covid-19 tomasse proporções ainda maiores. É nesse contexto que a necropolítica é observada, quando população briga entre si em busca de recursos enquanto aquele que detém o controle da maior parte do capital gerado pela população pouco investe em uma gestão de qualidade.

O histórico brasileiro não é dos melhores. Regado de desinformação e de desconfiança com o governo, o brasileiro não sabia mais por onde seguir. Esses são alguns tópicos das desinformações mais graves causadas pelo governo brasileiro:

---

13 Pedra fictícia do mundo cinemático da Marvel que permitia o seu portador de se teletransportar para qualquer período histórico.

14 Termo criado pelo filósofo camaronês Achille Mbembe, representa o uso do poder social e político para escolher quem deve ou não viver.

- a. Menosprezo pela doença:** em março de 2020, o presidente Bolsonaro se referiu ao vírus da Covid-19 como “gripezinha”
- b. Contra o isolamento social e as medidas de proteção:** ainda em março de 2020, o presidente Bolsonaro criticou e foi duramente contra as medidas de isolamento, sua justificativa era preocupação com a economia.
- c. Recusa na compra das vacinas:** do fim do ano de 2020 ao início de 2021, o presidente Bolsonaro negou várias propostas de compra da vacina, como CoronaVac e Pfizer.
- d. Protocolo de tratamento precoce sem eficácia comprovada:** até maio de 2020, o Ministério da Saúde recomendava o uso de cloroquina e hidroxicloroquina para o tratamento da Covid-19, mesmo que os estudos fossem pouco promissores por estarem em fase inicial.

Toda essa desinformação causou diversos problemas de harmonia na população. O uso de medicamentos, como a ivermectina, causou casos de hepatite, pois as pessoas estavam tomando sem controle ou prescrição médica, acreditando que isso as tornaria imune ao vírus.

Considerando que não podia contar muito com o sistema público de saúde, que enfrenta problemas desde seu início, a melhor escolha para o Brasil era seguir as medidas da OMS frente ao coronavírus e a responsabilidade com as informações. A desinformação colocou o brasileiro, desacreditado por razões justas, em uma situação muito difícil e perigosa. Toda essa irresponsabilidade com as informações divulgadas custou 611 mil vidas até momento (16 nov 2021) no Brasil.

## CONCLUSÃO

Neste artigo foi apresentada as razões que tornam o Direito à Informação algo essencial para a vida no Brasil. O comparativo com a gripe espanhola foi importante para demonstrar que esse aspecto de irresponsabilidade com o direito à informação e a liberdade de escolha é intrínseco à cultura brasileira. É notável que a ausência de



informações confiáveis custou a vida de muitas pessoas. Ao observar o papel do Estado em tudo isso, fica claro que ao deter para si a maior parte dos dados e informações, quase como um sistema socialista, o Estado detém a maior parte do controle na vida dos brasileiros. Nesse sentido, a pandemia da Covid-19 deixou explícito o quanto uma informação confiável é valiosa, inclusive para a preservação da vida humana.

No entanto, não há nada que se possa fazer quanto às informações falsas de forma que não ameace o direito à liberdade. Esse problema em específico, demonstrou que só uma revolução cultural brasileira poderia contornar essa situação de uma forma que não custasse um preço tão alto. Dessa forma, a única opção que resta aos brasileiros é tomar para si o devido cuidado com as informações que consome. Caso a pandemia não tenha deixado esse aspecto em evidência, a desinformação não deixa de ser um risco, pois afeta vários outros aspectos, que podem custar bens muito mais valiosos do que água com limão todas as manhãs, como: a vida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Simpíssimo Livros, 2012. *E-book*

BEHNKE, Emily. Bolsonaro critica quem faz isolamento: “Tem idiotas até hoje em casa”. **Poder 360**, 17 maio 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-critica-quem-faz-isolamento-tem-idiotas-ate-hoje-em-casa/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BIERNATH, André. Tratamento precoce. ‘Kit covid é kit ilusão’: os dados que apontam riscos e falta de eficácia do suposto tratamento. **BBC News**, 27 jan. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55775106>. Acesso em: 04 nov. 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em 16 nov 2021.

BUCKLAND, M.K. Information as thing. **Journal of the American Society for Information Science (JASIS)**, v. 45, n. 5, p.351-360, 1991.

CAMBRICOLI, Fabiana. Após uso de kit covid, pacientes vão para fila de transplante de fígado; pelo menos 3 morrem. **O Estadão S. Paulo**, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,apos-uso-de-kit-covid-pacientes-vaio-para-fila-de-transplante-ao-menos-3-morrem,70003656961>. Acesso em: 16 nov. 2021.

CAPURRO, R.; HJORLAND, B. O conceito de informação. **Perspectivas em Ciência da Informação**, v. 12, n. 1, 2007. ISSN 1981-5344. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-99362007000100012>. Acesso em: 04 nov. 2021.

COHEN, Sandra. Entenda como a Nova Zelândia se livrou da pandemia. **G1**, 08 jun 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/blog/sandra-cohen/post/2020/06/08/entenda-como-a-nova-zelandia-se-livrou-da-pandemia.ghtml>. Acesso em: 16 nov. 2021.

DN. É oficial. Morreu o médico chinês que denunciou o coronavírus. **Diário de Notícias**, 06 fev. 2020. Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/morreu-o-medico-chines-que-denunciou-o-coronavirus-11793302.html>. Acesso em: 16 nov. 2021.

DOERDELEIN, N., MUGNATTO, S. Pronunciamento de Bolsonaro sobre isolamento social causa polêmica na Câmara. **Câmara dos Deputados**, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/648065-pronunciamento-de-bolsonaro-sobre-isolamento-social-causa-polemica-na-camara/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

FLORENCIO, Raphael. Estudo constata ineficácia de cloroquina e hidroxicloroquina contra Covid-19. **CNN Brasil**, 26 abr. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/estudo-constata-ineficacia-de-cloroquina-e-hidroxicloroquina-contra-covid-19/>. Acesso em: 04 nov. 2021.

GOULART, Adriana da Costa. Revisitando a espanhola: a gripe pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro. **História, Ciências, Saúde - Manguinhos**, v. 12, n. 1. pp. 101-142, 2005. Epub 19 Jun 2007. ISSN 1678-4758. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-59702005000100006>. Acesso em: 04 nov. 2021.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens - uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2017.

KAHIL, Gustavo. Bolsonaro compara coronavírus a “gripezinha” e dá indireta a Globo; veja pronunciamento. **Money Times**, 24 mar 2020. Disponível em: <https://www.moneytimes.com.br/bolsonaro-volta-a-se-referir-ao-coronavirus-como-gripezinha-e-criticar-governadores-por-restricoes/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

LEITE, L. R. T., MATOS, C. M. ZUMBIFICAÇÃO DA INFORMAÇÃO: A Desinformação e o caos informacional. **Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação**, v. 13, n. esp. CBBB 2017, p. 2334. Disponível em: <https://febab.emnuvens.com.br/rbbd/article/view/918>. Acesso em: 16 nov. 2021.

LOPES, L., ROCHA, L. Pandemia de Covid-19 provoca aumento global em distúrbios de ansiedade e depressão. **CNN Brasil**, 09 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/pandemia-de-covid-19-provoca-aumento-global-em-disturbios-de-ansiedade-e-depressao/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

MENDES, Wagner. Bolsonaro tenta comprovar eficácia da Cloroquina e Ivermectina com enquête: “levanta o braço”. **Diário do Nordeste**, 20 out. 2021. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/opinio/colunistas/wagner-mendes/bolsonaro-tenta-comprovar-eficacia-da-cloroquina-e-ivermectina-com-enquete-levanta-o-braco-1.3150100>. Acesso em: 16 nov. 2021.

MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

Nabuco G, Oliveira MHPP, Afonso MPD. O impacto da pandemia pela COVID-19 na saúde mental: qual é o papel da Atenção Primária à Saúde? **Rev Bras Med Fam Comunidade**, v. 15, n. 42, p. 2532, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.5712/rbmf15\(42\)2532](https://doi.org/10.5712/rbmf15(42)2532). Acesso em: 10 nov. 2021.

NETO, José I. S. *et al.* As influências da propaganda política Leninista e Hitlerista no Brasil. **Intercom**, 01 set. 2017. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2017/resumos/R57-0810-1.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

PEREIRA, Filipe. Os 20 erros de Bolsonaro durante a pandemia. **O Povo**, 24 mar. 2021. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/politica/2021/03/24/os-20-erros-de-bolsonaro-durante-a-pandemia.html>. Acesso em: 16 nov. 2021.

RESENDE, André. Mais de 100 anos antes da Covid-19, Paraíba enfrentava pandemia da Gripe Espanhola. **G1 Paraíba**, 08 ago 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2020/08/08/mais-de-100-anos-antes-da-covid-19-paraiba-enfrentava-pandemia-da-gripe-espanhola.ghtml>. Acesso em: 04 nov. 2021.

SANTOMAURO, Damian F *et al.* Global prevalence and burden of depressive and anxiety disorders in 204 countries and territories in 2020 due to the COVID-19 pandemic. **The Lancet**, Volume 398, Issue 10312, 1700 – 1712.

SANTOS, R. A. DOS. O Carnaval, a peste e a 'espanhola'. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, v. 13, n. 1, p. 129-58, jan.-mar. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/Z9Lr5HqtjXzFsTD5FFvGFBQ/?lang=pt>. Acesso em: 04 nov. 2021.

SHWARCZ, L. M., STARLING, H. M. **A bailarina da morte**: a gripe espanhola no Brasil. São Paulo: companhia das letras, 2020.

SILVA, M. M., & da Silva, E. A. (2020). O BRASIL FRENTE À PANDEMIA DE COVID-19: da bio à necropolítica. Confluências | **Revista Interdisciplinar De Sociologia e Direito**, v. 22, n. 2, p. 361-383. Disponível em: <https://doi.org/10.22409/conflu.v22i2.43040>. Acesso em: 16 nov. 2021.

TOGNOLI, Natália. **A informação no contexto arquivístico**: uma discussão a partir dos conceitos de informação-como-coisa e informação orgânica. Rio de Janeiro: Informação Arquivística, 2012.

VERDÉLIO, Andreia. Bolsonaro defende protocolo de tratamento precoce contra covid-19. **Agência Brasil**, 24 ago. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/bolsonaro-defende-protocolo-de-tratamento-precoce-contra-covid-19>. Acesso em: 16 nov. 2021.

# O AUMENTO NO NÚMERO DE HOMICÍDIOS, NA PANDEMIA, PELA ATUAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO

## **ANTÔNIO WELLINGTON BRITO JÚNIOR**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Delegado de Polícia Judiciária no Estado de Sergipe. E-mail: [wbritojunior@gmail.com](mailto:wbritojunior@gmail.com).

## **EMANUEL MESSIAS PEREIRA DOS SANTOS JÚNIOR**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: [emanueljunior46@gmail.com](mailto:emanueljunior46@gmail.com)

### **Resumo:**

O presente artigo tem como objetivo versar sobre o aumento do número de homicídios durante o decorrer da pandemia do Covid-19 pela atuação das facções criminosas durante esse período. Assim, são trazidos dados e fatos que corroborem a influência das organizações criminosas na alta de mortes violentas no momento pandêmico.

Palavras-chave: Covid-19; Crime Organizado; Facção Criminosa; Pandemia.

## 1. INTRODUÇÃO

Os últimos dois anos que se passaram fugiram da habitualidade que os demais ofereciam. Com a pandemia trazida pelo vírus SARS-CoV-2, causador da Covid-19. Tal problema gerou até expressões como “novo normal”, entre outras. No Brasil, a recente enfermidade causou mais de 600 mil mortes, levando a vida de entes queridos de diversas pessoas (COVID, 2021).

As mudanças para que a ação do vírus fosse dirimida foram gerais e ocorreram dentro de vários campos. Utilização de álcool em gel, máscaras, e até mesmo luvas. O distanciamento social também foi inserido na vivência cotidiana da população. Com isso, shows, festas, peças teatrais, jogos de futebol e aulas presenciais em escolas e faculdades foram suspensas por tempo indeterminado, até que a nova doença fosse compreendida e seu índice de mortalidade fosse trazido para números seguros para toda a população.

Com esses procedimentos e, principalmente por conta do isolamento social, era esperado que a violência fosse reduzida em vários campos. Entretanto, a área da segurança pública que está ligada ao número de mortes violentas foi severamente piorada e o principal fator para essa mudança é a atuação de grupos criminosos organizados.

Antes de apresentar a história do crime organizado brasileiro, é de extrema importância frisar que organização criminosa, as famigeradas facções, não é igual a associação criminosa.

A primeira é gerida por meio da Lei de nº 12850/2013 e é definida pela mesma, no seu artigo 1º, §1º como:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Dessa forma, há a necessidade, nesse delito, de que haja, em primeiro lugar, no mínimo quatro agentes dentro da estruturação com uma organização hierárquica e a divisão de tarefas. Ademais, os delitos praticados por esses grupos devem possuir penas superiores a quatro anos ou que possuam caráter transnacional.

Destarte, as ações das organizações criminosas precisam ser delitos de maior potencial ofensivo ou ultrapasse as fronteiras brasileiras. Já a associação criminosa está exposta no artigo 288 do Código Penal Brasileiro (1940) e lá está exposto que: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”.

O dispositivo legal vislumbra que, para que seja cometido o delito de associação criminosa, são necessários, no mínimo, três agentes. Além disso, não é taxado o tipo de delito que deve ser praticado e a forma de atuação dessa estrutura criminosa.

Sendo assim, é possível perceber que a organização criminosa é um gênero com um nível de complexidade muito maior que age, de certa forma, como uma empresa. Sua estrutura e o vislumbrar do lucro demonstram isso. A organização criminosa é setorizada, cada uma das suas células têm uma função definida.

A maioria é formada por meros funcionários de pequeno escalão. Contudo, dentro dessa “grande empresa”, também há coordenadores, diretores e até mesmo presidentes, aqueles que decidem como a empresa funciona, quais são suas normas e qual decisão todo organismo irá tomar. A questão mais gravosa é a forma que eles lidam com as empresas rivais. Para ter o controle do mercado mais rentável para eles, o tráfico, diversas guerras são travadas e, assim, os números da violência contra vida são agravados, como ocorreu nessa pandemia da Covid-19.

No aspecto histórico, a atuação do crime organizado no Brasil é mais longínqua do que se imagina. Um dos berçários da organização dos delitos surge no Rio de Janeiro com o jogo do bicho. Prática que é, até hoje, ilegal fez com que os donos de ponto de jogo se organizassem para que a relação entre eles fosse mais harmoniosa e que não ocorressem problemas nos lucros. Os principais personagens dessa

modernização da forma de agir criminoso foram Castor de Andrade e Antônio Salamone. Sendo este ex-integrante da Máfia Italiana que é a organização criminosa mais antiga e mais famosa do mundo, tendo seus tentáculos sobre todo globo terrestre.

A presença de Salamone também justifica a forma de agir e, como no caso de Castor de Andrade, até de vestir como os estereotipados mafiosos italianos representados em filmes de grande sucesso histórico. Apesar da organização dos bicheiros, após a morte de Castor, a briga pelo poder e pelos pontos de jogo gerou uma grande matança entre os bicheiros (OLIVEIRA; FILHO, 2012).

Paralela à estruturação criminosa por parte dos bicheiros, o crime se edifica dentro dos presídios e nas favelas cariocas pela intervenção de pequenos traficantes. Entretanto, essas formas de organização não se perduram, pois, no mesmo período, também dentro de um presídio carioca, surge o Comando Vermelho, a primeira grande facção criminosa do país. (OLIVEIRA; FILHO, 2012).

O CV, inicialmente conhecido como “Falange Vermelha”, inicia suas atividades dentro do Presídio da Ilha Grande, também chamado de “Caldeirão do Diabo”. A fundação ocorre entre os anos de 1969 e 1975, auge da Ditadura Militar. O governo militar direcionava os presos políticos para o Caldeirão do Diabo e os misturava com os presos comuns. Inicialmente, a relação entre esses dois grupos era extremamente conflituosa, contudo, após certo tempo de convivência, esses criaram admiração entre si e se aproximaram (OLIVEIRA; FILHO, 2012).

Esse estreitamento fez com que os presos comuns aprendessem diversas técnicas de guerrilha e organização. Com isso, os presidiários se organizam para que sejam alcançadas melhores condições dentro do sistema carcerário. Porém, a ação dos grupos não se limitou apenas à busca pela boa vida dentro dos presídios (OLIVEIRA; FILHO, 2012).

Os integrantes do Comando Vermelho passam a praticar diversas atividades criminosas, agora, organizadas. Atividades como o tráfico, de drogas e de armas, homicídios encomendados e diversos golpes foram anexadas às ações do grupo. A organização é tão extensa que o



CV cria a prática, utilizada até hoje por eles e por outros grupos, chamada de “Caixa Comum” que consiste no pagamento de mensalidades dos integrantes soltos para que ações do grupo sejam financiadas. Após a consolidação do CV, outras facções surgiram para servir de contraponto à essa, como ADA, TCP, TC e até mesmo as milícias. Por óbvio, com o surgimento de rivais, mais uma vez, na história do crime organizado do Brasil, houve carnificina (OLIVEIRA; FILHO, 2012).

Após alguns anos do surgimento da principal facção criminosa carioca, surge, em 1993, no estado de São Paulo, o PCC. O Primeiro Comando da Capital é fundado logo após o massacre do Carandiru, onde a PM do estado de São Paulo invadiu o complexo prisional após uma rebelião e findou a vida de 111 presidiários. O PCC também surge com o intuito de melhorar as condições da vida no cárcere, entretanto, mais uma vez, suas ações ultrapassam essa intenção e a organização se envereda para atos criminosos. Até sua consolidação e o alcance do título de maior organização criminosa da América do Sul, a facção passa por uma disputa entre os seus fundadores onde diversos soldados e civis, como vítimas colaterais, são mortos de forma violenta. A gananciosa busca das facções dentro dos seus mecanismos de poder sempre ocorre de forma violenta e não há o perdão para aqueles que estão no caminho. (OLIVEIRA; FILHO, 2012).

Pois bem, no cenário atual, apesar de a pandemia ter colocado boa parte da população dentro de suas residências, o crime organizado não seguiu os protocolos de isolamento e continuou suas investidas para o controle de ações ilegais em todo Brasil por meio da força. Destarte, o número de mortes violentas volta a crescer no Brasil após dois anos de queda, por conta da extensa ação dos grupos e facções criminosas (CERQUEIRA *et al.*, 2021).

## **2. AUMENTO DE MORTES VIOLENTAS E SUA LIGAÇÃO COM AS FACÇÕES CRIMINOSAS NA PANDEMIA**

### **2.1 Efeitos da Pandemia dentro do Contingente Policial Brasileiro**

Com o grande avanço da pandemia, além dos profissionais de saúde, agentes da segurança pública, por trabalharem em contato direto com o público, tiveram grande parte do seu coeficiente contaminados pela nova doença e, conseqüentemente, essa parcela foi afastada para que só depois de curada voltasse às suas atividades. Mundialmente, as forças policiais sofreram muito com o avanço pandêmico. Prova disso é Nova Iorque, nos EUA. Lá, que durante muito tempo foi epicentro da disseminação do vírus, 20% do coeficiente policial foi contaminado e afastado das suas ações laborais (LOTTA *et al.*, 2020).

No Brasil, uma revista de grande renome, juntamente com treze estados brasileiros fizeram um levantamento que demonstrava que, até maio de 2020, mais de sete mil agentes da segurança pública havia sofrido a contaminação pelo vírus da Covid 19 (LOTTA *et al.*, 2020).

Ademais, em todo Brasil, um em cada quatro policiais foram afastados após serem contaminados. Outro dado que demonstra a grande contaminação sofrida por policiais é exposto pelo comandante geral da Brigada Militar do Rio Grande do Sul. O coronel Rodrigo Mohr expôs que, entre os meses de fevereiro e março de 2021, houve um aumento de 207% de agentes contaminados (GULARTE, 2021).

Não é possível que, com uma tão grande, a polícia consiga gerir da mesma forma as questões da rua. Além disso, a um número que demonstra o tamanho da gravidade do vírus dentro da repartição policial é a número de policiais que foram mortos pelo vírus. De acordo com portal de grande renome nacional, a quantidade de policiais mortos pela Covid é o dobro de policiais assinados, ambos os números são de 2020 (GULARTE, 2021).

O estado que mais teve policiais mortos, além de ter tido mais de 34% do coeficiente policial afastado, é um dos que mais sofre com a atuação das facções na pandemia: o Rio de Janeiro (SILVA *et al.*,

2021). Com isso, fica muito claro que a ação dos grupos criminosos foi facilitada por conta de prejudicialidade trazida aos grupos policiais pela doença viral.

## **2.2 Ações das Facções no Cenário Pandêmico**

Já era de conhecimento geral, ou ao menos muito fácil de se deduzir que: a influência do crime organizado dentro dos números de homicídio é extremamente relevante. O governo do Paraná, por exemplo, fez uma extensa pesquisa e atribuiu 58% dos homicídios ocorridos no estado ao tráfico de drogas, comércio controlado pelas facções criminosas (MPPR, 2012).

Isso demonstra como são maléficas tais estruturas ilegais. Ademais, uma pesquisa que mede a paz dentro das nações feita pelo GPI coloca o Brasil em 126º, dentre 163 países, ou seja, estamos em um dos países mais conflituosos do mundo. Uma matéria de um jornal de grande circulação nacional que, além de expor a pesquisa do GPI, coloca que um dos principais motivos desse baixo índice de pacificidade dentro da vida dos brasileiros se deve ao grande número de conflitos relacionados à guerra entre as organizações criminosas (VIDIGAL, 2021).

Na pandemia, tal cenário, infelizmente, não foi alterado. Inicialmente, no berço do crime organizado brasileiro, Rio de Janeiro, ações policiais comuns dentro das favelas cariocas só poderiam ocorrer em casos excepcionais por decisão do ministro do STF Edson Fachin dentro da ADPF nº 635:

...(i) que não se realizem operações policiais em comunidades durante a epidemia do COVID-19, a não ser em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais,

devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária (FACHIN, 2021, p.1).

Após a decisão de Fachin, o efeito foi imediato. Primeiramente, o número de operações policiais em 2020 foi 59% menor em comparação ao ano de 2019 (RODAS, 2021). Com isso, é óbvio que o índice de criminalidade, em alguns pontos, iria ser majorado, principalmente onde o crime organizado é mais robusto. O delegado e diretor do Departamento Geral de Polícia Especializada do RJ, Pedro Medina, alega que, no seu estado, o número de tiroteios subiu após a exigência de mudança da forma de agir das polícias (SANTOS; TORRES, 2020).

Fazendo a comparação entre os meses de janeiro e setembro dos anos de 2020, ano da decisão de Fachin, e 2021, os números são extremamente preocupantes. Naquilo que se refere ao número de confrontos com armas de fogo, há um aumento de 7% entre os anos. O número de feridos por arma de fogo também aumenta. Nesse caso, em 15%. Ademais, a pesquisa afirma que, do total de confrontos ocorridos no Rio de Janeiro nesse período, apenas 27,5% tiveram intervenção policial. Ou seja, mais de 70% dos confrontos armados ocorridos no estado são devidos à disputa entre diversas facções (MELLO, 2021).

Nesse aspecto de disputa, na pandemia, tornou-se muito famoso no estado carioca o criminoso conhecido como “Peixão”. O traficante, que é conhecidamente aliado ao PCC e às milícias do estado. Apesar de sua antiga história na criminalidade, durante a pandemia, Peixão intensificou suas atividades e criou, por meio da tomada do controle de outros traficantes pela força, em meados de 2020, o Complexo de Israel, que é a união de cinco comunidades que são: Vigário Geral, Parada de Lucas, Cidade Alta, Pica-Pau e Cinco Bocas (DOSSARES, 2021).

Ou seja, mais confrontos armados para que mais regiões fossem controladas. Prova disso é a grande quantidade de armamento apreendida, em uma das poucas ações permitidas da polícia ocorrida em 28 de outubro de 2021. Durante a ação policial, foram encontrados

diversos armamentos, muitos desses de guerra, inclusive (DOSSARES, 2021).

Nesse complexo, com mais de 134 mil habitantes, os moradores acusam Peixão de sequestrar, matar e desovar moradores que vão de encontro a suas ideias dentro da comunidade ou que tiveram ligação com facções rivais. Apenas no mês de julho de 2020, dois corpos de pessoas que moravam no Complexo de Israel e estavam desaparecidas foram encontrados. Um em um porta-malas de um carro e um às margens da Baía de Guanabara (DOSSARES, 2021).

É gritante a violenta atuação desses grupos, que não pararam suas atividades nem mesmo na pandemia. Na região nordeste, a questão do crime organizado vem sendo algo tão agudo que até criou-se uma nomenclatura para a atuação deste na região: O Novo Cangaço. Por óbvio, o nome dado se refere aos cangaceiros, grupo que vagava pelas regiões do sertão e realizava diversos saques e roubos por onde passavam. Cangaceiro mais famoso, e líder dos cangaceiros no final do grupo é Virgulino Ferreira da Silva, vulgo Lampião (FRANCISCO, 2021).

Os atuais “cangaceiros”, já havia tendo forte atuação nos últimos anos. Durante a pandemia, essas ações foram amplificadas. No estado do Pernambuco, por exemplo, houve um pico no número de homicídios. Até setembro de 2020, 52 municípios do estado pernambucano haviam ultrapassado o total de mortes do ano anterior. Ou seja, um pouco mais de um quarto das cidades pernambucanas precisaram de apenas 9 meses do ano de 2020 para superar o seu número de homicídios ocorridos em todo 2019 (GUERRA, 2020).

Frederico Magalhães, promotor de justiça do estado de Pernambuco e coordenador do Grupo de Atuação Especializada de Combate ao Crime organizado do MP de Pernambuco, expõe que: “Existe uma guerra pelo domínio do tráfico de drogas entre facções locais. O número de organizações criminosas é muito grande. Há uma grande disputa pelo poder. Além disso, alguns desses grupos estão associados a outros de fora do estado.”. De acordo com o promotor de justiça, algumas dessas organizações se autointitulam integrantes do PCC (GUERRA, 2020).

Frederico ainda afirma que a pandemia deu permissividade para o aumento da atuação desses grupos criminosos, pois, por ser algo extremamente repentino, a pandemia dirimiu a possibilidade de fiscalização dos órgãos e das polícias. A grande violência das organizações criminosas ficou ainda mais flagrante com a chacina ocorrida em agosto de 2020, no bairro de Ipojuca, município de Pernambuco. O ato deixou 5 mortos e 12 feridos. De acordo com a polícia, o crime ocorreu por conta de disputa do controle de venda de drogas da região (GUERRA, 2020).

É nítido que, durante a pandemia, o crime organizado estendeu por diversas regiões o seu alcance e sua grande e suja manja de violência. Ainda na região nordeste, no Ceara, houve a maior alta de homicídios no país em 2020. Em relação a 2019, o ano de 2020, de acordo com o site Diário do Nordeste, dentro do estado, teve um aumento de 102,9% no primeiro semestre, e um aumento de 78,9% em relação ao ano completo. Tais números são muito preocupantes, visto que, demonstram uma acentuada majoração no número de mortes violentas no estado. É uma diferença de quase dois mil homicídios a mais e um total de mais de 4 mil mortes em um ano e apenas em um único estado.

Os governantes locais têm ciência que o motivo dessa alta de mortes se deve muito à ação de grupos criminosos organizados. Prova disso é a criação das Plano de Forças-Tarefas SUSP (Sistema Único de Segurança Pública) de Combate ao Crime Organizado. O plano tem quatro vertentes exclusivamente focadas na repressão ao crime organizado. Ainda conforme o site Diário do Nordeste, o ministro da Justiça e Segurança Pública, André Mendonça expõe os focos do planejamento que são:

Em primeiro lugar, será a atividade de inteligência de todos os órgãos de segurança pública envolvidos, que deverão acompanhar as ações dos principais líderes das organizações criminosas. Em seguida, será feita uma análise criminal estratégica que consiste na técnica destinada à compreensão do

fenômeno criminal e do mapeamento para nortear o campo de atuação central dessas forças de segurança... o policiamento ostensivo de forma especializada e concentrada na realização de ações capazes de diminuir o impacto do crime organizado nas nossas cidades. E, em quarto lugar, através da adoção de procedimentos investigativos capazes de dar respostas efetivas e oportunas para a redução e repressão de tais crimes.

A única forma de desmontar o crime organizado é com ações semelhantes às do estado do Ceará. Com a criação de forças-tarefa é criado um grupo seletivo focado apenas em um campo do crime, nesse caso, as facções criminosas. Com a especialização, é possível que seja compreendido de qual forma o grupo funciona, quem são seus líderes, além de ficar mais simples de prever os seus próximos movimentos. Assim, é possível que sejam alcançados diversos meios de prova mais elaborados que os comuns para que não apenas os pequenos, e facilmente substituíveis, funcionários sejam pegos e sim os grandes gestores da empresa do crime. Essas provas necessitam de uma maior elaboração, então, precisam de um trabalho especializado para que sejam adquiridas.

Elas serão advindas por meios mais sofisticados como: interceptação telefônica e de dados bancários, de infiltração policial e colaborações premiadas. Na última, é preciso que o Estado provenha meios de que a pessoa que colabore com as investigações esteja extremamente protegida, pois, aqueles que expõem o esquema de funcionamento da facção pagam com sangue. Ou seja, é necessário um sistema de proteção à testemunha mais firme. A forma simples e comum de testemunho não cabe nesses casos em questão. Com os principais gestores do crime detidos, as organizações irão se enfraquecer e, assim, essa epidemia de mortes causada por esses grupos pode ser freada.

Retomando à atuação impiedosa das organizações ilegais, seu modo de operar demonstrou a sua face sanguinária e que mata por tão pouco dentro de diversas regiões e com algumas particularidades dentro do assentamento Uga-Uga, no estado cearense. Houve uma vio-

lenta tomada de controle de diversos pontos, e neste, em específico, aconteceram questões que trouxeram a revolta da população em geral. Inicialmente, a partir da morte de um traficante, é começada uma grande disputa pelo Uga-Uga entre CV, PCC e coligadas a estas. O CV triunfa sobre a facção paulista e há uma mudança no controle. Em consequência disso, diversos moradores são expulsos e até mortos por ações da organização carioca.

Uma das mortes que ganhou notoriedade na mídia foi o assassinato covarde e vil do menino Jefferson. O garoto de 14 anos e coroinha da igreja da sua rua foi flagrado por traficantes da região com três traços em sua sobrelanceira. Dentro do regimento do tráfico, três traços na sobrelanceira fazem referência ao PCC. Assim, Jefferson, que não tinha ligação alguma com o tráfico, apenas não tinha conhecimento das suas regras, foi agredido com chutes, socos, pedradas e pauladas. Após essa sessão de tortura, o coroinha recebeu diversos disparos de arma de fogo e não resistiu aos ferimentos. Cinco pessoas foram indiciadas, todas possuíam ligação com as organizações criminosas (ANTUNES, 2021).

Ademais, os estados da Bahia e do Rio Grande do Norte também passam por intensas disputas entre as facções criminosas. No estado baiano, o CV estendeu seus domínios após a união com a organização criminosa local Comando da Paz. Diversas periferias baianas já estão sob aviso das novas normas de “boa convivência” e diversos recados são pichados nos muros para os moradores ficarem cientes dos banais atos que são passíveis de punições que variam de espancamentos até a morte (ALOISIO, 2021).

Com isso, fica muito claro que: os homicídios no Brasil aumentaram, durante a pandemia, por ação dos grupos criminosos organizados. Esses indivíduos se unem e se organizam para serem um Estado paralelo e sanguinário. Estado que mata para amedrontar a população, para que sejam controladas regiões em favor do seu lucro, para terem a impressão que são mais poderosos que o Estado de Direito.



## CONCLUSÃO

Com a apresentação deste artigo, fica nítido que o crime organizado é o principal responsável pela alta de homicídios após dois anos de queda. Mesmo com uma parcela significativa da população em isolamento, dentro das suas casas, o crime organizado não parou suas operações e travou uma guerra entre seus rivais. Se aproveitaram de um enfraquecimento do Estado para disputar postos de controle, tomar regiões e matar por matar.

Além disso, não sangram apenas os membros filiados à uma facção em específico. Morrem também cidadãos que não fazem parte dessa máquina suja e homicida. Muitas vítimas colaterais morrem apenas por morar na região onde a guerra está ocorrendo, morrem por irem de encontro às leis de um Estado ilegítimo, um Estado que não pode e nem deve legislar, não deveria nem ao menos existir.

Para que as ações desse grupo sejam dirimidas e enfraquecidas, a força policial deverá retomar suas forças juntamente com outros órgãos ligados à justiça, como o MP. Forças-tarefas devem ser formadas para que haja uma zona legal focada e habilitada no entendimento e funcionamento desses grupos.

Apenas dessa forma é possível que as facções criminosas sejam desestruturadas e fracionadas e, com isso, percam o poder que adquiriram com o passar do tempo. Ademais, as zonas que eles controlam devem ser ocupadas pelo Estado legítimo. A ausência do poder governamental em algumas zonas tornou-as confortáveis para a presença das facções criminosas, nenhum espaço de poder permanece desocupado.

## REFERÊNCIAS

ALOISIO, Daniel. Comando vermelho aproveita pandemia e se estabelece na Bahia. **Estadão**, 2021. Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agenciaestado/2020/09/26/comando-vermelho-aproveita-a-pandemia-e-se-estabelece-na-bahia.htm> >. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

ANTUNES, Ricardo. Facções de SP e Rio se espalham para o Nordeste e multiplicam número de mortes violentas. **Ricardo Antunes**, 2021. Disponível em: < <https://ricardoantunes.com.br/faccoes-de-sp-e-rio-se-espalham-para-o-nordeste-emultiplicam-numero-de-mortes-violentas/>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

Brasil. Decreto-Lei Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e outras providências**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20112014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

Ceará pretende fortalecer combate a facções nacionais com novo plano do Ministério da Justiça. **Diário do Nordeste**, 2021. Disponível em: < <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/ceara-pretende-fortalecer-combate-afaccoes-nacionais-com-novo-plano-do-ministerio-da-justica-1.3041307>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro Coordenador et al. Atlas da violência 2021. **Fórum Segurança**, 2021. Disponível em: < <https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2021/08/atlas-violencia-2021-v6.pdf>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

DOSSARES, Thuany. Peixão fecha parceria com traficantes do PCC para fornecimento de drogas no Complexo de Israel. **O DIA**, 2021. Disponível em: < <https://odia.ig.com.br/rio-dejaneiro/2021/05/6140943-peixao-fecha-parceria-com-trafficantes-do-pcc-para-fornecimentode-drogas-no-complexo-de-israel.html>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

FACHIN, Edson. Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro. **STF**, 2021. Disponível em: < <https://static.poder360.com.br/2020/06/Fachin.pdf>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. “Cangaço”. **Brasil Escola**, 2021. Disponível em: < <https://brasilecola.uol.com.br/brasil/cangaco.htm>>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

GUERRA, Raphael. Facções criminosas avançaram na pandemia em Pernambuco, aponta

MPE. **UOL**, 2021. Disponível em: < <https://jc.ne10.uol.com.br/colunas/rondajc/2020/10/11990637-faccoes-criminosas-avancaram-na-pandemia-em-pernambuco--apontampe.html>>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

GULARTE, Jeniffer. Avanço da Pandemia faz contaminação por coronavírus da Brigada Militar triplicar em 10 dias. **Gauchazh**, 2021. Disponível em: < <https://>

gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2021/03/avanco-da-pandemia-fazcontaminacao-por-coronavirus-na-brigada-militar-triplicar-em-10-diasckly1jfk00810166wht8cbo0.html>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

LOTTA, Gabriela et al. Pandemia de Covid-19 e os policiais brasileiros. **Fórum Segurança**, 2020. Disponível em: <[https://forumseguranca.org.br/publicacoes\\_posts/a-pandemia-decovid-19-e-os-policiais-brasileiros/](https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/a-pandemia-decovid-19-e-os-policiais-brasileiros/)>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

MELLO, Igor. Tiroteios no Rio aumentam mesmo com restrição de operações pelo STF. **UOL**, 2021. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/07/13/tiroteios-no-rio-aumentam-mesmo-com-restricao-de-operacoes-pelostf.htm>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

MPPR. Motivação dos Crimes de Homicídio. **MPPR**, 2012. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1321.html#>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

Painel Coronavírus. **Covid**, 2021. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

RODAS, Sérgio. Decisão do STF que restringiu operações policiais no RJ salvou 288 vidas. **Conjur**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-18/decisao-stfrestringiu-acoes-policiais-rj-salvou-288-vidas>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

OLIVEIRA FILHO, Roberto Gurgel. **Organizações Criminosas no Brasil**. 2012. 142 f. Dissertação (mestrado)- Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

SANTOS, Guilherme; TORRES, Leslie Leitão. Delegado diz que houve aumento de confrontos entre traficantes do RJ na pandemia; Defensoria nega. **G1**, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/08/delegado-diz-que-houve-aumentode-confrontos-entre-trafficantes-do-rj-na-pandemia-defensoria-nega.ghtml>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

SILVA, Camila Rodrigues et al. Número de Policiais mortos com Covid-19 é mais que o dobro dos que foram assassinados nas ruas em 2020. **G1**, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/04/23/numero-de-policiais-mortoscom-covid-19-e-mais-que-o-dobro-do-de-assassinados-nas-ruas-em-2020.ghtml>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.

VIDIGAL, Lucas. Crime Organizado mantém Brasil em Posição ruim no ranking que mede a paz no mundo; instabilidade política é preocupação mundial. **G1**, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/06/17/crime-organizado-mantem-brasil-emposicao-ruim-no-ranking-que-mede-paz-no-mundo-instabilidade-politica-e-preocupacaomundial.ghtml>>. Acesso em: 15 de nov. de 2021.



# O TRABALHO *HOME OFFICE* COMO ALTERNATIVA NA PANDEMIA DE COVID-19

## MARCOS ALEXANDRE COSTA DE SOUZA PÓVOAS

Mestre em Direito do Estado pela UGF/RJ. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UFBA. Procurador do Estado de Sergipe. Advogado Trabalhista.

## MILENY MERCOLI MONTENEGRO RODRIGUES

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail:montenegromileny@gmail.com.

### **Resumo:**

O objetivo geral do trabalho é apresentar como o trabalho *home office* foi aplicado como alternativa no Brasil no contexto de pandemia por Covid-19. Para que fosse elucidado o objetivo buscou-se desenvolver uma Revisão Literária contando com a análise de livros, artigos, leis, jurisprudências e doutrinas sobre o tema da aplicação de *home office* na pandemia de Covid-19. Dessa forma, entendeu-se que o *home office* é uma espécie de teletrabalho, sendo incluído na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) através da Reforma Trabalhista, Lei de nº 13.467/2017. Em sua definição é tido como a prestação de serviços, feita de modo preponderante, 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. Por conta da pandemia ocasionada pela Covid-19 e pela aplicação do isolamento social como forma de evitar a disseminação da doença, foram observadas diversas consequências econômicas e trabalhistas, como a necessidade de mudança do modelo de trabalho para diversos setores da economia, de presencial para remoto. Tendo em vista a situação de calamidade e a falta de legislações que tratem sobre a temática, foram editadas algumas Medidas Provisórias com a finalidade de se evitar demais consequências no âmbito trabalhista, tendo como principais a Medida Provisória nº 927 e a nº 1.046. Concluiu-se, portanto, que a aplicação do modelo de trabalho *home office* surgiu como uma importante medida na pandemia por Covid19, de modo que preveniu a elevação da taxa de contágio e auxiliou na continuidade da lucratividade das empresas.

Palavras-chave: Covid-19; *home office*; Teletrabalho.

## 1. INTRODUÇÃO

A Covid-19 é uma doença ocasionada pelo novo vírus SARS-Cov-2, encontrado pela primeira vez na cidade de Wuhan, no país da China, em dezembro de 2019. Pouco tempo depois já se observava as consequências da sua alta taxa de contágio, como alto número de infectados e de mortos em todo o mundo. Assim, observava-se a gravidade dessa doença respiratória, sem que houvesse, até o tempo, tratamentos efetivos para tratá-la. Por conta da sua alta taxa de transmissão e infecção, em combinação com o tempo alargado de aparecimento dos primeiros sintomas, em torno de 2 a 14 dias, houve o favorecimento para a elevada disseminação, suscitando à Organização Mundial de Saúde (OMS) a delimitação de uma pandemia (BELELI; FERREIRA, 2021).

Sendo assim, como alternativa para conter a disseminação do vírus, buscou-se adotar o distanciamento social, no entanto, da mesma forma que evitava o contágio, também gerava grande crise financeira no mundo todo (SILVA; SILVA, 2021). O distanciamento social provocou diversas dificuldades no âmbito empresarial, familiar e de trabalho, para isso, tivesse a necessidade da mudança de muitos trabalhadores para o modelo de teletrabalho, sendo uma de suas modalidades o de *home office*, tendo como pontos positivos a manutenção da produtividade e a salvaguarda da saúde dos funcionários de empresas ou órgãos públicos que aplicaram tal medida (CAMPOS, 2021).

A Organização Internacional do Trabalho afirmou que a pandemia obrigou diversos trabalhadores à utilizarem o modelo remoto de trabalho, e sem que houvesse nenhuma preparação prévia, tiveram que adequar seus lares para aplicá-lo, de modo que tiveram um tempo curto de adaptação para essa nova realidade (CAMPOS, 2021).

Conforme tratado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), no ano de 2020, em torno de 8,7 milhões de pessoas estavam trabalhando no modelo remoto, contando com cerca de 13% da população que trabalha, sem considerar os trabalhadores informais, no período de aplicação da medida de distanciamento social no país (NETO, 2020).

O teletrabalho, em geral, foi regulamentado a partir da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), conferindo-se, conforme o Art. 75-B, como a prestação de serviços fora das dependências do empregador, tendo o uso de aparatos de comunicação e de informação que, por suas características, não se apresentem como trabalho externo (RANDOW; TULER; OLIVEIRA, 2021).

O trabalho *home office* é uma das categorias de teletrabalho, sendo na qual os trabalhadores realizam suas atividades em casa, caracterizando-se como uma das formas mais utilizadas no tempo de pandemia por Covid-19 no Brasil, com observância às diversas medidas editadas nesse tempo e à Lei 14.020/2020, que regram o trabalho *home office*, com a orientação para empregadores e empregados, para que haja o funcionamento da atividade prestada e a preservação da saúde dos envolvidos externo (RANDOW; TULER; OLIVEIRA, 2021).

Em vista do que se foi exposto, levantou-se a seguinte problemática: como o trabalho *home office* foi aplicado, como maneira alternativa, para diversos trabalhadores no contexto de pandemia por Covid-19?

Dessa forma, o objetivo geral do trabalho é apresentar como o trabalho *home office* foi aplicado como alternativa no Brasil na pandemia por Covid-19. Em relação aos objetivos específicos: apresentar as características do teletrabalho e do trabalho *home office*; a aplicação obrigatória do trabalho *home office* no contexto de pandemia; as novas regulamentações sobre o tema criadas nesse período. A metodologia aplicada em face dessa pesquisa contou com o desenvolvimento de uma Revisão Literária, contando com a análise de livros, artigos, leis, jurisprudências e doutrinas sobre o tema da aplicação de *home office* na pandemia de Covid-19.

## **2 O TRABALHO HOME OFFICE**

O trabalho *home office* pode ser classificado como uma modalidade de teletrabalho, sendo realizado totalmente ou parcialmente na casa do empregado. O teletrabalho, em geral, também denominado de trabalho remoto, *home office*, telesubordinação ou teledisponibilida-

de foi assegurado pela Legislação Brasileira de maneira tardia. A sua primeira constatação no Ordenamento Jurídico do país foi por meio da alteração do Art. 6 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), estabelecendo um novo tipo de trabalho, através da Lei de nº 12.551, promulgada em 15 de dezembro de 2011 (LIMA, 2020).

Com base no dispositivo, entendeu-se que o empregado, ao realizar o trabalho fora do ambiente laboral, ou seja, em sua residência ou à distância, não prejudicaria a constatação da relação empregatícia. Ademais, também foi delimitado que o trabalho remoto se apresentava como espécie do trabalho à distância, isso porque, era realizado fora das dependências comerciais e torna necessário o uso de equipamentos tecnológicos para que seja realizado. Entretanto, na utilização do dispositivo para resolução de lides trabalhistas, a definição se tornava dúbia, pois abarcava tanto o trabalho realizado à domicílio, quanto o teletrabalho (LIMA, 2020).

Como forma de alterar essa ambiguidade, a Reforma Trabalhista, estabelecida pela Lei de nº 13.467/2017, promoveu a alteração do que se era disposto no Art. 6 da CLT, para que fosse assegurado um Capítulo específico sobre teletrabalho (STÜRMER; FINCATO, 2020). A legislação provocou o acréscimo dos artigos 75-A, 75-B, 75-C e 75-E. Trata a CLT, portanto, em seu Art. 75-B que esse tipo de trabalho é:

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.

O artigo apresenta que o empregado pode somente trabalhar um dia na sede comercial, mesmo assim se caracteriza como teletrabalho,



já que o dispositivo estabelece que a prestação de serviços deve se dar preponderantemente nas dependências do empregador, e não de maneira total. Além disso, não se pode confundir o trabalho externo com tal tipo especificado, já que o trabalho externo ocorre fora da sede do empregador sem que haja fixação do horário de trabalho (DUARTE, 2021).

No entanto, no regime de trabalho remoto, os empregados realizam suas atividades fora da sede empresarial, tendo a possibilidade de ser na forma de *home office*, com a utilização de dispositivos tecnológicos. É um trabalho que o empregado não é inserido fisicamente no espaço, mas sim, de maneira virtual (DUARTE, 2021).

O Art. 75-C da CLT dispõe que no contrato de trabalho deve estar expressamente delimitado o teletrabalho, determinando as atividades que serão realizadas pelo empregado, tendo a possibilidade de ser em termo aditivo de contrato, em que os polos da relação trabalhista estabelecem a forma de realização do trabalho na forma remota (REZENDE; APARECIDA, 2020).

Em outra perspectiva, a CLT trata em seu Art. 75-D, sobre o custeio de equipamentos necessários para a realização do trabalho remoto:

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.

Determina-se, dessa forma, que a referida legislação não estabeleceu o custeio dos equipamentos e insumos necessários do trabalho para o empregador, somente considerando a sua previsão em contrato escrito. Ou seja, não há formalização para destinação desses custeios, devendo o assunto ser discutido nessa relação trabalhista (DUARTE, 2021).

No que se relaciona à instituição dos empregados, por parte do empregador, como forma de evitar acidentes e patologias decorrentes da prática do trabalho, estabelece o Art. 75-E da CLT:

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.

Em relação ao que se estabelece no Art. 75-E, admite-se que possui pouca aplicabilidade, já que se torna difícil ou impossível a fiscalização nesse modelo de trabalho. O empregado deve assinar o termo com as instruções estabelecidas pelo empregador, e caso não ocorra, poderá ser demitido por justa causa. No entanto, caso o empregado assine, o patrão não se livra totalmente de sua responsabilidade por eventuais danos (LIMA, 2020).

Para que se estabeleça um acidente de trabalho, na perspectiva do trabalho remoto, devesse obter uma relação de causa e efeito entre a atividade do empregado e o acidente, também denominado de nexo causal (DUARTE, 2021).

Quanto à jornada de trabalho, garante a Constituição Federal de 1988, Art. 7, que é garantia do trabalhador urbano ou rural a duração da jornada de trabalho não ultrapassar oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, sendo facultativo a compensação de horário ou redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva. No entanto, a CLT dispõe em seu Art. 62 que não são considerados para essa regra os empregados em regime de teletrabalho, não ensejando também, o pagamento de horas extras por parte do empregador (MIRANDA, 2020).

Entretanto, sabe-se que atualmente podem existir formas de controle de jornada no teletrabalho, modificando apenas a forma de controle, de presencial para tecnológica. Alguns entendimentos já estabelecem que se for perceptível o controle da jornada pode-se ter

o reconhecimento de adicionais, como horas extras, intervalos ou adicionais noturnos (LIMA, 2020). O Tribunal Superior do Trabalho no Recurso de Revista de nº 8872120145120038:

CONTROLE DE JORNADA. POSSIBILIDADE. HORAS EXTRAS DEVIDAS. O mero exercício de atividade externa não induz, por si só, o enquadramento da hipótese na regra do art. 62, I, da CLT. Aliás, o entendimento uniformizado por esta Corte é de que, além de ser admissível o controle indireto da jornada de trabalho, basta a mera possibilidade de que tal controle seja exercido, para que se exclua a hipótese do dispositivo legal em questão. Logo, não é a ausência de fiscalização direta que caracteriza a exceção do art. 62, I, da CLT, e sim a impossibilidade de controle, hipótese não configurada no caso em análise, tendo em vista que a leitura do acórdão recorrido revela que a jornada de trabalho autoral era passível de fiscalização indireta, por meio dos Relatórios Semanais de Promotores de Vendas. Assim, constatada a possibilidade de controle, são devidas as horas extras pleiteadas. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 8872120145120038, relator: Delaíde Miranda Arantes, data de julgamento: 26/6/19, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/6/19)

Dentre as principais vantagens do teletrabalho podem ser citadas: evitar trânsitos, que geram desgaste físico e mental para o empregado, bem como, gasto de tempo, dinheiro e acidentes; torna fácil a prática de trabalho, possibilitando ao empregado a mobilidade quanto ao ambiente laboral; comodidade em relação à proximidade com a família; facilitou ainda mais a inclusão do portador de deficiências; possibilitou a realização do trabalho em pessoas com doenças infectocontagiosas; menos trânsito de pessoas na rua, contribuindo para os níveis de segurança pública; em relação ao empregador, tem-se a redução de gastos com vales ou aluguel, bem como, a possibilidade de contratar indivíduos de qualquer lugar do mundo (GOMES, 2021).

Em relação às desvantagens: pré-disposição à ocorrência de lesões de efeito repetitivo; o empregado fica mais suscetível à problemas na residência; contém menos acompanhamento e atenção do que os trabalhadores presenciais; diminuição da capacidade de resistência por parte dos trabalhadores; em detrimento dos empregadores, assume-se a dificuldade de supervisão e controle do trabalho, já que é à distância, gastos para adaptação de um novo local de trabalho, riscos em relação aos dados e segurança do empreendimento e dentre outras (LIMA, 2020).

### **3 A APLICAÇÃO DO HOME OFFICE COMO ALTERNATIVA NA PANDEMIA DE COVID-19**

A Organização Mundial de Saúde (OMS) tomou conhecimento no dia 31 de dezembro de 2019 dos casos de uma pneumonia na cidade de Wuhan, na China, sendo constatada como causa um novo tipo de coronavírus, que até a presente data não teria acometido nenhum ser humano. No entanto, já no dia 07 de janeiro pôde-se identificar que se tratava do novo tipo de coronavírus denominado SARS-CoV-2. Em 11 de março de 2020 a OMS tratou o surto da doença ocasionada pelo vírus como sendo uma pandemia mundial (MIRANDA, 2020).

Por conta do pouco conhecimento sobre o novo vírus e da sua alta taxa de contágio por todo o mundo, surgiram preocupações referentes tanto à saúde coletiva quanto na seara da economia. Isso ocorreu por conta da única forma aplicada de prevenção da doença, até então conhecida, o isolamento social (MIRANDA, 2020).

No ano de março, por meio do Decreto Legislativo de nº 6, estabeleceu-se no Brasil a situação de calamidade pública por conta da alta taxa de contaminação por Covid-19 no presente momento. Por meio dessa prerrogativa estabeleceu-se a limitação do convívio em sociedade, com a criação de diversas medidas por parte dos Estados e Municípios, asseguradas pela Lei de nº 13.979/2020, instaurando o isolamento social e quarenta com o objetivo de promover o bem da coletividade (SILVA; SILVA, 2021).

As medidas adotadas pelos Entes Federativos atingiram, principalmente, o âmbito econômico e as relações de trabalho, pois tornou-se necessário fechar temporariamente diversos comércios para prevenir a contaminação exacerbada. Empresas que já possuíam outras formas de trabalho, a exemplo do *home office* ou teletrabalho aplicaram-nas, e, algumas que não tinham preferiram alterar o contrato de trabalho para o modelo remoto, como forma de atenuar as consequências trazidas na pandemia (SILVA; SILVA, 2021).

Tratou a Organização Internacional do Trabalho (OIT) acerca do teletrabalho que antes era aplicado por um pequeno espaço de tempo, no entanto, na pandemia, observou-se que era utilizado em tempo integral para que não se deixasse de lado a produtividade e não ocasionasse o aumento da contaminação por Covi-19. Recomendou-se aos indivíduos que tivessem a possibilidade de realização do trabalho no modelo remoto o fizesse, englobando também àqueles que tivessem emprego temporário ou fossem estagiários (GOMES, 2021).

De acordo com dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2018, em torno de 3,8 milhões de indivíduos trabalhavam em sua residência (GOMES, 2021). Já em nova pesquisa, por meio do PNAD COVID-19, em novembro de 2020 o mesmo órgão apresentou que o número de pessoas que praticavam o trabalho de forma remota ultrapassava a marca de 7,9 milhões, com perspectiva de crescimento para o ano de 2021. Assim, a pandemia provocou a necessidade de modificar hábitos na economia, para que as empresas continuem lucrando da melhor forma que puderem (REZENDE; APARECIDA, 2020).

Nessa perspectiva, foi editada a Medida Provisória nº 927, datada de 22 de março de 2020, como forma de estabelecer alguns mecanismos trabalhistas no enfretamento da pandemia por Covid-19, estabelecida como um estado de calamidade pública no Brasil por meio do Decreto Legislativo de nº 6. Essa medida surgiu como uma das alternativas principais para conter as consequências geradas pela Covid-19 nas relações de trabalho (MIRANDA, 2020).

Na referida Medida Provisória tratava, principalmente, o Art. 4 e 5 sobre o regime de trabalho remoto no período de pandemia:

Art. 4º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho. § 1º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no **inciso III do caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.**

§ 2º A alteração de que trata o **caput** será notificada ao empregado com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico.

§ 3º As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho.

§ 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância:

I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou II - na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

Art. 5º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância para estagiários e aprendizes, nos termos do disposto neste Capítulo.

Aborda o caput do Art. 4 sobre a flexibilização da alteração do regime de trabalho, de presencial para o teletrabalho, tornando a prática mais fácil, já que na CLT se estabeleceu a precisão de acordo coletivo ou disposição em contrato individual (JORCELE; JUSSARA, 2020). Durante a vigência da Medida foi admitido que o empregador poderia alterar, de forma unilateral, o contrato de trabalho presencial para o remoto, e podendo avisar ao empregado a sua volta para o regime presencial sem que fosse necessário acordo individual ou coletivo, devendo, apenas, notificá-lo no prazo mínimo de 48 hrs, seja por meio escrito ou eletrônico (DUARTE, 2021).

Em detrimento do § 4º do mesmo artigo infere-se que a Medida Provisória específica, diferentemente do que faz a CLT em seu Art. 75-D, que fica a cargo do empregador o fornecimento dos equipamentos de trabalho, com base nas condições estabelecidas no dispositivo, e caso seja impossível a disposição, o período de jornada de trabalho deve ser computado como tempo de trabalho à disposição do empregador (JORCELE; JUSSARA, 2020).

No seu Art. 5 incluiu-se a possibilidade da realização do trabalho remoto por estagiários e aprendizes, caracterizando-se como uma novidade legislativa, no entanto, apenas dispõe sobre o fornecimento de equipamentos aos empregados. Dessa forma, entende-se que Medida Provisória é um aparato legislativo de eficácia imediata, com prazo de 60 dias desde a sua edição para perda de eficácia, se não convertida em lei, tendo a possibilidade de prorrogação do prazo por igual período se não houver votação encerrada no Congresso Nacional dentro do prazo (DUARTE, 2021).

Sendo assim, a Medida Provisória nº 927 teve seus efeitos no mundo jurídico até a data de 31 de dezembro de 2020, passando a valer, posteriormente a esse período, o que se previa na CLT nos Arts. 75-A, 75-B, 75-C e 75-E. Por conta da perda de vigência da Medida Provisória nº 927

editou-se uma nova Medida Provisória nº 1.046, datada de 28/04/2021, com período de 120 dias de vigência, estabelecendo a flexibilização de disposições trabalhistas sobre o teletrabalho, com texto bastante semelhante à com vigência anterior (REZENDE; APARECIDA, 2020).

Entendeu a Organização Internacional do Trabalho que a pandemia prejudicou as formas de sustento e o bem-estar de diversas pessoas em longo prazo. Assim, o trabalho *home office* surgiu como alternativa para superação da pandemia ocasionada pela Covid-19, não sendo somente aplicado nas relações trabalhistas dispostas na CLT, como também, nas relações empregatícias de órgãos públicos (REZENDE; APARECIDA, 2020).

#### **4 CONCLUSÃO**

Pode-se entender, portanto, que o artigo proporcionou a elucidação do tema da aplicação de *home office* na pandemia de Covid-19, como alternativa para diminuir as consequências referentes ao contexto econômico. Como também, delimitou as principais disposições estabelecidas pela Medida Provisória nº 927, principal medida aplicada para a problemática.

Entendeu-se, dessa forma, que o teletrabalho foi assegurado de maneira tardia na CLT, apenas incluído com previsão expressa na Reforma Trabalhista, Lei de nº 13.467/2017. Em sua definição é tido como a prestação de serviços, feita de modo preponderante, 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.

A modalidade de trabalho remoto já era aplicada no país, no entanto, por conta da pandemia causada pela Covid-19 e, principalmente, em detrimento das suas consequências econômicas geradas pela aplicação do isolamento social, esse tipo de trabalho foi disseminado, para que fosse evitado o contágio exacerbado e não perdesse a lucratividade das empresas.

Como a pandemia se apresentou como uma situação repentina e ensejou diversas modificações no Ordenamento Jurídico Brasileiro,



a Medida Provisória nº 927 surgiu como aparato legislativo principal para preceituar as relações de teletrabalho na pandemia por Covid19, especificamente no que diz respeito à disposição de equipamentos de trabalho por parte do empregador, sobre a flexibilização do contrato de trabalho presencial para remoto e entre outras disposições. No entanto, não está mais em vigência, sendo substituída pela Medida Provisória nº 1.046.

Conclui-se, dessa maneira, que o trabalho *home office* se apresentou como uma importante medida na pandemia por Covid-19, de modo que preveniu a elevação da taxa de contágio e auxiliou na continuidade da lucratividade das empresas.

## REFERÊNCIAS

BELELI, Noally Machado; FERREIRA, Gabriela Bastos Machado. Teletrabalho: pandemia de COVID-19 e as restrições a direitos fundamentais. **Revista Científica da Faculdade Quirinópolis**, v. 2, n. 11, p. 292-313, 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Planalto, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 16 de nov. de 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas 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), e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm)>. Acesso em: 16 de nov. de 2021.

CAMPOS, Adriany Gabriela Severiano. **Home office: ponto de vista do trabalhador na pandemia Covid-19**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

DUARTE, Roberto Carlos. O TELETRABALHO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, v. 3, n. 5, 2021.

GOMES, Giovana Portes. **A regulamentação do teletrabalho e a pandemia do COVID-19**. 2021. 21 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Maringá, 2021.

JORCELE, Côbo Aparecida; JUSSARA, Pedrosa Melo. **CONSIDERAÇÕES SOBRE O TELETRABALHO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19**. 2020. 16 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Uberaba, Uberaba, 2020.

LIMA, Hugo. **O TELETRABALHO E A PANDEMIA DO COVID-19**. 2020. 25 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020.

MIRANDA, Maria Isabel Ferreira. **O teletrabalho em tempos de pandemia: adaptações, direitos dos trabalhadores e o impactos gerados** pós período de calamidade pública. 2020. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021.

NETO, Pedro Luiz de Oliveira Costa. **UMA REFLEXÃO SOBRE A PRÁTICA DO HOME OFFICE NO CENÁRIO DA PANDEMIA COVID19. XI Encontro Nacional de Engenharia de Produção**, 2020. Disponível em: < <https://www.researchgate.net/profile/Rose-Kelly-Irene-Santos-DaMelicio/publication/347178512>>. Acesso em: 16 de nov. de 2021.

RANDOW, Giselle Leite Franklin Von; TULER, Luiza Carla Martins; OLIVEIRA, Rayani Tamila de Souza Amorim. **OS DESDOBRAMENTOS DO HOME OFFICE DURANTE A PANDEMIA: O NOVO AMBIENTE DE TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS. Anais da Noite Acadêmica**, v. 1, n. 1, 2021.

REZENDE, CAMILA; APARECIDA, AMABILY. **O TRABALHO EM HOME OFFICE E SUAS REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES DE EMPREGO**. 2021. 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Uma, Bom Despacho, 2021.

SILVA, Gustavo Martinato Gonçalves; SILVA, Ricardo Talles Cotta. **Teletrabalho no contexto da pandemia do covid-19**. 2021. 13 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Una de Betim, Betim, 2021.

STÜRMER, Gilberto; FINCATO, Denise Pires. **Teletrabalho e Covid 19. A pandemia do Covid 19 e os desafios para o direito**, 2020. Disponível em: < [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18756/2/Teletrabalho\\_e\\_Covid\\_19.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18756/2/Teletrabalho_e_Covid_19.pdf)>. Acesso em: 16 de nov. de 2021.

# O IMPACTO DA PANDEMIA NAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS BRASILEIRAS

## **MYLLENA REGINA MACIEL LUCENA**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: myllenamacielf8@outlook.com

## **THIAGO DE MENEZES RAMOS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor da Faculdade de Direito 8 de Julho. Professor substituto da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Pesquisador. E-mail: thiagomenezes1211@gmail.com.

### **Resumo:**

O ano de 2020 ficou marcado na história mundial pela pandemia da Covid-19. Diante deste cenário, em detrimento do isolamento social, as micro e pequenas empresas sofreram diversos impactos, uma vez que grande parte delas ficaram impossibilitadas de exercerem, plenamente, as suas atividades. Nesse sentido, o presente trabalho busca compreender o impacto que a pandemia trouxe no âmbito das micro e pequenas empresas, através de uma revisão bibliográfica com abordagem qualitativa, cujas principais informações e dados foram coletados do Sebrae, IBGE, legislações pertinentes ao tema e a doutrina. A presente pesquisa compreende o período de março de 2020 até setembro de 2021.

Palavras-chave: Coronavírus; crise; microempreendedor; negócios; pandemia.

## INTRODUÇÃO

No terceiro trimestre de 2019, a China tomou conhecimento de uma doença infecto contagiosa e de rápida transmissão, provocada pelo contato com o vírus denominado SARSCoV-2, popularmente conhecido por COVID-19.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), esse vírus impôs diversas mudanças nos hábitos da sociedade e trouxe consigo a necessidade de adoções urgentes para frear o contágio e a transmissão da doença. Por um lado, as orientações adotadas puderam contribuir para a redução da propagação do vírus, por outro, tais medidas causaram sérios impactos no ramo empresarial, principalmente, nos micro e pequenos negócios, em todo o Brasil.

Segundo a pesquisa do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae, 2020), na terceira semana de março, quando as restrições ainda estavam no início, os empresários já haviam declarado queda de 64% no faturamento.

Destaca-se que, as micro e pequenas empresas possuem extrema importância para a circulação de renda do país, tendo em vista a geração de empregos, com relevante participação na arrecadação de impostos e na composição do PIB brasileiro. Todavia, diante do agravamento da crise proporcionada pelo Covid-19, diversos micro-empREENhedores optaram por demissões em massa, a fim de reduzir custos com a folha de pagamento, encerrando, mesmo que provisoriamente, as suas operações.

Ademais, em busca de alternativas para regularização de suas atividades, tal como evitar a decretação da falência, muitos empresários optaram pela recuperação judicial. Posto que as pequenas empresas possuem a opção de um plano especial, que lhes permitem a concessão do instituto por meio de uma decisão proferida pelo juiz, com o benefício de parcelarem os débitos em divisões estabelecidas pelos próprios empresários, desde que não ultrapassem o limite de parcelamento previsto.

Diante dos desafios impostos às empresas, abre-se a questão de como os negócios irão continuar no cenário pós-pandemia. Nesse

sentido, a rápida capacidade de reação é necessária para acelerar as mudanças e dar continuidade as operações, com o mínimo de dano possível.

O Sebrae (2021), ao elaborar pesquisa sobre o impacto da pandemia nos pequenos negócios, identificou que o comércio eletrônico passou a ser utilizado como uma “tábua de salvação” dos efeitos da pandemia. De acordo com o estudo, a cada dez empresas, sete adotaram esse método de trabalho. Expõe que no mês de maio de 2020, no auge da pandemia, somente 59% das empresas comercializavam dessa forma, obtendo um crescimento significativo ao longo dos meses.

Em face disso, o presente artigo parte do seguinte questionamento: Em detrimento da pandemia, ocasionada pelo Covid-19, quais foram as implicações ocorridas no âmbito das micro e pequenas empresas brasileiras?

Para tanto, tem-se como objetivo principal realizar uma revisão bibliográfica para analisar os efeitos gerados pela coronavírus, na esfera empresarial.

Como objetivos específicos, o estudo busca discutir acerca da crise pandêmica, sob a ótica do empreendedorismo e dos desafios enfrentados pelas empresas; analisar o comportamento do consumidor diante desse cenário, bem como as demandas geradas ao setor empresarial, a partir disso.

O trabalho científico caracteriza-se pela exposição de determinado assunto, não podendo deixar de observar seus elementos estruturais, além da organização lógica e a objetividade.

## **EMPREENDEDORISMO**

O empreendedorismo surgiu, no Brasil, na década de 1990, por meio da criação de entidades como Sebrae e Sociedade Brasileira para Exportação de Software (SOFTEX), as quais possuem a finalidade de agregar suporte para quem tem a intenção de criar um empreendimento, ou até mesmo ingressar no ramo de consultorias, a fim de solucionar os problemas da jornada empreendedora (DORNELAS, 2016).

Drucker (2014) define o empreendedorismo como todo processo criativo ou inovador de iniciar um negócio e aperfeiçoar um empreendimento já existente. Nesse sentido, pode-se concluir que as pessoas que empreendem estão dispostas a assumir riscos e aproveitar oportunidades em diversos segmentos de mercado.

A presença dos micros e pequenos empresários são de extrema importância para o cenário econômico brasileiro. Destaca-se que, nos anos de 2020 e 2021 houve um crescimento considerável nesta categoria, que atualmente corresponde a 56,7% dos negócios em território nacional, segundo dados do Mapa de Empresas do Ministério da Economia.

Destaca-se que os pequenos negócios desempenham um papel de grande importância no desenvolvimento e crescimento econômico do país. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2014), apontam que as pequenas empresas são responsáveis por aproximadamente 60% dos empregos no Brasil e um terço da riqueza nacional provém dos micro e pequenos negócios.

## **ASPECTOS JURÍDICOS DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS**

A figura do microempreendedor se deu origem com a Lei nº 128/08, a qual objetivou afastar a informalidade de alguns trabalhadores que desempenhavam as atividades empresariais, sem dispor de amparo legal. Com isso, após a lei entrar em vigor, houve a formalização de milhões de pessoas declaradas como microempreendedores individuais.

Dentre os benefícios da formalização do MEI, tem-se o acesso à previdência social, auxílio-doença, auxílio maternidade, emissão de notas fiscais, redução do número de impostos e dentre outros (SEBRAE, 2021).

Diante disso, a Lei nº 155/2016 estabelece a classificação de cada categoria. O microempreendedor individual (MEI) é aquele cuja receita bruta anual é de até 81 mil reais, sendo qualificado como uma pessoa que trabalha por conta própria e se declara como um pequeno

empresário. Já a microempresa (ME) atinge uma receita bruta anual de até 360 mil reais, a qual possui sociedade simples e de responsabilidade limitada. A empresa de pequeno porte (EPP), por sua vez, possui receita bruta anual superior a 360 mil reais e igual ou inferior a 4 milhões e 800 mil reais.

Nessa perspectiva, a Lei Complementar nº. 123/2006, também conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, regulamenta o tratamento favorecido, simplificado e diferenciado a esse setor, como demonstrado abaixo:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

- ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;
- ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.
- ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Com isso, a finalidade é fomentar o desenvolvimento e a competitividade dos pequenos negócios e do microempreendedor individual (MEI), como estratégia de geração de empregos, distribuição de renda, inclusão social, redução da informalidade e o fortalecimento da economia.

Em paralelo a isso, o artigo 178, da Constituição Federal de 1988, serve de alicerce para a Lei Complementar nº 123/2006, nos seguintes termos:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (BRASIL, 1988, online).

Nesse contexto, nota-se o tratamento jurídico favorecido às empresas de pequeno porte, afim de evitar o informalismo das mesmas e promover justiça social. Sobretudo, evitar a burocratização para estimular o seu desenvolvimento.

## **O CENÁRIO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA PANDEMIA**

A priori, o que era para ter sido uma quarentena, evoluiu para o fechamento do comércio ou *lock down*, o qual, refletiu em diversos desafios para as micro e pequenas empresas. No que tange à questão econômica, as pequenas empresas, normalmente, não possuem tanto fôlego financeiro, de modo que são mais sensíveis pelo fato de possuírem capital de giro limitado.

Destaca-se que, as pequenas empresas, sejam formais ou informais, representam o trabalho de quase metade da massa de trabalhadores. Sendo assim, o seu fechamento implica em um alto índice de desemprego, o que afeta a sociedade e a economia do país como um todo.

Há também a questão da resistência e dificuldade em lidar com a tecnologia e as novas modalidades de trabalho. Nesse sentido, estudiosos da área são categóricos ao afirmar que as mudanças trazidas pela pandemia irão continuar sendo vistas mesmo com a retomada das atividades normais, sobretudo no comportamento dos consumidores, por cada vez mais optarem pelas compras através da internet.



O comércio eletrônico movimentou bilhões de dólares, e a expectativa é de que cresça exponencialmente. O ciberespaço prenuncia uma era em que o de compra e venda torna-se mais automatizado e conveniente. As empresas conectam-se entre si e com os clientes em uma rede virtual homogênea. A informação na Internet flui pelo planeta em um instante e sem custo. As partes vendedoras têm mais facilidade para identificar as melhores partes vendedoras e os melhores produtos. O tempo e a distância, que representaram grandes custos e barreiras comerciais no passado, encolhem imensamente. Os comerciantes que continuarem a vender nas formas antigas lentamente desaparecerão de cena (KOTLER, 2009, p. 257).

Para Mc Connell e Drennan (2006), empresas preparadas para momentos de crise, com práticas e políticas incorporadas em seu modelo de gestão, têm maiores chances de sobrevivência a longo prazo. Os autores, entretanto, não defendem que exista uma preparação ideal “pré-crise”, mas que empresas que dão alta prioridade às ameaças externas e traçam planos de contingência, tendem a serem menos afetadas.

## **REFLEXOS DA PANDEMIA NO COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR**

Diante de um cenário de incertezas sobre o tamanho e a duração da pandemia, as organizações precisam entender o comportamento do consumidor e, com isso, se adaptarem, a fim de atenderem as necessidades de acordo com cada perfil (Grewal, Motyka, & Levy 2018).

Segundo a Teoria Econômica, o comportamento do consumidor individual se baseia em um conjunto de variáveis que, naturalmente, podem afetar as suas escolhas. São elas: i. O preço do bem; ii. A renda do consumidor; iii. O preço dos bens substitutos; iv. O preço dos bens complementares; v. As preferências do consumidor e propaganda; vi. As expectativas do consumidor quanto aos preços no futuro; e, vii. A

tradição e os hábitos culturais (O'SULLIVAN; SHEFFRIN; NISHIJIMA, 2004).

Assim, quaisquer mudanças no comportamento dos consumidores tendem a provocar oscilações na demanda de quaisquer tipos de bens. No caso de pandemia, as pessoas passaram a buscar bens que lhes proporcionem uma situação de segurança frente ao problema.

Em condições normais, as preferências preexistentes dos consumidores determinariam suas decisões econômicas, uma vez que os altos riscos desapareçam. No entanto, as emoções modelam esse comportamento e interferem nas decisões, sobretudo, em eventos que não têm bases de comparação anterior.

A ameaça do vírus à saúde e às finanças afetaram as decisões e o bem-estar dos agentes econômicos. Como reflexo disso, as pessoas evitaram locais e serviços com maior circulação e passaram a poupar de forma precaucional, diante da probabilidade de perda do emprego ou de redução da renda (BITTENCOURT, 2021).

Nessa conjuntura, mudanças significativas ocorreram e a necessidade de se manterem ativas no mercado, fez com que as empresas encontrassem no e-commerce a ferramenta para alcançar o cliente, quando o distanciamento social implicou, por um longo período, o fechamento das atividades de comercialização físicas.

Segundo Kotler (2009, p. 73), o termo e-commerce significa uma ampla variedade de transações eletrônicas, como a entrega de encomendas a fornecedores via EDI (*Electronic Data Interchange*), funcionando por meio do fenômeno da conectividade.

De acordo com o site E-commerce Brasil (2020), os efeitos diretos da evolução do comércio eletrônico, virtude da pandemia, criou a necessidade da digitalização das empresas. Em 2019, o país dispunha de 26,93% de negócios no e-commerce, compostos por empresas de pequeno porte. No ano de 2020, os negócios representam 48,06% de lojas conectadas virtualmente para atender os consumidores.

Pesquisa realizada pela revista on-line Isto é Dinheiro (2020) demonstra o crescimento de oito setores, no âmbito das vendas on-line. Sendo o setor de Calçados (99,44%), Bebidas (78,90%),

Eletrodomésticos (49,29%), Autopeças (44,64%), Supermercados (38,92%), Artigos Esportivos (25,75%), Móveis e Decoração (23,61%) e Moda (18,38%).

Dados da Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (AB-Comm) estimam que, no ano de 2020, 20,2 milhões de consumidores realizaram uma compra on-line pela primeira vez e 150 mil lojas começaram a vender por meio das plataformas digitais. Foram mais de 301 milhões de negociações feitas pela internet, com um valor médio de R\$ 419.

## **GERENCIAMENTO DA CRISE PELOS MICROEMPRESÁRIOS**

De acordo com segunda edição da pesquisa “O impacto da pandemia de coronavírus nos pequenos negócios”, realizada pelo Sebrae, revela que essa circunstância mudou o funcionamento de 5,3 milhões de pequenas empresas no Brasil, o equivalente a 31% do total.

Ademais, outras 10,1 milhões, ou 58,9%, interromperam as atividades temporariamente.

Referente ao estudo, é possível perceber como as formas de atuação dos pequenos empreendedores estão se transformando diante da crise. Entre as empresas que continuaram funcionando, 41,9% delas realizam apenas entregas via atendimento online. Outros 41,2% estão trabalhando com horário reduzido, enquanto 21,6% estão realizando trabalho remoto.

Nesse cenário de vulnerabilidade, outra maneira encontrada pelos pequenos empresários, para não interromper o funcionamento, foi implementação de um rodízio de funcionários. Segundo a pesquisa, essa opção foi adotada por 15,3% das empresas. Já a implementação de um sistema de *drive thru* foi a alternativa para 5,9% delas.

Dentre as razões que levaram a suspensão das atividades, a pesquisa revela que 79% das empresas deixaram de funcionar por determinação do governo. Os outros 21% decidiram parar por motivo próprio.

Os fatores relacionados ao ramo de atuação e adesão à tecnologia beneficiam os negócios que conseguem progredir de forma digital.

Portanto, conclui-se que a principal saída que assegura a conservação das micro e pequenas empresas, diante do contexto de crise gerada pelo Covid-19, é a transformação digital aliada à escolha de boas práticas de gestão, que incluem o conhecimento das necessidades e desejos dos clientes em um cenário que alterou o comportamento de consumo.

Em busca de novas alternativas, os microempreendedores tiveram que se adequar à nova realidade. Como exemplo dessa adaptação, o setor de vestuário no Brasil teve a sua produção afetada em meio a pandemia, e então passaram a produzir máscaras de tecido, item que se tornou obrigatório em todo o país.

A conectividade é um fator que colaborou nesse processo, afinal o consumo online deixou de ser mera comodidade e facilidade e se tornou algo necessário diante da nova realidade. Com isso, fazer parte do mercado digital passou a ser primordial para sobrevivência da empresa, bem como para suprir as necessidades do mercado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a chegada da pandemia de Covid-19 ao Brasil, a maioria das empresas, em especial os micro e pequenos negócios, tiveram as suas operações de serviços interrompidas temporariamente, outras encerradas em caráter definitivo, uma vez que não tiveram condições de arcar com as demandas financeiras da atividade. Logo, medidas foram tomadas na tentativa de reduzir o dano ocasionado.

Conforme visto no presente artigo, a participação das pequenas empresas no contexto da economia brasileira é de grande importância, pois além da geração de emprego e renda, também é uma alternativa para aqueles que possuem dificuldade em encontrar um emprego formal.

Conclui-se que, perante a mudança no comportamento do consumidor, a adesão à tecnologia e a implementação de práticas de gestão são cruciais diante da nova realidade. Dado o aumento do número de usuários de e-commerce, no país, os microempresários tiveram que se adaptar ao modelo de consumo.

Em suma, é indubitável que as micro e pequenas empresas configuram elementos fundamentais no sistema socioeconômico brasileiro. Desse modo, manter a sua funcionalidade, dentro da nova realidade, significa cumprir o seu papel social, mitigando os efeitos gerados pela pandemia da Covid-19.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Complementar nº 123. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. 14 de dezembro de 2006.**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm).

Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 128. Institui o microempreendedor individual.**

19 dez. 2008. Disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp128.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm).

Acesso em: 11 nov. 2021.

BITTENCOURT, Viviane Seda. Comportamento dos consumidores no pós pandemia e as perspectivas para o turismo. **FGV**, 2021. Disponível em: [https://blogdoibre.fgv.br/posts/comportamento-dos-consumidores-no-pos-pandemia-eperspectivas-para-o-turismo#\\_ftn1](https://blogdoibre.fgv.br/posts/comportamento-dos-consumidores-no-pos-pandemia-eperspectivas-para-o-turismo#_ftn1). Acesso em: 13 nov. 2021.

DE OLIVEIRA PRADO, Tania Silva; JAUHAR, Jorge. E-commerce e sua evolução no período de pandemia. In: **Congresso de Tecnologia-Fatec Mococa**. 2021.

DORNELAS, José Carlos Assis. **Empreendedorismo: Transformando ideias em negócios**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

DRUCKER, Peter F. **Inovação e Espírito Empreendedor**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

E-COMMERCE BRASIL. Impulsionada pela pandemia, expansão do e-commerce chega a 40% ao ano. **E-commerce Brasil**, 2020. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/impulsionada-expansao-ecommercecoronavirus/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

Grewal, D., Motyka, S., & Levy, M. (2018). The evolution and future of retailing and retailing education. **Journal of Marketing Education**, 40(1), 85-93.

ISTO É DINHEIRO. Pandemia do coronavírus faz e-commerce explodir no Brasil. **Istoé Dinheiro**, 2020. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/pandemia-do-coronavirusfaz-e-commerce-explodir-no-brasil/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

KOTLER, P. **Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar o mercado**. São Paulo: Ediuouro, 2009.

KOTLER, Philip. **Marketing para o século XXI**: como criar, conquistar e dominar mercados. São Paulo: Edioro, 2009. Disponível em: [https://www.academia.edu/36208107/Marketing\\_para\\_o\\_S%C3%A9culo\\_XXI\\_Como\\_Criar\\_Conquistar\\_e\\_Dominar\\_Mercados\\_livro\\_Kotler\\_Philip\\_pdf](https://www.academia.edu/36208107/Marketing_para_o_S%C3%A9culo_XXI_Como_Criar_Conquistar_e_Dominar_Mercados_livro_Kotler_Philip_pdf). Acesso em: 12 nov. 2021.

O'SULLIVAN, A.; SHEFFRIN, S. M; NISHIJIMA, M. **Introdução à economia**: princípios e ferramentas. São Paulo: Pearson Education Prentice Hall, 2004.

MCCONNELL, Allan; DRENNAN, Lynn. MISSION IMPOSSIBLE? Planning and preparing for crisis. *Journal of Contingencies And Crisis Management*, Reino Unido, v. 14, n. 2, p. 5970, jun. 2006.

SEBRAE. O impacto da pandemia de coronavírus nos pequenos negócios. **Portal Sebrae**, 2020. Disponível em: <https://m.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-impacto-dapandemia-de-coronavirus-nos-pequenosnegocios,192da538c1be1710VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 14 nov. 2021.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Conheça as vantagens e obrigações de ser um MEI. **Portal Sebrae**, 2021. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ac/artigos/conheca-as-vantagens-eobrigacoes-de-ser-um-mei,ed71c306d70db710VgnVCM100000d701210aRCRD/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

# O AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO CONTEXTO PANDÊMICO

## **ANTÔNIO WELLINGTON BRITO JÚNIOR**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Delegado de Polícia Judiciária no Estado de Sergipe. E-mail: [wbritojunior@gmail.com](mailto:wbritojunior@gmail.com).

## **VITÓRIA MENEZES SANTOS**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: [vitoriamenezes9@gmail.com](mailto:vitoriamenezes9@gmail.com).

### **Resumo:**

O artigo desenvolvido tem como principal objetivo apresentar a relação existente entre o aumento da violência contra a mulher e a pandemia de Covid-19. Para o seu desenvolvimento foi utilizado como método a Revisão Bibliográfica e documental sobre o aumento da violência doméstica no contexto pandêmico, realizando o estudo de legislações, artigos e livros e afins que tratassem sobre o tema. A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) definiu como sendo violência doméstica a violência sexual, patrimonial, moral, física e psicológica no âmbito doméstico. Em vista disso, observou-se que a violência contra a mulher não é um fato novo e cresce dia após dia, sendo observado um aumento drástico na pandemia por Covid-19, em razão, por grande parte, do isolamento social, principal medida utilizada no combate da doença. Assim, foram tidos diversos condicionantes que ensejaram o aumento dos casos, a exemplo do pouco contato com familiares e amigos, por parte da mulher; valor financeiro limitado; restrições impostas pelo agressor em casa; aumento do consumo de bebidas alcoólicas ou ilícitas; fatores sociais, como gênero e raça. Entendeu-se, dessa forma, que eram necessárias medidas mais brandas, por parte do Estado para impedir esse aumento de casos, com respaldo principalmente à Lei 14.022/2021, como a adoção de canais de atendimento, inclusive na rede social WhatsApp e por meio do aplicativo Direitos Humanos Brasil; especialização e prontidão no atendimento de denúncias às Delegacias; e realização de campanhas para incentivar a denúncia e apoio à mulher agredida. Palavras-chave: Covid-19; Mulher; Violência Doméstica.

## INTRODUÇÃO

O coronavírus se apresenta como uma patologia que atinge o sistema respiratório, sendo seus sintomas correspondentes de um simples resfriado até complicações mais graves, a exemplo de síndromes respiratórias. Como também, a doença possui alta taxa de contágio, razão pela qual foi estabelecida uma pandemia a nível mundial (BEZERRA *et al.*, 2020).

Conforme o vírus foi se espalhando ao redor do mundo foram tidos como principais sintomas: em casos leves e moderados, complicações no trato respiratório, febre, tosse, perda do olfato e paladar; e em casos mais graves, síndrome respiratória aguda grave, pneumonia, insuficiência renal, tendo a possibilidade, inclusive, de óbito. No Brasil, o primeiro caso a ser identificado foi em São Paulo, no dia 26 de fevereiro de 2020, e, posteriormente, o vírus tem se espalhado de maneira drástica, ocasionando diversas consequências (BEZERRA *et al.*, 2020).

Com a alta taxa de transmissão da doença no Brasil e no mundo foram adotadas medidas para conter o avanço desse novo vírus, tendo como principais o isolamento de possíveis casos e o distanciamento social, como forma de diminuir a taxa de contaminação e evitar a sobrecarga dos serviços públicos de saúde. Contudo, essas medidas têm gerado consequências drásticas para a economia e para a vida em sociedade, que tiveram maior destaque por conta da administração de poucas políticas governamentais para apoio de classes mais vulneráveis (SILVA *et al.*, 2021).

Sendo o isolamento social uma das principais ações adotadas pela comunidade científica para conter o avanço da Covid-19, constatou-se que desencadeou em mudança radical no cotidiano familiar, e, assim que a pandemia eclodiu, foi logo perceptível o aumento nos casos de violência doméstica contra mulheres (GOMES, 2020). O aumento foi tão significativo, que dados levantados entre o período de março e abril do ano de 2020, houve o aumento de 5% de casos de feminicídio no país, comparando com os casos de 2019 em mesmo período (BEZERRA *et al.*, 2020).



Em vista disso, a violência contra a mulher não é considerada como um fato novo, existindo desde os primórdios da humanidade. Caracteriza-se por qualquer forma de violação, com base no gênero, que provoque a morte ou qualquer dano físico, sexual ou psicológico para a mulher, seja no âmbito público ou privado (SOUSA; SANTOS; ANTONIETTI, 2021).

No Brasil, a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) surge como parâmetro para a proteção das mulheres em face do acontecimento de fatos de violência (SANTOS *et al.*, 2020). A normativa faz a consolidação das formas e meios para o combate à violência na família e doméstica contra a mulher (LIMA *et al.*, 2020).

Entende-se, portanto, que tratar do assunto torna-se de extrema importância pois contém grande destaque para os âmbitos social, jurídico e acadêmico, já que se apresenta como um tema atual e bem definido (ABREU, 2021). Dessa forma, compreende-se como problemática deste artigo: como a aplicação do isolamento social contribuiu para o aumento da violência doméstica contra a mulher no contexto pandêmico?

Considerando tal problemática suscitada, o artigo desenvolvido tem como principal objetivo apresentar a relação existente entre o aumento da violência contra a mulher e a pandemia de Covid-19. Ademais, estipularam-se como objetivos específicos: conceituar e classificar a violência doméstica contra a mulher; apresentar legislações relacionadas acerca do tema; apresentar as principais medidas aplicadas no enfrentamento desse desafio no contexto pandêmico.

Acerca da abordagem metodológica contou com a qualitativa, tendo em vista que não se busca obter resultados numerosos e como método da pesquisa foi utilizado a Revisão Bibliográfica e documental sobre o aumento da violência contra a mulher na pandemia por Covid-19 nas bibliotecas digitais Google Acadêmico e SciELO; em livros e documentos; como também, análise de legislações relacionadas ao tema, tendo como principal a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

## **A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS**

O patriarcado é uma prática disseminada no meio social que se refere à discriminação no meio social entre sexos biológicos e se evidencia por meio do desmerecimento da mulher em detrimento do homem. Pode-se afirmar que esse fato, embora tenham surgido avanços nos direitos das mulheres, lesa a vida destas em diferentes perspectivas, a exemplo da vivência doméstica ou no trabalho. Dessa forma, o patriarcado fundamenta-se no entendimento que o poder dos homens, como categoria na sociedade, aduz a um valor maior das suas ações em comparação às das mulheres (GOMES, 2020).

Assim, a violência contra a mulher corresponde à maneira padronizada de desigualdade de gênero, desfavorecendo nesse polo a figura feminina, sendo esse tipo de violência a forma mais brutal de sua exteriorização (PEREIRA, 2020). A desigualdade de gênero, no âmbito da violência doméstica, tem como base a inferioridade da mulher em face de relações consanguíneas, parentais, de afetividade ou afinidade. Dessa forma, o agressor se vale de alguma ou algumas dessas relações para que se mantenha no poder de superioridade (CARVALHO, 2020).

No Brasil, foi avaliada uma pesquisa pela Fundação Perseu Abramo, acerca dos quantitativos da violência doméstica no país no ano de 2010. Foi apresentado que cerca de 35% das mulheres já teriam sofrido algum tipo de violência por parte de homens, sendo o agressor, em 80% dos casos analisados o parceiro conjugal, seja atual ou ex. Além disso, em uma lista com 84 países, o Brasil ocupa o 7º lugar em pesquisa acerca de homicídios contra as mulheres, sendo que 68,8% destes ocorreram em âmbito doméstico; e, em homicídios compreendidos na faixa etária entre 20 e 49 anos, em torno de 65% foram efetivados por parceiros conjugais (BARBOSA; VALVERDE, 2020).

Embora a discussão dessa problemática seja essencial, por muitos anos a legislação foi omissa quanto aos direitos femininos, ficando a cargo do judiciário, em casos de violência contra a mulher, a apli-

cação da Lei 9.099/1995, sendo esses delitos levados para apreciação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, destinados aos julgamentos de crimes com menor potencial ofensivo, com penas inferiores a um ano (TEIXEIRA *et al.*, 2021).

Dessa forma, tornou-se necessário, mesmo ainda que tarde, a sanção de uma legislação específica para tratar acerca da violência doméstica, denominada de Lei Maria da Penha, Lei de nº 11.340/2006, em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, mulher que sobreviveu mesmo após vários episódios de violência doméstica por parte de seu ex-companheiro, ganhando notoriedade por conta da levada do caso à Comissão Internacional de Direitos Humanos em razão da omissão estatal em suas denúncias (ABREU, 2021).

A Lei 11.340/2006 trata em seu Art. 5º que a violência doméstica pode ser configurada como: “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (...)”. Trata ainda, em seus incisos I, II e III, no mesmo artigo, que pode ocorrer na unidade doméstica, no âmbito familiar ou em qualquer outro tipo de relação de afeto.

A mesma legislação ainda define, em seu Art. 7º, as cinco formas de violência contra o sexo feminino, a física, psicológica, sexual, patrimonial e moral:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua

intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Conforme abordado por Barbosa e Valverde (2020), as intervenções previstas pela Legislação exemplificada são delimitadas em três eixos de aplicação. O primeiro eixo é entendido como a aplicação das sanções penais, a dizer da retomada do inquérito policial; prisões em flagrante, preventiva ou para execução da pena; a restrição da representação penal para alguns crimes; a não aplicação do que se é estabelecido na Lei 9.099/1995 para os crimes correspondentes à violência no âmbito doméstico e familiar contra a figura feminina.

Trata ainda Barbosa e Valverde (2020) que se tem como segundo eixo a adoção de medidas protetivas de urgência, em face do agressor, com o objetivo de resguardar os direitos da mulher, bem como a sua integridade nas perspectivas: moral, física, psicológica e patrimonial. Como também, fazem parte desse eixo as medidas que visem dar

assistência para mulher em sua totalidade. Ao terceiro eixo são compreendidas as ações referentes ao amparo e educação, de modo que ensejem o impedimento, de maneira imediata, da violência.

Por outro lado, pode ainda ser citada a Lei do Feminicídio, Lei 13.104/2015, que promulga acerca do crime de homicídio doloso de mulher pelo fato da sua condição feminina, que altera o Código Penal de 1940, sendo antes julgado o feminicídio como homicídio comum, assim como previsto no Art. 121 do Código.

A lei supracitada altera o Código Penal, acrescentando o tipo penal como mais uma hipótese de homicídio qualificado, previsto no § 2º do Art. 121. Em seu § 2º -A trata que, para que tenha incidência o crime, deve decorrer do fato de violência doméstica ou familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Tendo como causas de aumento de pena de 1/3 até a metade, em casos previstos no § 7º: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima. A normativa também altera a Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072/1990, determinando o feminicídio como crime hediondo.

Desde essa preocupação jurídica maior com o tema, com a sanção das determinadas leis, foram realizadas diversas ações pelo Estado com a finalidade de atenuar os índices da violência estudada, sendo as principais: a criação da Política Nacional de Enfrentamento à violência Contra as Mulheres, com medidas que visam a prevenção e combate, preservação de direitos, prestação de assistência às vítimas e análise da aplicação das ações; aplicação do projeto

“Mulher: Viver sem Violência”, com a criação de casas especializadas para acolher e atender as vítimas de violência doméstica (MACIEL *et al.*, 2019).

## **AUMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA PANDEMIA POR COVID-19**

A Organização Mundial de Saúde, ao final de 2019, foi alertada acerca da presença de uma síndrome gripal, até então desconhecida como Covid-19, em uma pequena cidade chinesa. Logo ao começo de 2020 constatou-se que essa síndrome gripal correspondia a doença Covid-19, se apresentando já nessa época como uma emergência de saúde pública de nível internacional, tornando-se pandemia em meados de março de 2020, por conta do seu alto contágio (TEIXEIRA *et al.*, 2021).

A Organização Mundial de Saúde também estabeleceu como medida essencial para conter o avanço da pandemia, por conta do alto nível de contágio da doença, a admissão do isolamento social, como forma de reduzir o número de infectados e evitar a lotação de hospitais e afins, sendo autorizada no Brasil através da criação da Lei da Quarentena, Lei 13.979/2020 (CARVALHO, 2020).

Dessa forma, com o avanço da doença e adoção do isolamento social, foi percebido além do aumento de casos da doença, aumento no número de mortes, da possibilidade de saturação dos sistemas de saúde e dos efeitos no âmbito econômico, consequências sociais e jurídicas, como o aumento da violência doméstica no país (TEIXEIRA *et al.*, 2021).

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Declaração 1/20, datada de 09 de abril de 2020, alertou aos países sobre a obrigação de garantir os direitos humanos em face da pandemia por Covid-19. E, corroborando tal texto, pode-se aludir a importância do Estado no que concerne à garantia dos direitos das mulheres, bem como a adoção de medidas que visem prevenir e combater casos de violência contra estas, em especial a doméstica, tendo em vista a aplicação do isolamento social por todo o mundo (ABREU, 2021).

Em quantitativos observados no Brasil, conforme dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, percebeu-se um aumento de 14,1% na quantidade de denúncias feitas nos quatro primeiros meses

de pandemia em detrimento do ano de 2019. Outrossim, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), o número de ocorrências de violência doméstica no período pandêmico triplicou em relação aos anos anteriores (PEREIRA, 2020). Tratou também o Fórum citado que os casos de feminicídio tiveram aumento em torno de 22% entre os meses de março e abril, no comparativo do mesmo período em relação ao ano de 2019 (CARVALHO, 2020).

Ainda trata o FBSP que houve a diminuição de medidas protetivas de urgência, sendo explicado pelo medo de contágio por parte das mulheres, bem como pela diminuição dos serviços de atendimento ao público, ocasionando no decréscimo da procura de serviços que precisem da presença física. Essa quantidade deve-se ao fato de que os sistemas de denúncia não estavam preparados e modificados para o novo contexto de pandemia, aumentando assim a procura para denúncias através de meios remotos (GOMES, 2020).

A diretora do FBSP, em entrevista recente, afirmou que discussões entre casais nas redes sociais aumentaram em torno de 432% durante o período de pandemia, mas não se consideraram como denúncias, sendo tratadas como subnotificações (TEIXEIRA *et al.*, 2021). Ademais, foi observado também que por conta das medidas de isolamento e de, na maior parte dos casos, o autor das agressões permanecer na residência, resulta na diminuição na quantidade de busca de auxílios por parte das mulheres lesadas, de modo que várias destas não formalizam denúncia, tendo os casos que também serem subnotificados (CARVALHO, 2020).

É tido que os dados apresentados são apavorantes, de modo que a Organização Mundial de Saúde necessitou orientar aos países que tratassem o tema com maior cuidado, tendo em vista que não era um problema recente, mas que se agravou com o isolamento, principalmente falta de dinheiro e do convívio integral com a família. Determinantes como a falta de dinheiro, a pobreza e interferem negativamente nos conflitos de família (BEZERRA *et al.*, 2020).

Como também, trata Bezerra *et al.* (2020, p. 481) sobre as principais condicionantes do aumento de violência doméstica em tempos de pandemia:

- (i) A mulher ter pouco contato com seus amigos e familiares: esse afastamento favorece a ocorrência de situações de violência;
- (ii) Homem ou mulher pode ter os valores financeiros limitados por algum motivo: isso ocasiona o aumento do estresse, de conflitos e casos de violência;
- (iii) Agressores podem usar das restrições para aumentar o controle de suas parceiras: dessa forma limita as suas chances de procurar apoio e proteção contra possíveis situações de violência;
- (iv) Aumento do consumo de substância alcoólicas ou ilícitas durante a quarentena: pode elevar as chances de ocorrer violência contra as mulheres;
- (v) O fato do acesso aos órgãos públicos estarem limitados por causa das medidas restritivas para evitar a propagação do coronavírus: reduz as chances da mulher obter apoio ou proteção estatal; e
- (vi) Fatores como condição financeira, classe social, idade, cor da pele, orientação sexual e gênero: deixam certas mulheres mais suscetíveis a serem vítimas de violência, e, por vezes, impedem que está se distancie dos agressores por falta de apoio ou recursos.

Outrossim, outra condicionante que pode ser citada é o cuidado excessivo com filhos por parte da mulher, se houver, já que por grande parte da pandemia não tinha a rotina escolar, e, também, os trabalhos domésticos, tornando mais dificultosa a aptidão de fugir do agressor. Idem para a dependência financeira em relação ao agressor, em razão da situação crítica da economia no país, que gerou falta de emprego e renda, acarretando na menor chance de a mulher romper a situação de violência (BARBOSA; VALVERDE, 2020).



## **PRINCIPAIS MEDIDAS APLICADAS NO BRASIL PARA O ENFRENTAMENTO DO AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO CONTEXTO PANDÊMICO**

As medidas de intervenção aplicadas no Brasil frente ao aumento da violência doméstica na pandemia se apresentam como forma de analisar a relação desse contexto com o tipo de violência delimitada por este trabalho. Surgiram a partir de março de 2020, no país, ações correspondentes a tal, por parte do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, de maneira que pretendiam: dar continuidade ao serviço de atendimento para a mulher, a realização de campanhas para incentivar as denúncias, e criação de comitês para o combate da problemática (CARVALHO, 2020).

Com a sanção da Lei 14.022/2021, foi estabelecido no país algumas formas de combate à violência contra mulheres, crianças, pessoas com deficiência, idosas e adolescentes na pandemia. A legislação surge com o intuito de modificar a Lei 13.979/2020, conservando as medidas já estabelecidas e estabelecendo novas formas de apoio para esses indivíduos, como a possibilidade de denúncia por telefone ou por aplicativos e canais *online* (BARBOSA; VALVERDE, 2020).

Ademais, a referida Lei surge também para evitar em casos envolvendo algum desses grupos: a suspensão de prazos processuais, a possibilidade de disposição de medidas protetivas de forma *online* ou presencial, como também, a ampliação, de maneira automática, dessas medidas protetivas já instauradas anteriormente (TEIXEIRA *et al.*, 2021).

Com o objetivo de elevar a quantidade de denúncias e possibilitar a disposição de outros canais de atendimento, a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos promoveu a divulgação de canais de atendimento como o Dique 100, para Direito Humanos e o Ligue 180, Central de Atendimento à Mulher. Além disso, foi criado o aplicativo Direitos Humanos Brasil, com a finalidade de receber, ouvir e encaminhar denúncias de casos referentes à violação de direitos humanos (ESPÍRITO SANTO; SOUZA, 2021). O aplicativo permite a realização de

denúncias de forma *online*, permitindo também a inclusão de anexos, como fotos, vídeos que podem servir como prova documental (TEIXEIRA *et al.*, 2021).

A partir de outubro de 2020 o Disque 100 e o Ligue 180 tiveram contas criadas no aplicativo WhatsApp, para o recebimento de denúncias ou atendimento em si. Após entrar em contato, o cidadão recebe uma mensagem automática e pode ser redirecionado para uma pessoa responsável da equipe da central, sendo a denúncia estudada e, posteriormente, encaminhada aos órgãos competentes. Até o final do ano de 2020 as denúncias nesses canais de atendimento ultrapassaram a marca de 37 mil (ESPÍRITO SANTO; SOUZA, 2021).

Em relação ao auxílio à mulher vítima de violência doméstica para a instauração de denúncia, para que se torne mais eficiente, buscaram alguns Estados oferecer atendimento 24 horas em Delegacias Especializadas, para que se concretize o que é estabelecido pela Lei Maria da Penha em relação ao atendimento policial, que seja especializado e ininterrupto. Além do mais, em São Paulo, por exemplo, foi criada a “Patrulha Maria da Penha” como forma de monitorar mulheres que sofrem ou sofreram violência doméstica (TEIXEIRA *et al.*, 2021).

Por outro lado, com o objetivo de tornar mais fácil as denúncias, O Conselho Nacional de Justiça e a Associação dos Magistrados Brasileiros criaram a campanha denominada de “Sinal Vermelho para a Violência Doméstica”. A campanha compreende a possibilidade de auxílio para denúncia de violência doméstica em farmácias, tendo a necessidade somente da mulher aparecer com um “X” na mão (MEIRA, 2020).

## CONCLUSÃO

Com base no que foi exposto, foi identificado que a violência doméstica no Brasil e no mundo é atemporal, de modo que não surgiu nos tempos atuais, é fruto de uma sociedade patriarcal que discrimina as mulheres em relação ao homem. Contudo, no país, até 2006, a

violência doméstica era tratada como um crime de menor potencial ofensivo, com pena de até um ano.

Foi a partir da sanção da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) que foram estabelecidos alguns parâmetros sobre a violência doméstica, mesmo que de forma tardia. Sendo assim, conforme à Lei supracitada, a violência doméstica é toda violência ocorrida contra a mulher na perspectiva psicológica, sexual, patrimonial, física e moral.

No entanto, embora esse fenômeno não seja novo, por conta da pandemia por Covid-19 foi percebido que os casos dessa violência aumentaram, bem como a quantidade de denúncias. Isso ocorreu, sobretudo, em decorrência da aplicação do isolamento social, determinado por conta da alta taxa de contágio da doença, ocasionando em consequências diretas para a mulher e agressor, que favorecem o acontecimento da violência, a dizer das principais: do pouco contato com familiares e amigos, por parte da mulher; valor financeiro limitado; restrições impostas pelo agressor em casa; aumento do consumo de bebidas alcoólicas ou ilícitas; fatores sociais, como gênero e raça.

Dessa forma, entende-se a importância de implementação de medidas mais brandas nesse contexto de pandemia aplicadas à violência contra a mulher. Sendo assim, foram identificadas diversas ferramentas aplicadas no Brasil para o enfrentamento do aumento de casos de violência doméstica contra a mulher, principalmente respaldadas pela Lei 14.022/2021, como a adoção de canais de atendimento, inclusive na rede social WhatsApp e por meio do aplicativo Direitos Humanos Brasil; especialização e prontidão no atendimento de denúncias às Delegacias; e realização de campanhas para incentivar a denúncia e apoio à mulher agredida.

Conclui-se, portanto, que o Estado deve possibilitar a criação e ampliação de medidas mais eficazes para atenuar os casos de violência no contexto pandêmico, monitorando a aplicação efetiva da Lei Maria da Penha e adequando o atendimento para o contexto de pandemia, de modo a facilitar o processo de denúncia por meio *online* e promover o fortalecimento das medidas presenciais.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Octavio Almeida de. **Feminicídio em tempos de pandemia**: as medidas propostas para o combate à violência contra a mulher. 2021. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

BARBOSA, Thayna Ramos; VALVERDE, Thaianna de Souza. **O enfrentamento à violência doméstica contra mulher no contexto de pandemia**. 2020. 25 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2020.

BEZERRA, Catarina Fernandes Macêdo et al. Violência contra as mulheres na pandemia do COVID-19: Um estudo sobre casos durante o período de quarentena no Brasil/Violence against women during the COVID-19 pandemic: A study of cases during the quarantine period in Brazil. **ID on line Revista de Psicologia**, v. 14, n. 51, p. 475-485, 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Brasília, DF. 2006. Ago. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20042006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 04 de nov. de 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.104, de 9 de Março de 2015**. Feminicídio. Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm)>. Acesso em: 04 de nov. de 2021.

CARVALHO, Flávia Soares Machado. **Reflexos da Pandemia Pela Covid-19 no Enfrentamento à Violência Doméstica Contra as Mulheres**. 2020. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Lavras, Lavras, 2020.

ESPÍRITO SANTO, Alléxis Félix Rodrigues do; SOUZA, Josiene Aparecida. Aumento da Violência Doméstica e Familiar Contra as Mulheres em Tempos de Pandemia. 2021. **Diálogos Internacionais da FDCL**, v. 4, n. 1, p. 7-22, 2021.

GOMES, Kyras Silva. Violência contra a mulher e Covid-19. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 20, n. 224, p. 119-129, 2020.

LIMA, Andréa Maria Eleutério de Barros et al. Violência contra a mulher em tempos de pandemia da COVID-19 no Brasil. **Revista Enfermagem Atual In Derme**, v. 93, p. e020009-e020009, 2020.

MACIEL, Maria Angélica Lacerda et al. Violência doméstica (contra a mulher) no Brasil em tempos de pandemia (covid-19). **Revista Brasileira de Análise do Comportamento**, v. 15, n. 2, 2019.

MEIRA, Wanessa Souza. **A pandemia de covid-19 e o isolamento social: aumento de violência doméstica contra a mulher**. 2020. 37 f. Trabalho de

Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Curso de Direito, Faculdade Cesmac do Agreste, Arapiraca-AL, 2020.

PEREIRA, Peterson Siqueira. **Enfrentamento da Violência Contra Mulher em Tempos De Pandemia**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020.

SANTOS, Larissa Lessa et al. O isolamento social como gatilho para a violência contra mulheres na vivência de pandemia. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 8, p. e719986104-e719986104, 2020.

SILVA, Iara Nadine Vieira da Paz et al. Violência contra a mulher em tempos de pandemia por covid-19. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 13, p. e546101321357e546101321357, 2021.

SOUSA, Ildenir Nascimento; SANTOS, Fernanda Campos dos; ANTONIETTI, Camila Cristine. Fatores desencadeantes da violência contra a mulher na pandemia COVID-19: Revisão integrativa. **Revista de Divulgação Científica Sena Aires**, v. 10, n. 1, p. 51-60, 2021.

TEIXEIRA, Ana Luiza Magnabosco de Siqueira et al. Mulheres em isolamento social: a problemática do aumento de casos de violência doméstica em tempos de pandemia. **Criminalis**, v. 1, n. 1, p. 176-192, 2021.



# A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PANDEMIA POR COVID-19 NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO DE IR E VIR E DE LIBERDADE RELIGIOSA

## **DANIELA DE ANDRADE DE SOUZA**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Professora universitária da Faculdade de Direito 8 de Julho e do Centro Universitário Estácio de Sergipe. Especialista em gênero e sexualidade. Advogada. E-mail: danielaasg@gmail.com

## **ANTONINA GALLOTTI LIMA LEÃO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Professora de Graduação e Pós-graduação em Direito da Criança e do Adolescente. Doutoranda em Direito (UFBA), Mestre em Direito (UFBA) e Especialista em Direito (UFBA).

## **BRYAN OLIVEIRA DE ASSIS**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: bryanoliveiracr@gmail.com.

### **Resumo:**

Este artigo científico tem como principal objetivo delimitar acerca da relativização dos direitos fundamentais em detrimento da pandemia ocasionada pela Covid-19, e como objetivos específicos: abordar sobre os direitos fundamentais, a relação da pandemia com a relativização desses direitos, bem como apresentar as principais discussões relacionadas ao tema, a dizer da colisão entre o direito de ir e vir em face do direito à vida e a liberdade religiosa em detrimento do direito à saúde. Dessa forma, realizou-se uma análise bibliográfica em livros, artigos, legislações e doutrinas acerca dos direitos fundamentais, a relativização desses direitos frente à pandemia e as principais discussões. Constatou-se que, com o advento da Lei 13.979/2020, no Brasil, instaurando medidas como isolamento social, quarentena e fechamento de fronteiras, foram ocasionadas diversas consequências, principalmente no que se diz respeito à relativização dos direitos fundamentais, sendo assim, torna-se possível a prática, pois nenhum direito é absoluto, tendo em casos de colisão a necessidade de sopesar, com base no princípio da proporcionalidade, a fim de buscar uma solução mais adequada para o caso concreto. Assim como, no que concerne à colisão entre direito de ir e vir e direito à vida, como também, liberdade religiosa e direito à saúde, no contexto de pandemia, sobressaem o direito à vida e à saúde, já que evitam o contágio e mortes pela doença. Entende-se, portanto, que os direitos fundamentais não têm aplicação absoluta, sendo possível, em casos como a pandemia por Covid-19, a sua relativização, a fim de diminuir suas consequências.

**Palavras-chave:** Direito de ir e vir; Direitos Fundamentais; Liberdade Religiosa; Relativização; Covid-19.

## INTRODUÇÃO

Afirma-se que a pandemia por Covid-19 se apresenta como uma problemática pública de nível global, que assegura ao Estado a participação indispensável no combate e impedimento do avanço do novo vírus, assim como delimita a ciência como uma ferramenta essencial para dispor de soluções benéficas para toda a humanidade. A doença, causada pela disseminação do vírus Sars-CoV-2, teve início na China no ano de 2019, mas avançou com muita velocidade para todo o mundo, sendo considerada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), depois de um tempo como uma pandemia (BELLUZZO; CARRENHO, 2021).

Admite-se que até 30 de abril de 2020 o número de contaminados superou a marca de 3,2 milhões de pessoas, com cerca de 227 mil quantidades de mortes em todo o mundo. Com base nesses dados, os países, tendo em vista as recomendações da OMS, passaram a adotar medidas sanitárias mais rígidas, tendo como principal a aplicação do isolamento social, para o impedimento de contágio e propagação da doença, sendo a maneira mais eficaz de combate na época, já que não existiam vacinas ou tratamentos comprovados (SOTERO; SOARES, 2020).

Assim, no Brasil, a medida foi instaurada, no entanto, ao mesmo tempo que impedia a propagação da doença, também ocasionou no fechamento dos comércios, salvo os de serviços essenciais, o impedimento do funcionamento dos serviços de transporte e da circulação livre das pessoas em ambientes públicos. Com tais medidas, houveram diversos tipos de restrições, a exemplo da proibição do direito de ir e vir, do impedimento à liberdade econômica ou do direito de reunião e dentre outras (SILVA, 2020).

Por conta do contexto excepcional da pandemia e a aplicação do isolamento social como forma de impedir a contaminação pelo vírus, tem ocasionado discussões importantes acerca das formas de explicação mais apropriadas para o entendimento de casos concretos envolvendo a colisão de direitos fundamentais (CARADE; LIMA, 2021).



Sendo assim, os direitos fundamentais, dispostos na Constituição Federal de 1988, têm como premissas garantir tais direitos para os cidadãos, como também, promover a manutenção do Estado Democrático de Direito (SPALDING; NASCIMENTO; FILHO, 2021). Surgem, também, como forma de garantia da dignidade humana para os indivíduos e como ferramenta para proteção da pessoa em detrimento da atuação do Estado (MENEZES; DANTAS, 2021).

Constata-se, dessa maneira, que se torna importante a discussão e preservação desses direitos, principalmente em momentos instáveis e imprevisíveis, a exemplo da pandemia. Ações e projetos aplicados pelo governo, principalmente nesse contexto, devem ter como base a justiça e liberdade (LOPES, 2020).

Destarte, em observância às consequências causadas pela pandemia de Covid-19, em especial por conta da aplicação do isolamento social, se tem como pergunta problemática: Tendo em vista que nenhum direito tem aplicação absoluta, como ocorreu/ocorre a relativização de direitos fundamentais nesse contexto de pandemia por Covid-19?

Para realizar a determinada pesquisa utilizou-se o método qualitativo, através de uma análise bibliográfica em livros, artigos, legislações e doutrinas acerca dos direitos fundamentais, a relativização desses direitos frente à pandemia e as principais discussões. Tendo em vista essa discussão, o objetivo geral do artigo é delimitar acerca da relativização dos direitos fundamentais em detrimento da pandemia ocasionada pela Covid-19, e como objetivos específicos: abordar sobre os direitos fundamentais, a relação da pandemia com a relativização desses direitos, bem como apresentar as principais discussões relacionadas ao tema, a dizer da colisão entre o direito e ir e vir em face do direito à vida e a liberdade religiosa em detrimento do direito à saúde.

## **DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais, em uma perspectiva geral, são caracterizados como conjunturas jurídicas, objetivas e subjetivas, delimi-

tadas através do direito positivo, que tem como premissa a garantia da dignidade, igualdade e liberdade do indivíduo. Dessa forma, são direitos que retratam as liberdades públicas, relacionadas ao ser humano, sendo reconhecidas quando consumada na Constituição de cada Estado (LARA; COELHO; MONTEIRO, 2020).

Assim, esses direitos se tornam direitos constitucionais quando fazem parte do texto constitucional de algum Estado ou se apresente em alguma declaração solene estipulada pelo Poder Constituinte. São direitos que se criam, desenvolvem e se embasam no princípio da soberania popular (LARA; COELHO; MONTEIRO, 2020).

São, em tese, direitos humanos, mas previstos na Carta Constitucional vigente, de maneira que são componentes que promovem a identidade e continuidade da Lei Maior. Sua importância se dá por meio da relação do indivíduo com o poder do Estado (TOALDO; ZAIOSC, 2021).

Em se tratando do direito brasileiro, os direitos humanos se integraram à ordem constitucional como direitos fundamentais, que continham aplicabilidade obrigatória para as demais normas nacionais. Dessa maneira, tem como princípio a formação do Estado Democrático de Direito, ascendendo a superioridade da normativa, tendo como pilar a veneração dos direitos correspondentes à sobrevivência individual, representando valores que se exalam por todo o ordenamento jurídico (SOTERO; SOARES, 2020).

Dentre as principais características dos direitos fundamentais estabelecidas pela doutrina podem ser citadas: a historicidade, imprescritibilidade, universalidade, inalienabilidade, indivisibilidade e vinculabilidade, que serão explicadas posteriormente (SPALDING; NASCIMENTO; FILHO, 2021). Assim como, não se pode mais admitir o caráter absoluto desses direitos, salvo em casos de recorte histórico na sua abordagem (LARA; COELHO; MONTEIRO, 2020).

A primeira característica, denominada de historicidade, trata que os direitos fundamentais são resultantes da história, de modo que estão suscetíveis ao avanço e também ao retrocesso, ficando a cargo dos indivíduos a preservação de tais direitos (SPALDING; NASCIMENTO; FILHO, 2021).

Já em relação à imprescritibilidade, é tido que esses direitos podem ser sempre exercidos, não sendo possível a prescrição (LONCHIATI; MOTTA, 2016). Em detrimento da universalidade, entende-se que esses direitos são direcionados a todos os indivíduos, sem que dependa de raça, doutrina religiosa, nacionalidade ou crença política. Ademais, os direitos fundamentais têm sua essência no aspecto valorativo do ser humano (SPALDING; NASCIMENTO; FILHO, 2021).

Por outro lado, tratando da inalienabilidade, afirma-se que os direitos fundamentais não sujeitos à negócio jurídico, não sendo possível, dessa forma, vendê-los ou cedê-los (LONCHIATI; MOTTA, 2016). A indivisibilidade diz respeito ao cumprimento e observância de todas as divisões desses direitos, bem como em relação à interdependência e relação existente entre eles (SPALDING; NASCIMENTO; FILHO, 2021).

Por fim, a vinculabilidade confere aos direitos fundamentais força normativa e aplicação desses direitos para todos os poderes, incluindo o de reforma à lei maior. Essa vinculabilidade não corresponde tão somente ao Estado, como também, aos particulares, seja na relação entre público e privado ou privado e privado (LONCHIATI; MOTTA, 2016).

Outrossim, os direitos fundamentais são divididos em quatro dimensões, ou também denominadas de gerações (SOTERO; SOARES, 2020). Os direitos de primeira dimensão, também denominados de direitos de liberdade, têm como sujeito o indivíduo, sendo oponíveis ao Poder Estatal e caracterizando como capacidade ou atribuições individuais, possuindo subjetividade. São, dessa forma, os primeiros a fazer parte do Texto Constitucional, a dizer de direitos civis e políticos (LARA; COELHO; MONTEIRO, 2020).

Os direitos de segunda dimensão têm como premissa a participação estatal na garantia do bem-estar dos indivíduos, impondo orientações, deveres e ações para serem realizadas pelo Estado, como forma de garantir ao cidadão uma melhor qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, em relação à própria liberdade individual (CAVALCANTI; TEIXEIRA, 2019).

Os direitos relacionados ao de terceira dimensão, induzidos de taxa elevada de humanismo e universalidade, correspondem às

premissas que não tratam, de maneira exclusiva, da proteção dos direitos individuais, de um grupo ou do Estado, mas da discussão de temáticas atreladas para comunicação, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, patrimônio comum da humanidade e pela paz (LARA; COELHO; MONTEIRO, 2020).

A quarta geração desses direitos é estudada por Paulo Bonavides, no entanto, não foi alocada na normativa de direito internacional e tampouco na Constituição Brasileira vigente.

Para o teórico, essa geração se dá por meio da globalização dos direitos fundamentais, em que ocorreria uma universalização do plano institucional, tendo como consequência o estabelecimento do Estado Social. Essa geração compreende direitos à democracia, informação e ao pluralismo (CAVALCANTI; TEIXEIRA, 2019). Existe ainda uma quinta geração, no entanto, não foi adicionada à teoria, pois não é consolidada por parte da doutrina em geral.

## **PANDEMIA E RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Sabe-se que nos dias atuais o Brasil lida com uma crise sanitária provocada pela disseminação da Covid-19, conforme Norma Técnica do Monitora Covid-19, datada de 28 de abril de 2020. Em meados da metade de 2020 o número de casos confirmados de contaminados da doença contava com 691.758 pessoas; e, 36.455 pessoas mortas por conta da doença. Foram aplicadas diversas ações por parte do Estado para acentuar a curva de contágio no país, isto é, diminuir a quantidade de casos com o passar do tempo, para que se evitasse um colapso no serviço de saúde pública do país (LARA; COELHO; MONTEIRO, 2020).

Em nível mundial foram adotadas medidas recomendadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), já que a pandemia se tornou a mais avassaladora dos últimos anos, com alta taxa de infecção e mortalidade, tendo como comparação outros vírus endêmicos, a exemplo do H1N1. A preocupação em todos os países compreendia da forma como o avanço da doença ocasionava superlotação dos serviços

públicos de saúde, principalmente de leitos das Unidades de Terapia Intensiva, como também, a necessidade de aquisição de respiradores mecânicos, tendo em vista que, por grande parte desse período não existia um tratamento eficaz e tampouco vacinas aprovadas cientificamente (DALOIA, 2020).

Em vista disso, a OMS recomendou que o principal protocolo a ser seguido para evitar o contágio, e conseqüentemente, as conseqüências ocasionadas pelo avanço deste, era aplicar o isolamento social (SILVA, 2020). No Brasil, a adoção da medida se tornou um desafio para os entes federativos, tendo em vista que a garantia da saúde pública é um dever do Estado, conforme previsto do Texto Constitucional, em seu Art. 23. Assim, nesse mesmo sentido, admitiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Indireta de Inconstitucionalidade nº 6.341, que os estados e município possuem autonomia para versar acerca das ações no combate do vírus, com a finalidade de proporcionar o bem-estar coletivo (LARA; COELHO; MONTEIRO, 2020).

Nesse diapasão, foi promulgada a Lei 13.979/2020, com a finalidade de dispor das medidas a serem aplicadas na crise sanitária de nível internacional aqui no Brasil, com base nos protocolos recomendados pela OMS e com fulcro na proteção da coletividade. Em seu Art. 3, tratou a legislação que as autoridades, em conformidade com suas competências poderão adotar, principalmente, medidas de isolamento; quarentena; determinação de realização compulsória de exames, testes, coletas, vacinações e tratamentos específicos; uso obrigatório de máscaras faciais; análise e investigação epidemiológica; restrição temporária de locomoção por alguns meios de transporte; e entre outras. Contudo, ainda trata o § 1º e § 2º do Art. 3 da Legislação:

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

§ 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo:

I - O direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento;

II - O direito de receberem tratamento gratuito;

III - O pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020 .

Dessa forma, é entendido que as medidas devem ter observância aos estudos científicos, tendo limite de tempo e espaço mínimo necessário para promover e preservar a saúde pública. Como também, respeitar a dignidade, os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos indivíduos.

Observa-se, portanto, que em casos excepcionais como a pandemia por Covid-19, alguns direitos individuais podem ser relativizados com a finalidade de promover a saúde da coletividade, para que se evite o contágio. Essas medidas não se tratam, dessa forma, do não cumprimento e observância dos direitos fundamentais por parte do Estado, mas sim, da possibilidade de limitação, no momento e na forma adequada, para que haja efeito positivo nas medidas sanitárias impostas, e que se evite prejuízos maiores, seja no âmbito social ou econômico (BELLUZZO; CARRENHO, 2021).

A relativização ou flexibilização de direitos fundamentais torna-se possível na visão de que nenhum direito é absoluto. Sendo assim, esses direitos são podem se caracterizar como ilimitados, visto que, são restritos por outros direitos igualmente previstos na Constituição Federal de 1988. Isso ocorre em decorrência do ordenamento jurídico pluralista existente no país, de modo que as normas necessitem relacionar entre si para que todos os direitos previstos na Carta Magna sejam alcançados. Assim, limitar algum direito para elevação de outrem considera-se de suma importância para o Estado Democrático de Direito (LOPES, 2020).

Admite-se que entre os direitos fundamentais não há hierarquização, não tendo o Texto Constitucional estabelecido qual direito deve ser predominante sobre o outro, sendo essencial realizar a análise conforme cada caso concreto. Todavia, para cada colisão entre direitos fundamentais é esperado que haja equilíbrio, a fim de que, na impositão de um, não se esvazie o outro (LOPES, 2020).

Nesse mesmo pensamento, segue o Supremo Tribunal Federal (STF) a Teoria Externa, que aborda sobre o sopesamento em conflitos com direitos fundamentais através do fato social, afirmando que esses direitos podem ser relativizados, porém, observando o respeito mínimo destes, já que nunca podem ser extintos. Ademais, as limitações devem ser descritas de modo compreensível para os destinatários, para que assim torne-se possível a aplicação limitada desses direitos (SOUSA; FONTANA FILHO, 2021).

Além da observância ao caso fático, tem-se que outro aspecto importante de ser analisado em casos de colisão de direitos fundamentais é o interesse público. Sendo assim, mesmo que as medidas alcancem alguns direitos fundamentais, também se torna necessário considerar o bem-estar social e dos indivíduos, além de que essas ações resguardam o direito à saúde e à vida (LOPES, 2020).

Conclui-se, portanto, que quanto mais inflexíveis forem as medidas aplicadas pelo Estado, mais longes da apreciação dos direitos fundamentais se encontram. Deve-se, dessa maneira, atentar-se ao fato de salvaguardar os direitos fundamentais, com a finalidade de promover a segurança jurídica, assim como, atender às necessidades atuais, para que se evite danos irreversíveis (SOUSA; FONTANA FILHO, 2021).

## **DAS PRINCIPAIS DISCUSSÕES**

Conforme visto na seção anterior, algumas Leis Fundamentais foram relativizadas em busca do impedimento de contágio do vírus da Covid-19. Assim, afirma Lopes (2020) que as principais discussões acerca da colisão de direitos fundamentais versaram: do direito à

vida *versus* o direito de ir e vir, como também, do direito de liberdade religiosa, frente ao contexto de pandemia.

## **DO DIREITO À VIDA *VERSUS* O DIREITO DE IR E VIR**

O direito de ir e vir, também denominado de direito de locomoção, é considerado como um dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional de 1988, no inciso XV do Art.

5, em que delimita: “XV - 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”. Infere-se, dessa forma, que todo cidadão é livre para se locomover sem que haja privação de sua liberdade, salvo em casos de guerra.

Tendo em vista que nenhum direito é absoluto, são previstas situações em que esse direito pode ser relativizado, a exemplo da pandemia por Covid-19, principalmente com o advento da Lei 13.979/2020, que versa sobre a aplicação do isolamento social, quarentena e afins por parte dos entes federativos (MEIRELLES; INCHAUSTE, 2021).

Por outro lado, em relação ao direito à vida, dispõe o Art. 5 da Carta Magna, em seu caput: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Sabe-se que assim como recomendado pela OMS, o advento de medidas sanitárias, em especial a de isolamento social, contribuem para a diminuição da curva de contágio, resguardando possíveis mortes pela doença.

Dessa forma, compreende-se como uma colisão entre o direito à vida e o direito de ir e vir. Assim, com base na ferramenta de sopesamento e no princípio da proporcionalidade, considera-se como correto a suspensão temporária do direito de ir e vir das pessoas, a fim de que seja garantido o direito à vida, tendo observância aos estudos científicos sobre a epidemiologia e as medidas sanitárias eficazes (LOPES, 2020).



## DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA *VERSUS* O DIREITO À SAÚDE

Em outra perspectiva, tratando da liberdade religiosa, impõe o inciso VI do Art. 5 da Carta Constitucional de 1988: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. À vista disso, pode ser delimitado diferentes tipos de direitos condizentes à religião, a dizer da liberdade de pensamento, de crença e de manifesto da religião (SANTOS; SILVA, 2021).

Com as medidas de isolamento social no Brasil diversos estados decidiram ao fechamento de templos religiosos para evitar a contaminação do vírus, já que causavam aglomerações, tendo como preceito a preservação da saúde pública (ALEXANDRE, 2021). A saúde pública também está prevista no Texto Constitucional como garantia fundamental e direito social, em seu Art. 6: “Art. 6º **São direitos sociais** a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Aborda Lopes (2020) que também deve-se considerar nessa questão que nenhum direito é absoluto, sendo passível de relativização. Contudo, ante a relativização da liberdade religiosa, devem ser observados alguns fundamentos: a temporalidade, tendo a decisão que permanecer no tempo estipulado, não sendo permitido a adoção de ações que não tratem do tempo máximo de aplicação; generalidade, tendo a restrição que ocorrer em todos os tipos de eventos e templos religiosos; preservação do núcleo essencial, mesmo que tenha possibilidade de relativização do direito de culto, a flexibilização correspondente à ação coletiva da liberdade deve ocorrer de forma excepcional, resguardando outros tipos de direitos condizentes à liberdade religiosa.

## CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são premissas decorrentes dos direitos humanos, que quando inseridos no contexto de uma Carta Constitucional, como a de 1988 do Brasil, surgem como forma de garantir tais direitos e manter o Estado Democrático de Direito. Sendo assim, aferiu-se que, quando mais inflexíveis forem a medidas aplicadas pelo Poder Estatal, mais longe dos direitos fundamentais essas se encontram.

Tendo isso em vista, a pandemia ocasionada pelo coronavírus no Brasil ensejou a adoção de medidas sanitárias mais duras, conforme estabelecido pela Lei 13.979/2020, como forma de evitar o contágio pelo vírus, a exemplo da aplicação da quarentena, isolamento ou fechamento de fronteiras, ensejando em consequências econômicas, políticas e sociais. Assim, com a adoção dessas medidas foram flexibilizados alguns direitos fundamentais, ocasionando em diversas discussões de sua possibilidade.

Constatou-se que nenhum direito é absoluto, e, dessa forma, até os direitos fundamentais estariam sujeitos à relativização, tendo em casos de colisão realizar a técnica de sopesamento, com o princípio da proporcionalidade, de modo que tenha a observância de cada caso fático, como também, considerar o interesse público, resguardando o bem-estar social.

Em análise de discussões mais pertinentes acerca do tema no contexto da pandemia por Covid-19, do direito de ir e vir e o direito à vida, bem como, a liberdade religiosa e o direito à saúde, entende-se que o direito à saúde e à vida devem se sobressair dos demais, já que ensejam um caráter excepcional de proteção à vida e saúde no tempo de pandemia, para que sejam evitadas mortes e novos casos de contágio.

Dessa forma, é entendido que nesse contexto de pandemia por Covid-19 os Direitos fundamentais devem ser preservados, de modo que seja possível evitar o regresso desses direitos. O que se observa, também, é que essas normativas se tornam mais suscetíveis à relati-

vização, já que foram afetados por medidas descritas anteriormente como isolamento social, fechamento de comércios, proibição de frequentar alguns locais e dentre outras, e com a visão de que nenhum direito é absoluto.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Hilana Maria Rocha. **Os Limites da Liberdade Religiosa no Contexto Da Pandemia do Covid-19**: análise acerca do julgamento da ADPF 701. 2021. 17 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Guanambi, Guanambi, 2021.

BELLUZZO, Moema Locatelli; CARRENHO, Ana Carolina Barros Pinheiro. Atuação Estatal e Direitos Fundamentais no Contexto da Pandemia do Covid-19. **IDP Law Review**, v. 1, n. 1, p. 94-115, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília: Diário Oficial da União, 2020a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm)>. Acesso em: 03 de nov. de 2021.

CARADE, Hildon Oliveira Santiago; LIMA, Bruno Oliveira Sodré. A Colisão de Direitos Fundamentais Sociais: do Conflito Entre o Direito à Saúde e o Direito à Educação em Tempos de Pandemia. **Estudos Universitários de Direitos Fundamentais**, v.1, p. 135, 2021.

CAVALCANTI, Maria Ângela Ferreira Gomes; TEIXEIRA, Sérgio Torres (Orient.). **Limitações aos direitos fundamentais e a liberdade de expressão. O caso do abuso de poder religioso no processo eleitoral: liberdade de expressão ou afronta à ordem democrática?**. 2019. 56 f. TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito do Recife - CCJ - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE - Recife, 2019.

DALOIA, Lucas Antônio Pires. A possibilidade de Limitação a Direitos durante a Pandemia de Covid-19. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 13, n. 2, p. 103-122, 2020.

LARA, Caio Augusto Souza; COELHO, Victoria Magnavacca; MONTEIRO, Wilson de Freitas. A Teoria do Sopesamento de Direitos Fundamentais em tempos de pandemia: análise da atuação do Poder Público contra os impactos sociais da COVID-19 no Brasil. **SCIAS. Direitos Humanos e Educação**, v. 3, n. 1, p. 181-201, 2020.

LONCHIATI, Fabrizia Angelica Bonatto; MOTTA, Ivan Dias. Reflexões acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Educacional. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 45, p. 1-23, 2016.

LOPES, Guilherme Araújo. A Flexibilização dos Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia—Nenhum Direito é Absoluto. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 16, n. 16, 2020.

MEIRELLES, Adriano Olinto; INCHAUSTE, Vinicius Moraes. DIREITO DE IR E VIR E A COVID-19. **Revista de Estudos Jurídicos UNA**, v. 8, n. 2, p. 192-203, 2021.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida; DANTAS, Priscilla Karine Medeiros. A Mistanásia no Contexto Pandêmico: Relativização de Garantias Constitucionais. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, v. 5, n. 1, p. 63-90, 2021.

SANTOS, Alanna Stauffer Marques; SILVA, Bethânia Cypriano. Liberdade religiosa em tempos de pandemia-Covid-19. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 10, p. 101486101492, 2021.

SILVA, Amanda Ferreira da. **Estado de exceção e a supressão de direitos fundamentais em face da crise sanitária do novo corona vírus** (Covid-19). 2020. 35 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Curso de Direito, Faculdade Cesmac do Agreste, Arapiraca-AL, 2020.

SOTERO, Ana Paula Da Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire. Constituição e Restrição a Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia de COVID-19: um Breve Estudo do lockdown no Estado do Maranhão. **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus: Segundo Volume**, p. 91, 2020.

SOUSA, Lucas Melo Rodrigues; FONTANA FILHO, Maurício. QUANDO A RESPOSTA À PANDEMIA FERE DIREITOS FUNDAMENTAIS? VIOLANDO AS REGRAS DO JOGO. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, v. 6, n. 16, p. 15-19, 2021.

SPALDING, Alessandra Mendes; NASCIMENTO, Francis Pignatti; FILHO, Vladimir Brega. Dos Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia. **RJLB**, n. 4, p. 35-52, 2021.

TOALDO, Adriane Medianeira; ZAIOSC, Carine Volz. Direitos Humanos no Contexto Pandêmico: a Relativização dos Direitos e Garantias Fundamentais no Brasil. **Revista Jurídica UNIGRAN**, v. 23, n.45, p. 143-157, 2021.

# OS DESAFIOS DO DIREITO CIVIL EM UM AMBIENTE PÓS-PANDEMIA: UMA ANÁLISE DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR, A RENEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS E A GARANTIA AO DIREITO À PENSÃO ALIMENTÍCIA

## **PLÍNIO REBOUÇAS DE MOURA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: pliniormoura@yahoo.com.br

## **BRUNA HELENA SOUZA LIBÓRIO**

Discente do curso de Direito.

### **Resumo:**

O presente texto tem por escopo reunir e esclarecer, a um só tempo, os impactos da Pandemia causada pelo novo Coronavírus a partir de uma reflexão sobre o ponto de vista civilista, com o fito de analisar, sintética e pontualmente, à luz da vigente Constituição Federal brasileira de 1988, os desafios na garantia de direitos civis como o direito ao consumidor e a proteção da empresa; as renegociações nos contratos empresariais; e o direito à pensão alimentícia em face de uma análise do cenário de desemprego e recessão em um estado de pandemia global após proliferação da doença viral que causou um colapso social, econômico e sanitário mundialmente, com objetivo de discutir tal interferência à uma violação de preceitos constitucionais. Ad hoc, o embasamento do estudo adotou, metodologicamente, a pesquisa bibliográfica de artigos científicos, jurídicos e análise de sentenças proferidas. Trata de uma discussão relevante nos tempos atuais, visto que o surto viral constitui um fato jurídico, considerado e encarado como caso fortuito e força maior, instituído no artigo 393 do Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Contratos; Coronavírus; Direito do Consumidor; Prisão Civil; Execução de Alimentos.

## INTRODUÇÃO

Descoberto no final de 2019, a zoonose que causou a infecção pelo SARS-CoV-2 (mais conhecida como COVID-19), iniciou um colapso mundial e abalou de forma significativa as economias e os sistemas de proteção social até mesmo dos países mais ricos.

Assim, passou-se a adotar por todo o mundo medidas que impedissem a circulação do vírus, e o Brasil, por meio do Congresso Nacional, decretou e foi sancionado pelo Presidente da República, a Lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020, de vigência temporária, dispondo sobre o estado de calamidade e discutindo as primeiras medidas a serem adotadas, especificando 8 delas, além de permitir ao Ministério da Saúde tomar outras tantas que forem necessárias.

Posteriormente, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que a disseminação do novo Coronavírus, estava caracterizada como uma pandemia, fato que não ocorria desde 1918, quando da pandemia mundial de gripe espanhola, ao final da Primeira Guerra Mundial.

Por conta do alto e rápido contágio do vírus, os países entraram em uma crise globalizada, impactando social, econômica, sanitária, jurídica e politicamente.

Assim, começou uma corrida conjunta global pela pesquisa de uma vacina capaz de frear a doença, sendo lançado em abril de 2020, pela OMS, o programa COVAX, a fim de facilitar e acelerar a criação da vacina. Tal medida gerou frutos, pois ainda no ano de 2020 diversas vacinas fabricadas pelos mais diversos laboratórios ao redor do mundo foram lançadas. Logo após, começaram as campanhas de vacinação e distribuição delas pelo mundo, com partes das populações resistindo a vacinação, necessitando que os governos, estaduais no caso brasileiro, e as partes pró-vacinação de ações de conscientização da importância da vacinação, além do afastamento das ideias de imunização de rebanho, tratamento precoce ou medicamentos sem comprovação de funcionamento contra o vírus.

Durante os anos de 2020 e 2021, “ondas” do vírus se alternaram pelo globo, entretanto, ao final do segundo semestre deste último ano, houve a retração dos casos da doença e alastramento do vírus por conta das campanhas de vacinação, em que pese ainda com muitos países atrasados na vacinação, como os africanos, ou estagnados, pois parte da população recusa-se a vacinar-se.

Diante desses fatores, todos os ramos do direito, incluindo o direito civil, testaram seus limites em busca de respostas às várias demandas sociais provocadas e fora necessário revolucionar-se no âmbito privado nas relações familiares, mas principalmente empresariais, dentre as quais destaca-se o “home office”<sup>1</sup> já existente no âmbito jurídico brasileiro com o teletrabalho, implementado nacionalmente após a edição da Lei 13.467 de 2017 e amplamente difundido durante a pandemia de COVID-19 devido à necessidade de distanciamento social. Outrossim, deveu-se buscar a renegociação dos contratos, de curto ou longo prazo, não para dispor da obrigação o devedor, mas sim para buscar uma melhor forma de satisfazer aquela obrigação, fundamentando-se nos princípios da boa-fé e função social do contrato.

O artigo alude, de forma crítica, um questionamento intrínseco a respeito das garantias de direitos e liberdades civis em decorrência de repercussões jurídicas diante do cenário de pandemia, utilizando do método indutivo com o objetivo de analisar e ponderar os dispositivos para chegar a um posicionamento adequado, afim de esclarecer e provocar reflexões a este tema tão atual.

Diante deste contexto, questiona-se: Quais serão as mudanças nas relações humanas que afetarão o direito nos dias que virão?

Justifica-se esse trabalho diante do atual cenário de incertezas quanto ao futuro das relações pessoais e seus impactos na seara do direito civil, alargando para o direito empresarial, consumidor e familiar em específico.

---

1 O termo “Home Office” é um neologismo da língua portuguesa que significa uma forma de relação de trabalho na qual o colaborador atua a distância, geralmente, em casa.

Neste sentido, esta pesquisa tem como objetivos: a) analisar os impactos e renegociações de contratos igualitários na seara empresarial; b) explicitar como deve ser protegido o direito do consumidor, resguardando a proteção a empresa; c) traçar um paralelo entre a proteção do direito de pensão alimentícia e a possibilidade de exercê-la diante de um cenário de desemprego e recessão no país.

Abordaremos, de forma sucinta, pontos positivos e negativos da legislação brasileira, deixando ao leitor reflexões que poderão enriquecer ainda mais o debate.

A metodologia baseou-se na busca bibliográfica, principalmente por livros e artigos, assim como em pesquisas jurisprudenciais, diretamente ligadas aos argumentos jurídicos de acórdãos, súmulas e sentenças.

## **DO DIREITO EMPRESARIAL**

A Constituição Federal brasileira trata em seu ordenamento, princípios atinentes a direitos e garantias fundamentais, que buscam assegurar a liberdade individual e ao mesmo tempo constitui também o seu limite, como versa o artigo 5º, inciso II da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Sob a ótica do artigo supracitado, a liberdade é um direito de todos os brasileiros e em seu artigo segundo, a ambivalência expressa que a obrigatoriedade do cumprimento de algo deve ser regido por lei, não podendo o Estado punir indivíduos que, por vontade arbitrária, queira expressar individualmente. No entanto, a vida em sociedade



exige o limite imposto para que essa liberdade não se torne um desrespeito ou viole o direito do próximo.

Deve-se ter em vista que, assim como todos os outros, o direito à liberdade existe para a realização de um valor, não sendo um fim em si próprio. Devendo ser analisado cada caso concreto que possa surgir em uma sociedade dinâmica como esta, e não simplesmente aplicar a literalidade do texto legal.

Portanto, tendo como produto de análise a crise sanitária da COVID-19 no Brasil, pelo fato de não se encontrar na situação extraordinária de estado de sítio e nem de estado de defesa, as decisões governamentais necessitam respeitar os contornos do estado de legalidade ordinária.

Em consequência aos impactos socioeconômicos do isolamento social, severas mudanças ocorreram nas relações de trabalho, de consumo e de contratos imobiliários, acarretando a necessidade de adaptar e renegociar as relações contratuais.

Nesta sequência, analisa-se também a concepção de um direito humanizado, como defende Miguel Reale, o qual alude a uma reflexão acerca das mudanças frente às categorias jurídicas: “É grande a lição de Roma: o direito desenvolve-se à medida que a necessidade vai exigindo e os fatos vão ditando”.

O civilista Flávio Tartuce defendeu a renegociação dos contratos partindo do princípio da conservação dos negócios jurídicos, defendendo a adoção da boa-fé e de uma solidariedade social mediante negociações como instrumento metajurídico, ou seja, necessitando de uma análise não convencional, partindo do princípio da função social do contrato, abordado pelo parágrafo único do artigo 421 do vigente Código Civil. No entanto, apesar desta disposição aludir, também, a excepcionalidade da revisão contratual e o princípio da intervenção mínima do Estado em relações contratuais, tendo sido este último alterado pela Lei 13.874/2019 (conhecida como a Lei da Liberdade Econômica), o artigo não estabelece parâmetros próprios em relação a como proporcionar a retificação do contrato partindo da função social em casos excepcionais.

Com isso, a LLE<sup>2</sup> se tornou a norma pioneira a introduzir uma regra geral que previu a revisão dos contratos até mesmo em casos atípicos. Não obstante, por ser uma norma geral, é aberta quanto à possibilidade de revisão dos contratos em casos excepcionais. Tendo Tartuce afirmado que tal dispositivo teria sua aplicação restrita à contratos paritários, ou seja, as partes encontram-se em pé de igualdade.

## DO DIREITO CONSUMERISTA

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, é uma das legislações mais presentes e aplicadas no âmbito jurídico brasileiro. Sua importância é tamanha devido à presença das relações consumeristas em todos os aspectos que rodeiam o dia a dia de todos os brasileiros, seja em ambiente urbano ou rural.

Clarividente, que a pandemia trouxe mudanças necessárias para amenizar os efeitos negativos de relevância econômica e social, estabelecendo novas relações de consumo, nas quais as empresas precisaram desenvolver novas técnicas para levar seus produtos ao consumidor final.

Dessa forma, para manter o equilíbrio nas relações, buscando amenizar os riscos inerentes a atividade empresarial, foi editada a Lei 14.010/2020, a qual trouxe em seu art. 8º a suspensão do art. 49º do CDC, com relação a entrega domiciliar de produtos perecíveis, de consumo imediato e de medicamentos na hipótese de entrega por “delivery”<sup>3</sup>.

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.

---

2 Sigla utilizada para se referir à Lei da Liberdade Econômica.

3 O termo “delivery” é um estrangeirismo que significa serviço de entrega.

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.

O aludido artigo, expresso na parte de proteção contratual do código, refere-se ao chamado “direito de arrependimento”. Ou seja, a partir da edição da lei, até a data de 30/10/2020, a aplicação dessa norma jurídica estaria suspensa, em conformidade com as medidas seguidas por outros países, apresentado pelo Senador Antônio Anastasia (PSD/MG).

O direito de arrependimento trata-se de medida assecuratória para o consumidor que, caso desista da compra, não necessita justificá-la, sendo obrigado o lojista/vendedor a desfazer a compra, sendo aquela em 07 dias, com a devolução de todo o valor pago.

Portanto, a legislação pandêmica, suspendendo tal norma, buscou a proteção maior do empresário em geral, mas principalmente do pequeno empreendedor, a fim de manter viva a econômica do país. Cabe destacar que, a suspensão do direito de arrependimento não impede a devolução por fato ou vício do produto e serviço, previstos no CDC.

Entretanto, a medida, de fato, foi benéfica para os empresários dos ramos alimentício e farmacêutico, sejam estes grandes ou pequenos, demonstrando que a aplicação desse dispositivo na relação consumerista é desproporcional, pois tais tipos de produtos não podem ser reaproveitados, perfazendo apenas prejuízo por uma mera liberalidade do consumidor, sem realmente sofrido um dano material ou moral.

Não se questiona o uso do instituto no âmbito de entrega de produtos duráveis, como eletrodomésticos, produtos eletrônicos, móveis etc., porém produtos perecíveis e medicamentos, em especial os manipulados, raras vezes são reaproveitados para futuras vendas, devido à natureza destes, assim sendo utilizados pelos próprios funcionários da empresa para que não sejam simplesmente descartados.

Destarte, defendemos que a disposição do artigo 8º da Lei 14.010/2020, seja transformado em parágrafo, *in casu* parágrafo segundo, do art. 49 do CDC, a fim de que estes lojistas/vendedores não sofram prejuízos por mera conveniência do consumidor.

## **DO DIREITO À PENSÃO ALIMENTÍCIA**

As relações familiares também estão dentre as consequências da crise do COVID-19, e, nesta esfera, entra a questão do direito de alimentos diante a desempregos e incertezas financeiras.

De acordo com o Código de Processo Civil, é cabível a prisão civil do devedor de alimentos que deixar de efetuar o pagamento de até 3 prestações alimentícias. Entretanto, diferentemente do que muitos pensam, o interessado não precisa aguardar 3 meses para ingressar com a ação, basta apenas uma parcela em atraso.

Iniciada a execução, antes da decretação da prisão, o executado/devedor será citado para efetuar o pagamento das prestações alimentícias em até 3 dias, provar que já o fez ou justificar o inadimplemento. Lembrando que a justificativa da impossibilidade de pagamento há de ser séria e excepcional, não se admitindo a alegação de desemprego, que deveria justificar a propositura de ação revisional anteriormente.

É importante destacar que o mero cumprimento da prisão civil não desonera o devedor de alimentos, razão pela qual o procedimento continuará na busca de bens passíveis de penhora.

Em 17 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça orientou, em sua Recomendação nº 62, artigo 6º, aos Tribunais e Magistrados, a possibilidade de prisão domiciliar em caso de dívidas alimentícias. E, posteriormente, fora julgado e decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça como apresentado no Informativo de Jurisprudência nº 671:

“Diante do iminente risco de contágio pelo Covid-19, bem como em razão dos esforços expendidos pelas autoridades públicas em reduzir o avanço da pandemia, é recomendável o cumprimento da prisão civil por dívida alimentar em prisão domiciliar”.

Essa decisão foi ratificada pela edição da Lei 14.010/2020 que no art. 15 expressava que até o dia 30 de outubro de 2020, a prisão civil por falta de pagamento de pensão alimentícia deveria ser cumprida na modalidade domiciliar, sem o prejuízo da execução da obrigação:

Art. 15. Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

Posteriormente, o CNJ editou a Recomendação nº 78 prorrogando o entendimento até 15 de março de 2021. Entretanto, devido ao estágio avançado da pandemia nesta data, foi editado nova recomendação, de número noventa e um (91), a qual estendeu novamente até o dia 31 de dezembro do mesmo ano.

Todavia, a prisão civil do devedor de alimento é a medida de maior eficácia para garantir a satisfação do crédito familiar, sem providência que surte efeito semelhante. Dessa forma, no dia 29 de outubro de 2021, o CNJ, por meio do Ato Normativo 0007574-69.2021.2.00.0000, voltou a recomendar que os magistrados arbitrem a modalidade de sanção civil:

N. 0007574-69.2021.2.00.0000 - ATO NORMATIVO - A: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Adv (s): Nao Consta Advogado. R: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Adv (s): Nao Consta Advogado. Conselho Nacional de Justiça Autos: ATO NORMATIVO -0007574-69.2021.2.00.0000 Requerente: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ Requerido: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA -CNJ RECOMENDAÇÃO. TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL. DECRETAÇÃO DA PRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. RELATIVIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PRISÃO EM REGIME DOMILICIAR.

Recomendação feita aos magistrados que forem analisar pedidos de decretação de prisão do devedor de alimentos que considerem: a) o contexto epidemiológico local e a situação concreta dos casos no município e da população carcerária; b) o calendário vacinal do Município de residência do devedor de alimentos, em especial se já lhe foi ofertada a dose única ou todas as doses da vacina; c) a eventual recusa do devedor em vacinar-se, como forma de postergar o cumprimento da obrigação alimentícia. RECOMENDAÇÃO APROVADA. ACÓRDÃO O Conselho, por unanimidade, decidiu: I - incluir em pauta o presente procedimento, nos termos do § 1º do artigo 120 do Regimento Interno; II - aprovar a Recomendação, nos termos do voto do Relator.

Essa medida serviu de alento para os guardiões dos menores que necessitam de ajuda para suprir as necessidades básicas de seus filhos, principalmente no contexto de pandemia, recessão e altos índices de desemprego que assolam o Brasil.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa, verificando a princípio a Lei nº 13.979/2020, que ordena as medidas a serem utilizadas para o combate à pandemia decorrente da COVID-19, a qual acarretou danos significativos à toda esfera jurídica ao redor do mundo. Concluiu-se que o colapso econômico e social acarretado refletiu ao direito civil e evidenciou que novas categorias jurídicas são essenciais para proteger integralmente os indivíduos frente ao impacto causado durante a pandemia, que continua a ter consequências.

O mercado necessita se recuperar das perdas, sem desconsiderar o consumidor, visto como mais frágil nas relações. O filósofo Michael Sandel argumenta que propósitos imediatos de lograr ganhos financeiros, atos de ambição ou de mecanismos de juros abundantes em tempos árduos, são vícios repudiáveis e devem ser amparados

sob obrigações de solidariedade e coesão social. Com essa alegação, chegamos à prudência de que é essencial a busca por um meio-termo que vise a manutenção e a expansão da atividade empresarial junto à função social, equilibrando os interesses da coletividade previstos na Constituição Federal brasileira.

Vale ressaltar que a atividade empresarial é fundamental para um desenvolvimento econômico e isto vai muito mais além dos interesses financeiros do empresário, uma vez que há uma cadeia de envolvidos como fornecedores, funcionários e até mesmo os clientes e consumidores que usufruem dos produtos e serviços, monetizam o processo e fazem a “roda girar”<sup>4</sup>, por isso há uma enorme relevância de se estabelecer análises de cunho regulatório, como previstas no artigo 5º da LLE.

No que tange os assuntos abordados pelo trabalho, tocamos em questionamentos essenciais, desenvolvendo aspectos negativos e positivos quanto aos impactos e a possibilidade de renegociação de contratos; como deve ser protegido o direito do consumidor e as empresas; e o direito de alimentos diante do cenário de pandemia. Com isso, chegamos à conclusão de que nenhum direito é absoluto e todos estão sujeitos a limitações. No entanto, tais limitações devem haver restrições e limites pois poderão ser consideradas inconstitucionais ao afetar o núcleo fundamental.

Para superar a crise socioeconômica e preparar o país para a retomada da economia, o governo e a sociedade devem estar prontos para enfrentar dificuldades e se flexibilizar diante dos desafios.

---

4 Expressão utilizada para a ação de propagar e difundir riquezas, fazendo a economia ser abastecida e reabastecida circularmente.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, M. A. A suspensão do direito de arrependimento pelo regime jurídico emergencial da pandemia covid-19: uma análise da vulnerabilidade do consumidor diante das novas relações digitais e da função social da empresa. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, ano 2020, v. 6, n. 8, p. 1-19, 12 ago 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/14655/12140>. Acesso em: 31 out. 2021

BRANCO, Gerson Luiz. Função social dos contratos, lei da liberdade econômica e o coronavírus . **Consultor Jurídico**, [s. l.], 30 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/direito-civil-atual-funcao-social-contratos-lei><https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/direito-civil-atual-funcao-social-contratos-lei-liberdade-economica-coronavirusliberdade-economica-coronavirus>. Acesso em: 2 nov. 2021.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2019

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano CLVII, n. 183-B, p. 1-4, 20 set. 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.874-de-20-de-setembro-de-2019-217365826>. Acesso em: 30 out. 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**: seção 1, Brasília, DF, ano CLVII, n. 27, p. 1, 06 fev. 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência** nº 671 HC 561.257-SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 05/05/2020, DJe 08/05/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/3863/4089>. Acesso em: 2 nov. 2021



**CNJ. CNJ recomenda retomada de prisão de devedor de pensão alimentícia.**

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-recomenda-retomada-de-prisao-de-devedor-de-pensaohttps://www.cnj.jus.br/cnj-recomenda-retomada-de-prisao-de-devedor-de-pensao-alimenticia/alimenticia/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 62.** Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. Publicada em: 17 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 78.** Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Publicada em: 15 set. 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/relacoes-institucionais/arquivos/recomendacao-no-78-1.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 91.** Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Publicada em: 15 mar. 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original22294820210315604fdfdc5ee46.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O estado de sítio na Constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional: dissertação para concurso à Livre Docência de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964

RABELO, Patrícia Freire. A execução da pensão alimentícia em tempos de Covid19. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 29 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-29/rabelo-execucao-pensao-alimenticia-tempos-covid19>. Acesso em: 2 out. 2021.

REALE, Miguel. **Considerações gerais sobre o projeto de Código civil.** Projeto de Lei 634, de 1975. Revista Da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, n. 71, p. 25-58, 1976. p. 57-58.

RODRIGUES JR. Otavio Luiz e XAVIER LEONARDO, Rodrigo. **A MP da liberdade econômica: o que mudou no CC?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-06/direito-civil-atual-mp-liberdade-economica-mudou-codigo-civil>. Acesso em: 1 nov. 2021.

SENADO FEDERAL. **Parecer Projeto de Lei 1179/20.** Apresentado pelo Senador Antônio Anastasia (PSD/MG). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleghttps://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8081773&ts=1630408605752&disposition=inlinegetter/documento?dm=8081773&ts=1630408605752&disposition=inline>. Acesso em: 1 nov. 2021.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa?** Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

TARTUCE, Flávio. O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade. **Revista Brasileira de Direito Contratual**, n. 03, p. 05-11, abr/jun., 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 March 2020. Geneva, 11 March 2020. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 29 out. 2021.

# A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTEXTO DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS

## **SAMELAH RAYANE BEZERRA DE MORAES**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: samelahrayane@hotmail.com

## **PLÍNIO REBOUÇAS DE MOURA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: pliniormoura@yahoo.com.br

### **Resumo:**

O objetivo geral do presente artigo é tratar sobre a não observância e mitigação dos direitos da personalidade no contexto da inteligência artificial. Ademais, os objetivos específicos versam: tratar sobre os direitos da personalidade, como também, acerca da Quarta Revolução Industrial e sobre a inteligência artificial, bem como da proteção que o Ordenamento Jurídico Brasileiro faz em relação aos direitos da personalidade quanto à inteligência artificial. Para tanto, realizou-se uma análise documental e bibliográfica, com leitura e estudo de artigos, legislações e doutrinas sobre o tema, de modo que se utilizou o método qualitativo de pesquisa. Sendo assim, foi entendido que as inteligências artificiais podem auxiliar o indivíduo em diversas atividades, no entanto, com seu uso indevido, têm a possibilidade de mitigar e não observar direitos da personalidade, a exemplo do direito à honra, privacidade, imagem, ou então, provocar riscos à segurança física, digital e política do indivíduo. Na perspectiva de tentar regulamentar as relações no meio digital o Brasil instituiu duas legislações, o Marco Civil da Internet, Lei de nº 12.905/14 e a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei de nº 13.709/18. No entanto, não há uma lei específica que regulamente acerca da tutela dos direitos da personalidade em detrimento do uso das inteligências artificiais. Conclui-se, portanto, que os direitos da personalidade devem ser resguardados no uso de inteligências artificiais, sendo necessária, para isso, a sua devida regulamentação através de lei própria.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade; Inteligência Artificial; Quarta Revolução Industrial.

## INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade são entendidos sob a perspectiva de que se relacionam às garantias essenciais ao próprio indivíduo, concebidas por meio de si mesmo e das projeções sociais. Essas garantias são caracterizadas como essenciais ao ser humano, seja na sua projeção física, psíquica ou intelectual, e possuem como características principais a intransmissibilidade e indisponibilidade (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Nessa seara, discute-se muito sobre a tutela desses direitos em detrimento da Quarta Revolução Industrial, principalmente no que diz respeito à utilização indevida da inteligência artificial (IA). Dessa maneira, a Quarta Revolução Industrial é percebida a partir do momento em que há a difusão do meio digital e da tecnologia de informação, através de três visões distintas, a dizer da visão física, digital e biológica (GONÇALVES, 2021).

Esse período da Revolução Industrial se diferencia dos demais porque as mudanças ocorridas nesse período se apresentam de maneira mais acelerada, como também, no sentido de que vários âmbitos se integram, formando uma nova maneira de produção industrial, e uma nova relação e interação interpessoal (GONÇALVES, 2021).

Dentre os principais efeitos percebidos na sociedade em relação ao desenvolvimento dessa Revolução, como já dito, tem-se acerca do uso das Inteligências Artificiais. As Inteligências Artificiais surgem como forma de manipular e promover o armazenamento de dados, bem como realizam atividades que demandam do ser humano maior capacidade de entendimento e aprofundamento; e estão aplicadas em diversos âmbitos da sociedade, como no trabalho ou na comunicação, por exemplo (PAULICHI; CARDIN, 2020).

No entanto, embora entenda-se que as inteligências artificiais são essenciais para a atividade humana nos dias de hoje, muito se é discutido sobre seus efeitos negativos, a dizer, principalmente, na mitigação e não observância dos direitos da personalidade (TOMASEVICIUS FILHO, 2018). Infere-se que são violados esses direitos, no

contexto das Inteligências Artificiais, quanto à honra, intimidade, privacidade, liberdade, imagem, voz, segurança física, vida, direitos autorais e entre outros (PAULICHI; CARDIN, 2020).

É nesse sentido que o presente trabalho tem como pergunta problemática: como o uso indevido das Inteligências Artificiais pode ferir os direitos da personalidade? Assim, tem como objetivo geral tratar sobre a não observância e mitigação dos direitos da personalidade no contexto da inteligência artificial. Ademais, os objetivos específicos versam: tratar sobre os direitos da personalidade, como também, acerca da Quarta Revolução Industrial e sobre a inteligência artificial, bem como da proteção que o Ordenamento Jurídico Brasileiro faz em relação aos direitos da personalidade quanto à inteligência artificial. Para tanto, realizou-se uma análise documental e bibliográfica, com leitura e estudo de artigos, legislações e doutrinas sobre o tema, de modo que se utilizou o método qualitativo de pesquisa.

## **DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Os direitos da personalidade se baseiam na perspectiva de que, considerando direitos relacionados à economia e aplicáveis, seja relacionado a pessoa ou ao seu titular, em detrimento da propriedade ou em crédito contra um devedor, existem demais outros que também são essenciais e merecem a proteção jurídica, sendo relacionados ao próprio indivíduo, de forma eterna e permanente, considerados, então, como os direitos da personalidade (GONÇALVES, 2021).

Conforme conceituam Farias e Rosendal (2016, p. 176), tendo em vista que a personalidade é a junção das características relacionadas à pessoa, os direitos da personalidade são:

Nessa ordem de ideias, é possível asseverar serem os direitos da personalidade aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada de si mesma e em suas projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas

e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

Em relação à consideração desses direitos como parte dos direitos subjetivos, pode-se afirmar que é uma classificação recente, decorrente da Declaração dos Direitos do Homem (a de 1789 e de 1948) das Nações Unidas e da Convenção Europeia (ocorrida em 1950). Na visão do direito privado, seu desenvolvimento tem se apresentado de maneira lenta, e no Brasil, esses direitos têm sido garantidos por meio de leis especiais e, em maior parte, através da jurisprudência, que buscou tutelar direitos relacionados à intimidade, imagem, nome, corpo e dignidade (GONÇALVES, 2021).

É, em suma, uma conceituação fluida, em que está a todo momento em evolução, tendo por objetivo central garantir uma categoria jurídica fundamental para que a dignidade da pessoa humana seja realmente efetivada. Dessa maneira, os direitos da personalidade surgem como os quais são essenciais ao ser humano, com o fim de proteger sua própria dignidade. Assim, atualmente, devem ser vistos na visão civil-constitucional, em razão da disposição de diversos princípios no Texto Constitucional como o da cidadania, dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, que colocaram o indivíduo como centro da relação jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

No Brasil, em especial, a garantia desses direitos se deu, principalmente, a partir da Constituição Federal de 1988, que em seu Art. 5º, inciso X, os asseguram constituindo como direitos invioláveis a intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa, tendo a possibilidade de indenização, seja material ou moral, caso algum deles seja violado. De maneira específica, o Código Civil elencou um capítulo novo para regulamentar a proteção desses direitos (GONÇALVES, 2021).

Dentre as características concebidas aos direitos da personalidade podem se destacar a intransmissibilidade e a inalienabilidade, ou seja, em resumo, os indivíduos não podem se dispor dessas garantias. Em detrimento da indisponibilidade dessas garantias, Farias e Rosenthal (2016, p. 180) destacam:

Todavia, a compreensão dos direitos da personalidade deve ocorrer em perspectiva de relativa indisponibilidade, impedindo que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou total, preservando, assim, a sua estrutura física, psíquica e intelectual. Dessa maneira, muito embora os direitos da personalidade sejam indisponíveis ao seu titular, admite-se, eventualmente, a cessão do seu exercício, em determinadas situações e dentro de certos limites. Significa, pois, a possibilidade de o titular de um direito da personalidade dele dispor, dês que em caráter relativo, não sacrificando a própria dignidade.

Como também, Gonçalves (2021) acrescenta que também podem ser citadas as características de imprescritibilidade, impenhorabilidade, vitaliciedade e não podem ser desapropriados. Tratando da imprescritibilidade, é o entendimento de que esses direitos não podem ser extinguidos em razão da sua utilização, pelo tempo ou pela inércia em querer garanti-los. Por outro lado, a impenhorabilidade cumpre em entender que sendo esses direitos inerentes à pessoa, e por isso, indisponíveis, e em regra, não podem ser penhorados. A vitaliciedade compreende-se do sentido em que os direitos da personalidade acompanham o indivíduo desde a sua concepção até a morte, e até depois da morte. Por fim, entende-se que não podem ser desapropriados.

Conduto, cumpre-se destacar que, como já abordado, em casos específicos, esses direitos podem ser disponíveis, com a limitação de que devem respeitar a dignidade da pessoa humana e não podem ser dispostos de maneira permanente ou em sua totalidade. Pode-se citar como exemplo, o direito à imagem, que pode ser cedido por algum percurso de tempo, de forma onerosa ou gratuita, podendo o titular, depois de cinco anos, exigir acerca da proteção da sua personalidade. Dessa forma, a disposição dos direitos deve ocorrer com base na transitoriedade e especificidade (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Gonçalves (2021, p. 287) relata como podem ser reclamadas lesões que ofendem os direitos da personalidade, sendo autorizadas, para isso, o ofendido ou o lesado, de maneira indireta:

Estas podem ser de natureza preventiva, cautelar, objetivando suspender os atos que ofendam a integridade física, intelectual e moral, ajuizando-se em seguida a ação principal ou de natureza cominatória, com fundamento nos arts. 497 e 536, § 4º, do Código de Processo Civil, destinadas a evitar a concretização da ameaça de lesão. Pode também ser movida desde logo a ação de indenização por danos materiais e morais, de natureza repressiva, com pedido de antecipação de tutela, como tem sido admitido. Pode -se afirmar que, além do próprio ofendido, quando este sofre o gravame, poderão reclamar a reparação do dano, dentre outros, seus herdeiros, seu cônjuge ou companheiro e os membros familiares a ele ligados afetivamente, provando o nexo de causalidade, o prejuízo e a culpa quando não se tratar de hipótese de culpa presumida ou de responsabilidade independente de culpa.

Nesse sentido, muito se é discutido, atualmente, sobre a tutela dos direitos da personalidade em relação às consequências da Quarta Revolução Industrial, sendo destacado por este trabalho acerca da inteligência artificial em específico. Assim, espera-se tratar na próxima seção sobre a relação entre a Quarta Revolução Industrial e a inteligência artificial.

## **DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

Caracteriza Cardoso (2016, p. 12) que a Revolução Industrial, em uma visão mais ampla, e abarcando todas as suas fases, entende-se por meio de seu marco histórico:

A Revolução Industrial teve seu marco histórico a partir das transformações ocorridas na indústria que foram capazes de mudar de forma significativa o modo de produção a ponto de afetar diretamente a sociedade e a economia. Francisco Iglesias



entende que a Revolução Industrial teve início com o emprego de máquinas em substituição do trabalho do homem e não apenas como meio de auxiliá-lo em suas atividades produtivas, deste modo há o início da “maquinofatura” em substituição a manufatura.

Dessa forma, as Revoluções Industriais são consideradas, em uma visão mais recente da história, como um passo a mais no desenvolvimento da economia mundial. A Primeira Revolução Industrial ocorreu entre o século XVIII e o início do século XIX, quando foram formuladas máquinas a vapor e se utilizara o carvão como combustível. Posteriormente, ao se descobrir sobre a possibilidade do uso da eletricidade nos processos de produção, a sistemática de produção foi totalmente modificada, a dizer, principalmente, das mudanças da rotina e na motorização dos processos (SOARES, 2018).

O segundo estágio da Revolução industrial correspondeu ao momento em que se utilizava a ciência como forma de se aumentar a produtividade e o lucro nos processos industriais. Utilizaram-se como principais fontes de energia a eletricidade e o petróleo e foi quando se percebeu que geravam melhores resultados quando se dividiam as funções nas linhas de produção (CARDOSO, 2016).

Em continuidade, a Terceira Revolução Industrial, também denominada de Revolução Digital, diz respeito ao momento em que se ocorria a automatização das ferramentas de trabalho, uso de computadores e da internet para vários fins, criação de microprocessadores e aplicação de comunicação por meio de instrumentos de alta tecnologia na sociedade, universalmente (SOARES, 2018).

A Quarta Revolução industrial, no entanto, teve seu surgimento na modificação do meio digital, sendo parte de um extenso processo de tecnologia utilizado em todas as ações humanas. Essa transformação não infere, somente, da utilização dessas tecnologias, mas também, da nova forma de estas mudarem o mercado e a economia para searas mais competitivas, por meio da digitalização (DAMACENA, 2018).

A distinção da Quarta Revolução Industrial para as demais se dá em relação da rapidez com que ocorrem as mudanças e a forma como as tecnologias de diversas áreas se integram, desenvolvendo uma nova maneira de produção e uma nova forma de interação e relacionamento entre os indivíduos. Os estudos sobre tal fase deram início no ano de 2011, quando o Governo da Alemanha apresentou diversas ações relacionadas à tecnologia, na Feira de Hannover (GONÇALVES, 2021).

Afirma Soares (2018, p. 5) sobre essas modificações no contexto da atualidade em decorrência do desenvolvimento da Quarta Revolução:

Os empreendedores ainda não sabem precisamente como esses sistemas serão executados, como os objetos serão manufaturados e vendidos e como os serviços serão disponibilizados às pessoas, pois essa Revolução está sendo pensada ao mesmo tempo que está acontecendo. Por essa razão que, mesmo os especialistas em análise de mercado e os visionários de cenários, paralelamente, se encontram em discussões e estudos.

Assim, essa nova etapa corresponde à difusão do meio digital e da tecnologia de informação. Essas tecnologias são constituídas e entendidas por meio de três agrupamentos diferentes: físico, digital e biológico. No agrupamento físico as tecnologias se apresentam a partir de veículos autônomos, impressão 3D, desenvolvimento avançado da robótica e novos materiais. Em detrimento do grupo digital, pode-se citar como principal efeito a internet das coisas e a inteligência artificial. E, em relação à concepção biológica, as tecnologias se incidem, principalmente, no campo da genética. Dessa maneira, a integração dessas tecnologias pode gerar a criação de fábricas inteligentes, de forma que estas podem produzir produtos com mais eficiência e com a integração do ser humano com as máquinas e recursos (GONÇALVES, 2021).

Dessa forma, se cumpre tratar sobre um dos efeitos mais abordados por essa Revolução, o desenvolvimento da inteligência artificial. A inteligência artificial teve sua primeira identificação no ano de 1956 e foi definida como a habilidade de aplicação da inteligência nos robôs,

sendo definida por alguns autores como uma racionalidade. Diversos instrumentos utilizam dessa tecnologia para realização de tarefas que até o momento só eram cumpridas por seres humanos, a exemplo de procedimentos cirúrgicos, análise de exames, criação de contratos e pareceres jurídicos e entre outras (WOLOWSKI; CARDIN, 2020).

Dentre as suas definições apresentadas no decorrer da história, Siqueira e Lara (2020, p. 8) destacam duas que consideram essenciais para tal entendimento:

O termo inteligência artificial foi apresentado e conceituado pela primeira vez em 1956, pelo pesquisador John McCarthy, como “a ciência e a engenharia de fazer máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes” (apud KAUFMAN, 2018b, p. 10). Outra célebre definição foi cunhada por Russell e Norvig, como “o estudo e concepção de agentes inteligentes, onde um agente inteligente é um sistema que percebe seu ambiente e realiza ações que maximizam suas chances de sucesso”.

A IA tem por finalidade manipular e promover o armazenamento de dados, como também, desenvolve outras atribuições que precisam de maior capacidade de entendimento e aprofundamento. Essa prática permite auxiliar o ser humano em várias atividades no cotidiano, bem como aprimorar e apressar tarefas diárias. A IA é mais ampla do que a tecnologia em si, isto porque se apresenta em diversas áreas da sociedade: nas relações, no ambiente laboral, no lazer, na comunicação e no relacionamento (PAULICHI; CARDIN, 2020).

Dentre os diversos exemplos de aplicação da IA no cotidiano, são destacados por Tomasevicius Filho (2018): o uso em processamentos de produções textuais, em páginas da internet que realizam buscas, nas ferramentas nos sistemas operacionais de celulares e computadores, na fabricação de robôs, em atendimentos de clientes pelo telefone, em diagnósticos médicos, no campo da justiça, na realização de atividades que competem ao Poder Estatal e entre outros exemplos.

Admitem Wolowski e Cardin (2020, p. 5) sobre o principal ponto negativo que se é discutido sobre o uso da IA no cotidiano:

Portanto, não se tratam apenas de tecnologias automatizadas, mas de um arcabouço virtual capaz de substituir tarefas que até então eram designadas apenas aos seres humanos, o que gera uma enorme preocupação em relação as atividades profissionais, a segurança de dados, as questões éticas e demais perspectivas para o desenvolvimento futuro.

É nesse sentido que o próximo tópico busca tratar sobre algum dos efeitos negativos que ocorrem na utilização da inteligência artificial, a não observância dos direitos da personalidade na aplicação da tecnologia nos processos realizados no cotidiano.

Da Violação dos Direitos da Personalidade Frente à Inteligência Artificial e sua Tutela no Brasil

Como já exposto, o uso da IA tem auxiliado para garantia de melhor qualidade nos serviços ofertados aos indivíduos, entretanto, existem diversos riscos que podem ser tratados em relação às consequências negativas aos direitos fundamentais, assegurados pelo Direito Civil através dos Direitos da personalidade, especialmente no que diz respeito ao direito da privacidade (TOMASEVICIUS FILHO, 2018).

Dessa forma, caso essa tecnologia seja usada de maneira indevida podem ser não observados, feridos e mitigados os direitos da personalidade. Dentre os direitos que são mais violados nesse contexto em relação ao uso indevido por parte de terceiros são: à honra, intimidade, privacidade, liberdade, imagem, voz, segurança física, vida, direitos autorais e entre outros. Entende-se que o indivíduo é tido como vulnerável em relação à IA, já que esses sistemas possuem infinita capacidade de processamento de dados e por meio do uso inadequado do meio digital, principalmente nas redes sociais (PAULICHI; CARDIN, 2020).

Assim, conforme o que se estabelece no inciso X da Constituição Federal de 1988, é assegurado ao indivíduo a proteção de seus dados

peçoais. Essa garantia se torna de extrema importância porque é a partir dele que o indivíduo tem conhecimento pleno sobre a disseminação de seus dados na sociedade, sendo somente possível através da garantia de acesso, anulação e mudança desses dados. Dessa forma, é necessário que o ordenamento jurídico se constitua na busca pela tecnologia, mas que não fira a dignidade da pessoa humana, direitos individuais ou privados (SIQUEIRA; LARA, 2020).

Uma das violações mais discutidas atualmente acerca dos direitos da personalidade em detrimento da inteligência artificial corresponde ao direito à privacidade. O Direito à Privacidade, atualmente, é apresentado com limitações e insuficiente para as demandas atuais, devendo-se expandir o conceito para aplicação na sociedade atual, que se encontra demasiadamente digitalizada, sendo sua evolução formulada por meio da proteção de dados pessoais do indivíduo (NEGRI; OLIVEIRA; COSTA, 2020).

Compreende-se, portanto, na visão de que o indivíduo deve estar no centro da decisão de compartilhamento de seus dados, sem que haja interferência de terceiros. Muda-se o conceito de controle, pelo próprio indivíduo, do uso das suas informações para a possibilidade de que ele escolha quais dados quer compartilhar (NEGRI; OLIVEIRA; COSTA, 2020). No entanto, atualmente, os indivíduos estão sendo seduzidos nas plataformas digitais à prática do exibicionismo, de maneira que promovem a abdicam de direitos como liberdade, intimidade ou privacidade (PAULICHI; CARDIN, 2020).

Ademais, é tratado por Tomasevicius Filho (2018):

Em fevereiro de 2018, foi lançado o relatório intitulado “The malicious use of artificial intelligence: forecasting, prevention and mitigation” (BRUNDAGE et al, 2018), elaborado por pesquisadores das Unizersidades de Cambridge e Oxford, no qual foram apontados três tipos de riscos que podem advir da inteligência artificial. O primeiro deles é o risco à segurança digital, por meio de intensos ciberataques generalizados. O segundo deles consiste nos riscos à segurança física, por meio

de lesões causadas por drones ou armas operadas com inteligência artificial. O terceiro risco consiste nos riscos à segurança política, por meio do monitoramento decorrente da análise de dados coletados em massa, a manipulação de vídeos, a invasão da privacidade e a manipulação social, por meio da análise de comportamentos humanos, costumes e crenças.

Ainda considera Tomasevicius Filho (2018) que os direitos da personalidade e a inteligência artificial podem ser considerados contextos opostos, pois os indivíduos se encontram em elevada vulnerabilidade com o uso indevido dessas tecnologias. Se destacaram alguns acontecimentos que ocorrem quando há a violação de alguns desses direitos no contexto da IA: ciberataques, através da apanhada excessiva de informações pessoais; tomada de decisões erradas por parte dos algoritmos, em detrimento de dados que são coletados; diagnósticos médicos que utilizam, de forma demasiada, dados pessoais, podendo afetar a privacidade; discriminação e manipulação do indivíduo em redes sociais.

No Brasil, a tutela desses direitos em detrimento do desenvolvimento das inteligências artificiais se entendeu, primeiramente, com O Marco Civil da Internet, Lei de nº 12.905/14, sendo a primeira legislação que tratou sobre a proteção de dados no Brasil com a concepção que a normativa tinha por objetivo delimitar princípios, garantias, direitos e deveres para utilização da internet no país, de modo que foi disposto sobre a atuação Estatal nesse sentido

Tendo isso em vista, a Lei de nº 12.905/14 dispõe em seu Art. 2º acerca dos fundamentos na disciplina do uso da internet no país:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:  
I - o reconhecimento da escala mundial da rede;  
II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade;

- III - a abertura e a colaboração;
- IV - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VI - a finalidade social da rede.

Como também, em seu Art. 7º, em alguns dos seus incisos, garante como direitos do usuário da internet, suscitando a importância da inviolabilidade de direitos como a privacidade, disciplinando o uso de dados pessoais, as limitações quanto ao uso desses dados e a responsabilização na hipótese de violação:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

(...)

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

justifiquem sua coleta;

não sejam vedadas pela legislação; e

estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX- consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma

destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei e na que dispõe sobre a proteção de dados pessoais;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

Por outro lado, também foi formulada a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei de nº 13.709/18, também disciplina o tratamento de dados em diversas esferas, e, de maneira geral, regulamenta em seu Art. 1º e 2º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;



- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Ante o que foi exposto, entende-se que as duas legislações apresentam garantias relacionadas à proteção de dados pessoais, de maneira que caiba ao detentor dos dados definir quais quer compartilhar, com observância aos direitos da personalidade. Dessa maneira, percebe-se que não há uma legislação específica que trate sobre os direitos da personalidade em face da inteligência artificial, em específico.

É para resolver essa problemática que surgiu o Projeto de Lei de nº 5.051/19, formulado pelo Senador Styvenson Valentim, para que se discipline o uso da inteligência artificial no Brasil. É, na verdade, a busca de caminhar para o que está acontecendo no mundo: a regulamentação do uso desse aparato (WOLOWSKI; CARDIN, 2020).

Como também, foi formulado o Projeto de lei de nº 5.691/19 ao qual busca tratar sobre a formação de uma Política Nacional de inteligência artificial, para que essa tecnologia seja aplicada em um ambiente oportuno. Cumpre-se tratar que esses dois projetos ainda se encontram em análise por parte do legislativo, sendo as violações de direitos da personalidade e demais outros apreciadas com a legislação vigente. Contudo, o país deve ir em busca de uma legislação que assegure à sociedade a proteção de seus direitos, principalmente os da personalidade, sem que se impeça o desenvolvimento tecnológico (SIQUEIRA; LARA, 2020).

## **CONCLUSÃO**

Pode-se concluir, dessa forma, que a Quarta Revolução Industrial promoveu o desenvolvimento tecnológico em diversos âmbitos, a dizer

do físico, biológico e digital. Na esfera digital, principalmente, foi-se destacado acerca da utilização de Inteligências Artificiais, afirmando que seus objetivos são centrados na manipulação e promoção de armazenamento de dados e entre outras atividades, que deixaram de ser feitas por seres humanos, em razão de que essas possuem maior capacidade de entendimento e aprofundamento.

Nesse sentido, foi destacado que, as IA (s) possuem diversos pontos positivos, principalmente na possibilidade de auxiliar o indivíduo nas suas atividades diárias, mas com seu uso indevido pode ocasionar na não observância e mitigação dos direitos da personalidade, a exemplo de ferir direitos à honra, privacidade, imagem, ou então, provocar riscos à segurança física, digital e política do indivíduo.

A proteção de dados pessoais surge como conceito basilar no uso dessas tecnologias, pois garante ao indivíduo a possibilidade de escolha de quais dados quer compartilhar, bem como do seu conhecimento acerca do compartilhamento desses dados. Contudo, tratou-se que, atualmente, os indivíduos estão sendo seduzidos pelas plataformas digitais e incentivados a praticarem o exibicionismo, abdicando de diversos direitos como a liberdade ou intimidade, por exemplo.

Considera-se também que os direitos da personalidade e a inteligência artificial são conceitos opostos, tendo em vista que, com o seu uso indevido, os usuários se encontram em elevado estado de vulnerabilidade. Sendo assim, no Ordenamento Jurídico Brasileiro são dispostas duas legislações que tratam sobre a regulamentação de direitos no meio digital: o Marco Civil da Internet, Lei de nº 12.905/14 e a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei de nº 13.709/18.

Embora essas leis regulamentem sobre alguns direitos no âmbito digital, não há uma legislação específica que trate sobre como devem ser assegurados esses direitos no contexto das inteligências artificiais. Surgiu os Projetos de Lei de nº 5.051/19 e 5.691/19 como forma de seguir outros países quanto à essa regulamentação, mas ainda está em fase de tramitação.

Sendo assim, entende-se a importância da garantia dos direitos da personalidade quanto às inteligências artificiais, tendo em vista

que elas estão sendo cada vez mais aplicadas na sociedade atual, e, para isso, cumpre afirmar que a criação de uma regulamentação específica se torna como um acontecimento essencial para que isso ocorra com eficiência.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece Princípios, Garantias, Direitos e Deveres para o Uso da Internet no Brasil**. Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

CARDOSO, Marcelo de Oliveira. **Indústria 4.0**: a quarta revolução industrial. 2016. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Automação Industrial) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

**DAMACENA, Joao Luiz Silveira**. A Proteção ao Direito Fundamental ao Trabalho no **Contexto da Quarta Revolução Industrial**: Uma Análise das Tecnologias Exponenciais que Produzem Desemprego Estrutural. 2018. 116 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: obrigações – contratos – parte geral** – v. 1, Carlos Roberto Gonçalves coord. Pedro Lenza. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Victor da Rocha. **A Indústria 4.0**: avanços e retrocessos com a utilização das novas tecnologias digitais no trabalho contemporâneo. 44 f. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Administração Pública) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues; COSTA, Ramon Silva. O uso de tecnologias de reconhecimento facial baseadas em inteligência artificial e o direito à proteção de dados. **Direito Público**, v. 17, n. 93, 2020.

PAULICHI, Jaqueline Silva; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Das formas de inteligência artificial e os impactos nos padrões de consumo e a proteção dos direitos da personalidade. **Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC**, 2020.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil:** parte geral e LINDB. 14 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

SOARES, Matias Gonsales. A Quarta Revolução Industrial e seus possíveis efeitos no Direito, economia e política. **Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a**, v. 13, 2018.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Inteligência artificial e direitos da personalidade: uma contradição em termos?. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 113, p. 133-149, 2018.

WOLOWSKI, Matheus Ribeiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino. A tutela normativa dos direitos da personalidade frente aos avanços da Inteligência Artificial. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 6, n. 2, p. 43-64, 2020.

# A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

## **EMANUEL MESSIAS PEREIRA DOS SANTOS JÚNIOR**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: emanueljunior46@gmail.com

## **MARCELA QUEIROZ DE FRANÇA DAMÁZIO**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Professora de Direito Ambiental e Direito Eleitoral (CICLO/CERS Aracaju). Professora de Direito Ambiental e Urbanístico (Faculdade de Direito 8 de Julho). Advogada. E-mail: profmarceladamazio@gmail.com.

## **TIAGO BOCKIE DE ALMEIDA**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Diretor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Público; e-mail: Tiagobockie@yahoo.com.br.

### **Resumo:**

O presente artigo tem como objetivo a discussão a respeito das intervenções tecnológicas, a partir da 4ª Revolução Industrial, e sua importância para a concretização da lei 14.133/2021, Nova Lei de Licitações. Neste sentido, foi exposto como a tecnologia é de suma importância para os princípios os quais o determinado diploma legal protege e de que forma isso ocorre.

Palavras-chave: Lei 8.666/93; Lei 14.133/21; Licitações; Princípio; Tecnologia.

## INTRODUÇÃO

### 1.1 As Revoluções Industriais e suas Contribuições

É sabido que o ser humano, dentro da sua inquietude e constante desejo de evolução, precisou de um grande avanço das suas tecnologias para alcançá-la. Com o avançar da história, a produção de tecnologias foi aumentando geometricamente em todos os âmbitos onde fazia-se presente a intervenção do homem.

Com o desiderato de promover uma melhor visualização acerca dos avanços tecnológicos promovidos ao longo do tempo, marcos históricos foram instituídos de modo a definir a tecnologia desenvolvida e o lapso temporal em que esta surgiu. Alguns destes marcos históricos são chamados de “Revoluções Industriais”, mais especificamente quatro as reconhecidas pela humanidade.

Inicialmente, e por óbvio, deve-se tecer considerações acerca da chamada Primeira Revolução Industrial, situada no tempo entre os séculos XVIII e XIX. Ocorrida, principalmente, na Inglaterra, destaca-se a inserção da tecnologia nos meios de produção com o intuito de fortalecê-la, robustecendo, conseqüentemente, o movimento capitalista. Dessa forma, distancia-se das manufaturas e inicia-se o processo industrial propriamente dito. Ademais, são inseridos os maquinários movidos a vapor, tecnologia de grande importância à época.

Seguidamente, ao final do século XIX, é iniciada a Segunda Revolução Industrial e esta vem para modernizar ainda mais as tecnologias existentes àquele período e promover mais inovações. Com o interesse industrial, levando também em consideração que era o Fordismo o modelo de produção vigente, diversas descobertas foram feitas, a saber: transformação de ferro em aço, eletricidade, criação e modernização de transportes, grande enfoque no melhoramento das formas de comunicação, entre outros. Assim, é perceptível que, em duas revoluções, já houve um grande avanço tecnológico dentro da vivência humana.

Posteriormente, como exposto acima, as necessidades humanas, entre o fim do século XX e o início do século XXI, passaram a exigir

uma maior intervenção tecnológica. Assim, no período em questão, no qual se insere a Terceira Revolução, diversas foram as criações e mudanças no meio industrial. Os avanços mais claros são no campo da informática, robótica e telecomunicações. Ademais, as fontes de energia também sofreram diversificação e é possível que notar fontes com uma refinação maior para a produção de energia elétrica como a solar e a eólica.

Por último, e adentrando no presente período, temos a Quarta Revolução Industrial.

Segundo Kagermann et al. (2013), o termo “Indústria 4.0”, que faz clara menção à revolução em questão, surgiu em 2011 na Alemanha. Observa-se que diversas características encontram referência na revolução anterior, porém com uma maior acentuação na capacidade de operação em tempo real, descentralização e interoperabilidade. Essas qualidades são de suma importância para diversos campos onde faz-se presente a intervenção humana, inclusive o direito.

## **1.2 A Tecnologia e o Direito**

Anteriormente, foi dito que com o passar do tempo, as necessidades humanas passaram a exigir uma maior sofisticação das tecnologias para que essas sejam supridas, o que engloba as relações jurídicas. Prova disso é a instituição, por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, do princípio da eficiência dentro do ordenamento jurídico brasileiro por necessitar a sociedade de uma maior celeridade e eficácia dentro dos fatos jurídicos vividos em seu cotidiano.

Essa necessidade imposta pela vida moderna torna-se evidente na medida em que se fez necessário emendar a *Lex Matter* com a intenção alçar ao patamar constitucional o modelo gerencial nas relações jurídicas, não somente entre particulares, como também no âmbito da Administração Pública, sendo, nessa, em particular, relevante a intervenção tecnológica no direito para que seja possível, na prática, a celeridade exigida pelo novo princípio constitucional.

Com ferramentas que intervém diuturnamente na vida humana, não pode o direito deixar de utilizá-las para que seus interesses sejam

alcançados. Assim, diversas são as alterações legislativas que têm a intenção de permitir que a Quarta Revolução Industrial adentre no universo jurídico. Nesse cerne, promove-se uma análise acerca das alterações trazidas pela Lei 14.133/2021, cognominada “Nova Lei de Licitações” e os princípios por ela evocados.

A inserção da tecnologia na seara jurídica vem para somar com a população e com as repartições públicas. A presença do digital em processos legais contribui para que diversos atos da administração pública guardem conformidade com princípios como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Naquilo que se refere à licitação, os ideais da Quarta Revolução Industrial aproximam os distantes, fazendo com que haja uma maior competitividade, permitindo à população e ao próprio Estado adquirir melhores bens e fruir de melhores serviços.

A implementação dessa tecnologia possibilita uma maior celeridade nos certames, promovendo economia de tempo e, conseqüentemente, de recursos financeiros e humanos. Com as mudanças, há uma maior publicização e melhor controle dos atos da administração pública referentes a licitações ensejando, assim, uma maior transparência das ferramentas de contratação tão importantes para a população brasileira.

Isto posto, é flagrante que a inserção tecnológica no âmbito jurídico é mister para que seja alcançado – ou ao menos aproximado – o ideal perseguido pelas normas jurídicas, notadamente a prática de atos administrativos eficientes e consentâneos com os cânones da Administração Pública. Destarte, passe-se a expor considerações sobre a Lei 14.133/2021 e seus desdobramentos na prática jurídica e na busca pelo respeito aos princípios da administração pública.

## **A NOVA LEI DE LICITAÇÕES: TECNOLOGIA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Iniciando o destrinchar da lei 14.133 de 01 de abril de 2021, visto que essa produção tem a intenção de trazer a importância deste diplo-



ma legal e a modernização que ele traz para o alcance dos princípios do direito administrativo, cumpre transcrever o teor do artigo 5º da mencionada lei, *in litteris*:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

É flagrante que o dispositivo legal tem a intenção clara de, antes de apresentar suas demais exigências legais, demonstrar que um de seus principais objetivos é o alcance dos princípios que regem a administração pública. Essa intenção tem como ferramentas, para concretizar essas finalidades, diversos mecanismos legais e, principalmente, a intervenção da tecnologia nos atos administrativos e, conseqüentemente, nos processos licitatórios.

Pois bem.

A discussão deverá ser iniciada pelo princípio mais nítido da gestão dos atos públicos:

o princípio da legalidade. Versa sobre determinado princípio Carvalho Filho (2011, p. 20) *in verbis*:

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto. entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo

dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude. Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.

Isto posto, é mais que perceptível que as normas propostas pelo Estado merecem obediência por todos, inclusive por quem as erigiu. Apesar de não parecer ser presente a tecnologia em relação a esse princípio, demonstrar-se-á no decorrer desse estudo que a lei exige diversos instrumentos tecnológicos no atual processo licitatório.

Destarte, se há uma exigência legal em determinado procedimento efetuado pelo ente público, em respeito ao princípio da legalidade, não será mais possível durante o processo a utilização de meios analógicos e não previstos na lei. O fato deve-se ao reconhecimento de que o ente público sofre a vinculação positiva, ou seja, é possível apenas que seja permitido, dentro de atos administrativos, apenas o que está exposto na lei. Meirelles (2016, p. 87), sobre a vinculação do ente público à lei expõe *ipsis litteris*.

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos.

Por conseguinte, apesar de não ser aparente a confluência, em um primeiro momento, entre a tecnologia e o princípio da legalidade,

sua união já se inicia a partir do texto legal e sua vigência. Se há a exigência de ferramentas tecnológicas no texto legal, a administração está vinculada às imposições e, com isso, está incidido o princípio da legalidade. Apresentado o princípio que gere todo e qualquer ato administrativo, segue-se para os demais demonstrando sua consonância com as evoluções tecnológicas e sua importância para esses.

## **A IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO TECNOLÓGICA PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE**

Entrando no mérito dos princípios da impessoalidade e moralidade, já é possível vislumbrar com mais clareza a união entre os princípios e a intervenção tecnológica. De acordo com Mello (2015, p. 117) a impessoalidade define-se da seguinte forma:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, caput), a fortiori teriam de sê-lo perante a Administração.

A outro giro, Carvalho Filho (2011, p. 22) define a moralidade da seguinte maneira:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir

o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

Assim, é cristalino que tais princípios impõem que os agentes públicos não tratem a *res* pública como se sua propriedade fosse e que todos os seus atos sejam pensados dentro de um limite voltado para ética e para o bom senso. Incita que referidos sujeitos adotem neutralidade e razoabilidade nos atos praticados.

A lei nº 14.133/21 evoca a impessoalidade de forma expressa em seu Art. 11º:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

(...)

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Exposto o diploma legal, percebe-se que há a presença dos princípios da impessoalidade e moralidade. Porém, para que se possa unir

a sua concretude com os meios tecnológicos trazidos pela Quarta Revolução Industrial, deve ser observada a imposição de implementação de processos de monitoramento dos processos licitatórios. Além de tocar no princípio da publicidade, que será comentado à posteriori, determinada exigência é uma forma de coibir a mitigação da impessoalidade e moralidade visto que está tudo sob os olhos de qualquer cidadão.

Essa determinação tem seu alcance explicado pelo Art. 12º da referida lei. Veja-se *in verbis*:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

VI - os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico;

§ 1º O plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

§ 2º É permitida a identificação e assinatura digital por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

Isto posto, já é possível observar as benesses da tecnologia no processo de licitação.

Conforme se nota, a moderna lei já exige que os meios de controle sejam digitais. São diversos os rudimentos que tiveram início na Quarta Revolução Industrial que se materializam no direito brasileiro uma lei com relevantes 194 artigos. A preferência pelos atos digitais, a divulgação em sítio eletrônico oficial, a assinatura digital, a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas, todos itens que fortalecem ainda mais a impessoalidade e a moralidade das licitações.

A tecnologia impõe que não é possível fazer nada às escuras, tudo é público e facilmente acessível às pessoas, independe de onde

elas estejam. A assinatura eletrônica, como uma forma de impedir meios arditos de colocar, no processo de licitação, agentes que não podem participar do procedimento por qualquer que seja o motivo existe graças aos avanços tecnológicos. Dessa forma, tudo deve ser ético, dentro dos estritos limites da legalidade, além de o tratamento relacionado aos licitantes completamente igual.

Ademais, sendo o meio eletrônico a regra, há uma aproximação dos distantes e, assim, não há como favorecer empresas de uma unidade federativa, ou de uma localidade específica. Todos têm a possibilidade de participar, independente da distância que estejam, e aumentar a concorrência fazendo com que a população tenha apenas a ganhar e, mais uma vez, fortalecer o princípio da impessoalidade.

Contrária à aproximação daqueles que estão distantes de uma obra, por exemplo, que será ocorrida em determinado local e, assim, fragilizando os determinados princípios, a Lei 8.666/93, expõe em seu Art. 21º, III, *in verbis*:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

Claramente que, após a intervenção da tecnologia, não é mais necessário que exista “jornais de grande circulação” para que seja apresentado um edital de licitação. Com a digitalização do processo,

tudo é instantâneo e facilmente acessível. Ademais, o dispositivo fala claramente em circulação deste meio de comunicação na região específica onde ocorre o processo licitatório. Com isso, aqueles interessados em potencial que estão mais distantes, podem não ter acesso à essa determinada informação. Tal formatação mitiga os princípios da impessoalidade e da moralidade por não permitir que todos tenham ao menos a oportunidade de conhecer o processo licitatório apenas por estarem fora de um raio territorial onde os meios de comunicação desta não conseguem extrapolar.

Logo, fica demonstrada a importância da tecnologia para a concretização dos princípios da impessoalidade dentro dos processos licitatórios a partir da vigência da Lei nº 14.133 de 2021.

## **A TRANSPARÊNCIA DOS ATOS LICITATÓRIOS A PARTIR DA LEI 14.133/21 E O EMERGIR DA PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA**

Com o avanço da discussão, entramos em uma seara onde diversos princípios são claramente presentes concomitantemente em alguns dispositivos. Esses são: publicidade e, conseqüentemente, a transparência e segurança jurídica. Para que haja uma fácil compreensão desta produção, é mister que sejam, primeiramente, apresentados os determinados princípios para que, posteriormente, sejam observados dentro da perspectiva legal.

Inicialmente, apresentemos o princípio da publicidade que, por óbvio, enseja a presença do princípio da transparência. Expõe Mazza (2019, p. 127) *ipsis litteris*:

O princípio da publicidade pode ser definido como o dever de divulgação oficial dos atos administrativos (art. 2º, parágrafo único, V, da Lei n. 9.784/99). Tal princípio encarta-se num contexto geral de livre acesso dos indivíduos a informações de seu interesse e de transparência na atuação administrativa(...).

Apresentada a definição doutrinária, percebe-se que a publicidade e transparência são inseparáveis.

Em relação a segurança jurídica, este é um instituto jurídico que tem sua existência pautada na certeza que as pessoas têm daquilo que está previsto em lei (MELLO, 2015). Ou seja, é a possibilidade de antever o que seus atos ou, até mesmo, os atos da Administração Pública ensejarão. É o meio de garantia que o administrado tem de não viver em um meio de insegurança ou obscuridade. Dentro do processo licitatório, o indivíduo terá a certeza de tudo o que é praticado pelo agente público bem como os atos subsequentes.

Com isso, é necessário promover o liame entre os princípios já apresentados princípios à nova lei de licitações.

O maior marco referente à publicidade e a transparência é a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), instituído no artigo 174 na Nova Lei de Licitações (MELLO, 2015). O PNCP é o meio virtual – clara presença da informática – pelo qual a Administração pública os atos referentes às licitações. Nele serão publicados: atos exigidos pela lei nº 14.133; informações sobre as contratações, incluindo planos de contratações anuais; catálogos eletrônicos de padronização, editais de credenciamento e de pré-qualificação; atas de registros de preços; notas fiscais eletrônicas.

O Portal Nacional de Contratações públicas tem a função de publicizar os atos da administração pública e, com isso, torná-los ainda mais transparentes. Essa ferramenta se concretiza graças aos relevantes avanços das tecnologias trazidos pela Quarta Revolução Industrial e sua intervenção nos fatos jurídicos. Bem de ver que a atuação tecnológica tornou possível essa maior publicidade e, portanto, uma maior transparência e segurança jurídica.

Em comparação com a Lei 8.666/93, como disposto no artigo 16, a publicidade de produtos, valores e participantes da transação ocorria apenas de forma mensal, “em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso ao público”. É uma grande discrepância em relação ao disposto pela Nova Lei de Licitações e isso otimizou-se graças à intervenção da tecnologia no meio legal.



Em contrapartida, atualmente, aqueles que se propuserem a acessar o PNCP têm a possibilidade de saber quais atos estão sendo praticados pela administração pública, quem está sendo contratado, por qual valor está sendo contratado a partir das notas fiscais eletrônicas e quem está cadastrado e apto a, futuramente, ser contratado pelo ente público. Ademais, saberão em qual fase do processo licitatório determinada contratação se encontra. Tais fatos são uma clara manifestação do respeito a publicidade, transparência e segurança jurídica.

Apresentados os fatos e a lei, é perceptível que, graças à intervenção tecnológica, os determinados princípios estão cada vez mais próximos da sua ampla concretude.

Conseqüentemente, com o caminhar a passos largos do avanço tecnológico, o “dever ser” colocado pelo direito vem aproximando-se cada vez mais da realidade perseguida pelo ordenamento e trazendo um conforto e uma segurança para a vida do agente social.

## **A INTERVENÇÃO TECNOLÓGICA POR MEIO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A GARANTIA DA EFICÁCIA DO PROCESSO LICITATÓRIO**

Por último, cumpre apresentar a discussão sobre o princípio da eficiência e, conseqüentemente, celeridade e economia. Determinados princípios caminham de mãos dadas e, graças a imposição legal da presença tecnológica no processo de licitação, estes tornaram-se mais concretos na vida real.

Primeiramente, para tornar claro sobre o que cada princípio versa, inicia-se comentando sobre a eficiência. Nesse diapasão, Carvalho Filho (2011, p. 32) compreende tal princípio como:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do

princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização, como acentua estudioso sobre o assunto.

Por conseguinte, é notável que o cerne do princípio é a economia de recursos financeiros, além de humanos e de tempo, em relação aos seus atos administrativos.

Muito da atual velocidade das relações humanas advém dos benefícios trazidos pós Quarta Revolução Industrial. É óbvio que essa alta intensidade dentro de todas as relações humanas se estenderia para os fatos jurídicos.

Com a instituição da lei 14.133/2021, diversos dispositivos ali inseridos demonstram a intenção de acelerar o processo licitatório e, com isso, fazer com que se economize tempo e recursos financeiros trazendo, a reboque, um enrijecimento do princípio da eficácia.

Para que seja contraposto o que foi acima apresentado com a lei, observemos, a título de exemplo, o artigo 32, §1º, I, da Lei 14.133/2021 que regula a modalidade de licitação intitulada de “diálogo competitivo”, veja-se *ipsis litteris*:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

(...)

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições: I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;

A possibilidade de manifestação em tão poucos dias, ainda mais sendo esses úteis, é, obviamente, devido aos avanços tecnológicos pós Quarta Revolução Industrial. O edital ser disponibilizado em sítio eletrônico permite que este seja mais difundido, mais conhecido e,

por consequência, aqueles que tiverem interesse em participar do processo licitatório poderão demonstrar o interesse de forma mais rápida e prática.

Não seria mais condizente com a realidade a possibilidade de prazos extensos, assim como é previsto no artigo 21, §2º, I da lei 8.666/93 que previa o prazo de até 45 dias para o recebimento das propostas relacionadas às modalidades de concurso e concorrência, em algumas situações, por exemplo.

Retornando à nova lei, os objetos adquiridos por meio do diálogo competitivo devem ter como condições “inovação tecnológica ou técnica”, “impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado” e “impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração”.

Conseqüentemente, com essas especificações, é claro que os objetos geridos por essa modalidade são de grande importância para a sociedade. Com isso, a celeridade no seu processo de aquisição se mostra relevante, sendo disposto apenas 25 dias úteis para a manifestação dos interessados, é possível perceber que a celeridade no seu processo licitatório é premente e há o respeito à esta graças à intervenção tecnológica.

## **CONCLUSÃO**

Apresentados todos os aspectos desejados, é flagrante que a existência da lei 14.133/2021 e a eficácia trazida em seus dispositivos é fruto dos avanços tecnológicos trazidos pela Quarta Revolução Industrial.

Não é possível, sem a tecnologia, que seja falado em portais eletrônicos e disponibilização de documentos, notas fiscais, credenciais de agentes que desejam participar de processos de licitação, tabelamento de preços por meio destes; em sítios virtuais, em um meio de comunicação exclusivo para o diálogo entre a administração pública e aqueles geridos por ela com um foco único nas licitações conduzidas por esse.

Com isso, não é possível falar na lei 14.133/2021 sem a tecnologia. A lei é toda pautada nela e apenas por ela é possível que os princípios os quais o diploma legal se propõe a defender sejam efetivados. Como foi apresentado, anteriormente, diversos princípios, por conta de limitações no refinar tecnológico, eram diariamente mitigados.

Não é possível que seja falado em impessoalidade e moralidade onde, apenas por conta da distância, agentes potenciais à participação do processo de licitação são excluídos do procedimento apenas por não estarem na linha de alcance de “jornal de grande circulação” de determinada região. A nova Lei de Licitações, munida das tecnologias oriundas da Quarta Revolução Industrial, impõe que os editais sejam divulgados em portais oficiais pelo órgão responsável da licitação. Em um acesso rápido, simples e extremamente democrático, tal como se pretende com a lei em questão, não há espaço que impeça o agente interessado a ter acesso a esse edital.

Não é possível que seja falado em uma ampla publicidade, transparência e segurança jurídica se a divulgação dos atos ligados à determinada licitação é feita apenas mensalmente, em “quadro de avisos” com amplo acesso ao público. A Nova Lei de Licitações, açambarcando as tecnologias advindas da Quarta Revolução Industrial, instituiu em seu texto legal o Portal Nacional de Contratações Públicas que tem a função de dispor, instantaneamente, sobre todas as informações de ligadas a determinados processos licitatórios, salvo, por óbvio, as hipóteses que antevêm a possibilidade de risco à segurança nacional em caso de divulgação de informações. É possível que qualquer indivíduo tenha informações de qualquer gênero, seja informações ligadas aos contratantes, aos preços pagos pelos serviços e produtos ou até mesmo o prazo do contrato firmado. Isto posto, graças à presença do avanço à tecnologia, esse conjunto de princípios teve a sua garantia tornada mais robusta.

Não é possível que haja uma totalidade na eficiência se existem longos prazos dentro de todo o procedimento licitatório. A Nova Lei de Licitações, agregando as melhorias digitais trazidas pela Quarta Revolução Industrial, torna ainda mais célere o processo de compra

pública por meio das praticidades ligadas ao mundo digital. Divulgação de edital, convocação de candidatos, apresentação e avaliação de propostas, por ocorrerem no meio eletrônico, permitem um prazo dirimido em relação aos apresentados pela lei anterior. A velocidade do processo ocorre por conta da instantaneidade imposta pelos avanços tecnológicos e isso enseja uma maior celeridade no certame quando olhado por completo.

Apresentado o tema, fica cristalino que as tecnologias trazidas pela Quarta Revolução Industrial possibilitam a existência e auxiliam, com o seu advento, a lei 14.133/2021 e toda sua eficácia, principalmente ligada ao viés principiológico.

Como demonstrado, a intervenção da tecnologia tornou possível o enrijecimento de diversos princípios dentro da prática licitatória. Em comparação à lei 8.666/93, é nítida a evolução trazida pela nova lei e como isso pode trazer uma segurança jurídica para toda a população brasileira. O diploma legal deve ser valorizado e, quando houver maiores evoluções da tecnologia, a norma seja adaptada para estas com a intenção de mantermos o caminhar salutar entre direito e tecnologia.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Emenda Constitucional nº 18, de 4 de junho de 1998. Modifica o Regime e Dispõe Sobre Princípios e Normas da Administração Pública, Servidores e Agentes Políticos, Controle de Despesas e Finanças Públicas e Custeio de Atividade a Cargo do Distrito Federal, e dá Outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jun. 1998.

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 União**: seção 1, Brasília, DF, 22 jun. 1993

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: Seção 1- Extra F, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 2, 1 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011.

KAGERMANN, H et al. **Recommendations for implementing the strategic initiative Industrie**. 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

# A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O DESCOMPASSE DEMOCRÁTICO: COMO O AVANÇO DA TECNOLOGIA PODE INTERFERIR NO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

## **ALESSANDRA SILVA DE CARVALHO**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail:carvalho\_alessandraa@outlook.com

## **GUSTAVO SILVA CALÇADO**

"Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. mestre em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social da Constituição; doutorando em Direito Constitucional, parecerista da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal e professor de pós-graduação Damásio Educacional. Possui obras publicadas, artigos e capítulos em obras especializadas. É professor de Direito Constitucional e advogado"

### **Resumo:**

É unânime no mundo que a tecnologia se tornou indispensável para a atividade humana, a tal ponto que é indagado sobre a existência de uma quarta revolução industrial, decorrente da convergência de tecnologias digitais, físicas e biológicas no mundo atual. Destaca-se, neste contexto, a influência das redes sociais e dos sites de internet na vida das pessoas, através da regulação algorítmica, em seu modo de viver, agir e pensar, afetando, inclusive, no Estado Democrático. Assim, é o objeto do presente estudo, além da compreensão sobre a existência ou não de uma quarta revolução industrial, entender o que são algoritmos, como eles funcionam e qual é seu poder de influência, seja de forma negativa ou positiva, na escolha dos seres humanos no exercício da democracia.

Palavras-chave: Exercício da democracia; regulação algorítmica; redes sociais e sites de internet; quarta revolução industrial.

## INTRODUÇÃO

As Revoluções Industriais são um marco na história da humanidade. Elas inauguraram um novo período de inovação, transformação e desenvolvimento na vida das pessoas e do mundo. No caso da 1ª Revolução Industrial, ocorrida, sobretudo, na segunda metade do século XVIII, houve a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado, com o uso de máquinas (produção de grande escala), ou seja, houve a mudança no modo de produção do mundo.

A maior particularidade da segunda revolução (1850-1945) envolveu o desenvolvimento de indústrias química, elétrica, de petróleo e aço, além do progresso dos meios de transporte e comunicação. Ou seja, o ser humano passou a explorar diversas áreas da ciência para ter uma vida mais prática e sem grandes esforços, como por exemplo, ter uma locomoção mais rápida e durabilidade maior dos alimentos com a criação dos enlatados.

Já a terceira revolução (1950 – 2010) foi marcada por maiores avanços na ciência, decorrentes do período da Guerra Fria, no qual houve a substituição gradual da mecânica analógica pela digital, pelo uso de microcomputadores e criação da internet. Além do massivo investimento em robótica, em novas fontes de energia, engenharia genética e biotecnologia. Ou seja, inaugura-se uma sociedade interconectada, com meios de comunicação instantâneos e exploração do universo tecnológico.

Logo, é perceptível que cada revolução industrial trouxe uma expressiva mudança no modo de vida e de pensar das pessoas sendo indagável, no presente século, a existência ou não de uma quarta revolução industrial, decorrente do poder transformador existente em praticamente todas as tecnologias atuais, principalmente advindas das redes sociais, como Instagram e Facebook.

Nesse interim, independentemente do reconhecimento dessa quarta revolução, é uníssono no mundo que a tecnologia faz parte da vida do ser humano, sendo indispensável para seu relacionamento e realizações cotidianas. Portanto, pode-se afirmar que, para o indivíduo



viver socialmente de forma digna, ele precisa estar em contato com a tecnologia operacionalizada pelos aplicativos e sites digitais.

Entretanto, o universo da tecnologia e das redes sociais é muito vasto, não existindo uma claridade sobre o seu funcionamento, principalmente, no que tange à atuação dos seus algoritmos, o que pode acarretar riscos aos seus direitos, como por exemplo, direito ao voto livre, à privacidade, de escolha e a liberdade de expressão.

Ou seja, a tecnologia e suas formas de operação possuem dois lados de uma mesma moeda, no sentido de que, embora seja fundamental para o ser humano, ela pode trazer riscos inimagináveis, os quais ainda não são previstos ou regulamentados no ordenamento jurídico, visto que a mutabilidade social é maior que a mutabilidade jurídica.

Assim, esta investigação se propõe a compreender se, de fato, existe uma quarta revolução industrial? Quem defende esse pensamento, quais seriam suas características e como o seu reconhecimento interferiria nas vidas das pessoas e seus reflexos no direito?

Ademais, o presente estudo, soma esforços no sentido de compreender o que são algoritmos, como eles funcionam e qual é o seu poder de influência, seja de forma negativa ou positiva, na escolha dos seres humanos no exercício da democracia? E, no caso dos seus efeitos negativos, como o direito agiria para resolver os possíveis problemas causados pelos algoritmos ou será que somos completamente reféns do seu controle?

Nesse sentido, o presente estudo está dividido em cinco blocos, o primeiro sobre a quarta revolução industrial e seus desdobramentos, o segundo sobre os algoritmos como reflexo da quarta revolução, o terceiro sobre como os algoritmos interferem no Estado Democrático, o quarto sobre possíveis soluções para compassar o algoritmo com a democracia e, por fim, a conclusão da investigação.

Na construção do presente artigo, foi utilizado o método dedutivo, partindo da análise geral do que é a quarta revolução industrial e suas facetas nas redes sociais, para alcançar o entendimento de como os algoritmos funcionam e influenciam os seres humanos, e se é pos-

sível a intervenção do direito em sua regulação e reparação dos seus problemas ou se estamos diante de uma impossibilidade de atuação do direito. Além disso, foi empregado o uso de fontes bibliográficas e legislativas para alcançar uma pesquisa de natureza qualitativa.

## **A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E SEUS DESDOBRAMENTOS**

A indagação sobre a existência de uma quarta revolução industrial é trazida, de forma inicial, pelos economistas, devido à convergência de tecnologias digitais, físicas e biológicas no mundo atual. O principal expoente e defensor dessa revolução é o presidente do Fórum Econômico Mundial, Klaus Schwab, autor, inclusive, do livro *A Quarta Revolução Industrial*, que citaremos a seguir.

Pois bem, nesse livro, Klaus Schwab (2016, p. 22) diz que “a quarta revolução industrial é única por causa da crescente harmonização e integração de muitas descobertas e disciplinas diferentes”. Ou seja, não é um mero avanço da tecnologia em alguma área específica, mas sim de uma transformação que englobará os mundos físico, digital e biológico, a tal ponto que transformará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos.

De fato, o conjunto de tecnologia existente já tem modificado a forma como as pessoas vivem e trabalham, como por exemplo, o lançamento da empresa Tesla do automóvel Tesla Model Y. Trata-se de um carro que além de ser movido a energia elétrica ao invés de combustível, tem a funcionalidade de andar sozinho, sem a necessidade de controle de uma pessoa humana, ou seja, ele é dirigido por pura tecnologia.

Aliás, pesquisas realizadas pelo site UOL mostram que este modelo estabeleceu outro recorde mensal de vendas para um carro elétrico, 92.221 unidades, entre janeiro e março de 2022. Ou seja, a tecnologia está modificando a forma de pensar, comprar e viver das pessoas, sendo o Tesla Model Y um mero exemplo dentre um mar de transformações. Afinal, quando seria cogitado a existência de um carro que anda sozinho?

Nesse sentido, de acordo com Klaus Schwab (2016, p. 16-17), há três razões pelas quais as transformações atuais não representam uma extensão da terceira revolução industrial, mas a chegada de uma diferente, são elas:

Velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas.

Amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas o “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos.

Impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade.

Diante disso, é visível que embora a terceira e a quarta revolução industrial estejam relacionadas com tecnologia, esta é diferente daquela em proporções gigantescas. Agora, o princípio norteador da quarta revolução é que as empresas poderão criar redes inteligentes que poderão controlar a si mesmas (REVISTA RBA, 2019, p. 24-25). E, nesse momento, surge o lado negativo ou ponderativo desse avanço, pois com tamanha novidade e transformação, quem e como se resolverá os problemas que ela causará?

Um ponto ponderativo é como será o trabalho humano diante do avanço da inteligência artificial, biotecnologia e robôs? Ora, tal reflexão já era feita em 1930, por John Maynard Keynes na célebre conferência *Economic possibilities for our grandchildren* (ou Possibilidades econômicas para nossos netos, tradução nossa), onde foi enfatizado a velocidade com que o avanço da tecnologia impactava alguns setores

da economia e sobre outros que ainda poderiam ocorrer, mas também demonstrou preocupação:

Estamos sendo atingidos por uma nova doença, dos quais alguns leitores podem ainda não ter ouvido o nome, mas que eles vão ouvir uma grande quantidade nos próximos anos – ou seja, o desemprego tecnológico. Ou seja, um desemprego ocasionado pela nossa descoberta de meios de economizar na utilização de mão de obra ultrapassando o ritmo em que podemos encontrar novos usos para trabalho (KEYNES, 1930, p.3, tradução nossa).

Inclusive, no Fórum Mundial de Davos, em janeiro de 2016, foi apresentado a controversa de que a quarta revolução industrial, com o avanço da inteligência artificial, robôs e nanotecnologia, poderá acabar com cinco milhões de vagas de trabalho nos 15 países mais industrializados do mundo (PERASSO, 2016).

Um número aterrorizante de fato, mas que nos leva a uma conclusão, se estamos vivendo essa revolução, precisamos mudar a forma de pensar, de agir e de educar para nos adequarmos a tais transformações. Afinal, não podemos retroagir para a era das cavernas, pelo contrário, devemos avançar para o crescimento tecnológico, com novas ideias, novos parâmetros de atuação e de convivência.

Ademais, embora tenhamos explanado sobre o ponto negativo ou controverso na seara do trabalho com a quarta revolução industrial, o presente estudo se debruçará a analisar de forma detalhada os algoritmos das redes sociais, abordando o aspecto de como eles influenciam na escolha do ser humano no exercício da democracia.

Portanto, primeiramente, é fundamental reconhecer que há uma quarta revolução industrial se desenvolvendo no presente século para que possamos refletir na forma de atuação e solução de conflitos decorrentes dela. Afinal, somente é possível gerenciar, defender e agir o que, de fato, existe e é reconhecido na sociedade e no mundo.

Por fim, a importância de reconhecer a sua existência é que o mundo jurídico poderá debruçar sobre o tema, elaborar normas e

planos de ação nesse contexto, na tentativa de acompanhar a mutabilidade social. Da mesma forma, a população conhecendo sobre sua vigência, poderá produzir e criar novas estratégias para associar as realizações humanas com a tecnologia, sem que aquela perca seu espaço no mundo, além de diminuir os efeitos negativos desse avanço, como veremos alguns exemplos no próximo tópico.

## **ALGORITMOS: REFLEXO DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL**

Um dos aspectos inovativos decorrentes da quarta revolução industrial são as redes sociais e os sites da internet criados, movidos e mantidos por algoritmos. O sociólogo e professor brasileiro Sergio Amadeu da Silveira (2019, p. 12) conceitua algoritmos como “um conjunto de rotinas finitas e logicamente encadeadas que tratam dados para atingir os objetivos ou realizar os procedimentos definidos pelos seus desenvolvedores”.

A matemática Cathy O’Neill, preocupada com o desenvolvimento dos mais recentes algoritmos, os definiu como “regras formais, geralmente escritas em código de computador, que fazem previsões sobre eventos futuros baseados em padrões históricos” (O’Neill, 2017, online, tradução nossa).

Ou seja, com base nesses dois conceitos, pode-se extrair que os algoritmos são os responsáveis, no caso, pela performance e funcionamento das redes sociais e dos sites da internet, como Facebook, Twitter, Instagram e Google. A sua mão invisível é completamente baseada em dados, extraídos de acordo com cada perfil de usuário, de forma que somente será exposto as pessoas as informações e os perfis que estejam em sintonia com sua forma de pensar e agir.

Nesse sentido, de forma alegórica, podemos compreender o funcionamento do algoritmo a partir da Alegoria da caverna ou Mito da caverna, relatado no Livro VII, do livro A República, do filósofo Platão (2011, p. 296-338). Em síntese, é relatado que homens viviam em uma morada subterrânea, em forma de caverna, com apenas

uma entrada aberta à luz, desde a sua infância. Eles estavam de pernas e pescoço acorrentadas, de modo que não podiam mexer-se nem ver senão o que está diante deles. Havia também uma luz que lhes chega de uma fogueira acesa numa colina e, entre o fogo e os prisioneiros havia um muro, no qual sombras/imagens eram projetadas pela fogueira.

Com base nisso, é possível associar que, as pessoas que utilizam as redes sociais são os homens que estavam dentro da caverna escura, sem mover-se e nem olhar para trás, podendo ver somente o que ocorria à sua frente; a própria rede social seria o muro que separa os prisioneiros e a fogueira e, por fim, as sombras/imagens projetadas pela fogueira seriam os algoritmos.

Nessa lógica, assim como os prisioneiros da caverna somente podiam ver as imagens refletidas pela fogueira no muro que os separa, hoje, os seres humanos utilizadores das redes sociais, somente veem no aplicativo aquilo que o algoritmo deseja que eles vejam. Logo, é perceptível que há uma regulação algorítmica que acontece por trás de cada aplicativo e site de internet, interferindo diretamente no poder de escolha e de decisão de cada ser humano. Nesse ponto de vista, já explanava o professor Sergio Amadeu da Silveira (2019, p. 67, 69-70):

Os sistemas algorítmicos podem alterar nossa liberdade de escolha ao restringirem as opções que nos são apresentadas nas redes digitais.

Esse fenômeno de delimitação do que pode ser visto, lido ou ouvido é o elemento fundamental da modulação. Trata-se do processo de ofertar de modo individualizado um conjunto de opções, sejam extraídas pelos algoritmos de bancos de dados sobre os usuários, sejam peças de marketing específicas para cada perfil. O objetivo final do tratamento de dados pessoais realizado pelas tecnologias de big data é modular o comportamento das pessoas, levando-as a encontrar mais certas mensagens do que outras.

Dessa forma, pode-se concluir que o algoritmo tem um caráter performativo, ou seja, altera os ambientes em que são utilizados, de acordo com cada indivíduo, gerando efeitos, muitos dos quais não previsíveis. Por isso, é fundamental que as sociedades democráticas avancem na compreensão das suas implicações e funcionamento. Pois, só assim será possível encontrar o melhor modo de regular essas tecnologias que começaram a regular nosso comportamento e nossa relação com o Estado.

Diante do exposto, é indiscutível o poder de influência que os algoritmos possuem em nossas vidas e, por isso, no próximo tópico abordaremos duas interferências negativas que nos ajudarão a alcançar uma conclusão justa e satisfatória sobre esse grande programa.

## **COMO OS ALGORITMOS INTERFEREM NO ESTADO DEMOCRÁTICO**

De início, impõe destacar que um dos fundamentos do Estado Democrático é a supremacia da vontade popular, expressada atualmente pelas eleições. Por mais imperfeito que ela seja, é através do voto que os cidadãos podem expressar as suas convicções e eleger os programas e protagonistas que os governam. Inclusive, o direito ao voto, exercido de forma direta, universal e secreta, é consagrado no Brasil, como uma verdadeira clausula pétrea, conforme o art. 60, §4º, II, CF/88. Portanto, conclui-se que a eleição é um dos instrumentos mais efetivos para fazer cumprir a vontade do povo no caso eleições serem livres e participadas, além do que é sempre mais justo que os próprios governados escolham livremente os que irão governá-los (DALLARI, 2016, p. 182).

Entretanto, diante de um contexto em que as pessoas são influenciadas e reguladas pelos algoritmos no seu pensar, agir e viver, será que no momento de exercer seu voto, o cidadão atuará de forma voluntária e consciente, ou com base no que o algoritmo pré-determinou? Será que as estruturas tecnológicas incorporadas às plataformas de mídia amplamente usadas e abusadas no cotidiano interferem

diretamente na forma como os processos e resultados políticos são moldados? Alcançaremos tais respostas a partir de casos emblemáticos envolvendo algoritmos e democracia, estes mencionados no livro *Democracia e os códigos invisíveis* (SILVEIRA, 2019).

O primeiro caso diz respeito à *Cambridge Analytica* e às eleições de 2016 nos Estados Unidos. A *Cambridge Analytica* é uma empresa privada que trabalhou na campanha presidencial de Donald Trump, bem como para o grupo que promovia a saída do Reino Unido da União Europeia. No ano de 2016, ela foi acusada de combinar mineração e análise de dados com comunicação estratégica para o processo eleitoral.

O caso em si foi um esquema de coleta de dados realizado por meio de um teste psicológico chamado de “*This is your digital life*” ou “Esta é sua vida digital” (tradução nossa), aproveitando-se de uma brecha nos termos e condições do Facebook que não proibia expressamente a venda de dados coletados na rede social por aplicativos.

Portanto, quando o usuário fazia o teste, ele não entregava apenas as suas informações, mas as de toda a sua rede de amigos. Posteriormente, esses dados foram vendidos e utilizados pela *Cambridge Analytica*, quando trabalhava na campanha presidencial de Donald Trump. Assim, ao acessar dados, como nome, endereço, e-mail, hábitos e gostos pessoais, a empresa analisava o perfil de cada eleitor e direcionava as suas propagandas políticas a favor de seus clientes (PRIVACIDADE HACKEADA, 2019).

Com esse escândalo, foi-se questionado sobre a interferência dos algoritmos na tomada de decisões dos cidadãos, inclusive sobre os votos que elegeram Donald Trump como presidente do Estados Unidos em 2016. É importante comentar que, nesse período, não existia regulamentação jurídica sobre a internet, seus dados e funcionamento. Assim, esse caso trouxe à tona a influência direta dos algoritmos na escolha de vontade das pessoas, seja esta conscientemente ou não.

Com isso, a partir desse episódio, o mundo ficou em alerta sobre a necessidade de regulamentação e de clareza das regras na utilização dos algoritmos não só da internet, mas sobre qualquer outro meio de



coleta e tratamento dos dados pessoais, ainda mais em um mundo onde praticamente todas as pessoas resolvem seus assuntos por meio do computador ou de um smartphone. Afinal, as redes sociais fazem parte do cotidiano das pessoas, então, a transparência do seu funcionamento é o primeiro passo para tornar o ambiente mais democrático ao invés de manipulatório.

Ademais, para reforçar como a tecnologia interfere na política e vice-versa, veremos o segundo caso, agora ocorrido no Brasil. O caso paradigmático envolveu o uso não transparente da plataforma do Google e os embates sobre a reforma da previdência social no Brasil, no início de 2018. Na época, o Presidente Michel Temer se reuniu com representantes do Google com a finalidade de organizar o redirecionamento de buscas sobre a previdência para resultados elaborados pelo governo.

Ou seja, o ex-presidente Michel Temer comprou os resultados no mecanismo de busca do Google para que o algoritmo direcionasse as informações referente aos aspectos positivos da reforma da previdência social para as pessoas que utilizassem a plataforma do google. Ora, trata-se de uma evidente tentativa de modulação das condutas com a finalidade de reorientar o comportamento político e a opinião pública.

Então, é de clareza hialina o poder dos algoritmos envolvidos nas redes sociais e sites de internet que podem definir a agenda política e subordinar os cidadãos aos interesses dos seus representantes políticos, interferindo diretamente no sistema democrático. Também é preocupante no sentido de ser um ambiente propício para disseminar mentiras, exageros e notícias completamente fabricadas com o objetivo de manipular a opinião, às chamadas Fake News, que prejudicam a todos. Nessa direção também entende o grande escritor Sergio Amadeu da Silveira (2019, p. 66-67):

Enfim, os algoritmos dos mecanismos de busca podem interferir na formação das condições necessárias à existência da democracia controlando a visualização dos resultados a partir do ordenamento seletivo e engajado.

A mediação e o controle algorítmico de quem deve ou não visualizar determinadas mensagens nas redes sociais online, bem como o ordenamento dos resultados de busca apresentados sem que as pessoas possam saber ou escolher os critérios de posicionamento do que procuram, podem interferir de modo negativo nas condições de disputa entre as forças políticas numa democracia. Atuando num largo período de tempo, os algoritmos podem criar assimetrias invisíveis e desequilíbrios performativos completamente antidemocráticos.

Assim, é possível afirmar que as estruturas tecnológicas incorporadas às plataformas de mídia sociais interferem diretamente na forma como os processos e resultados políticos são moldados, visto que, os algoritmos são capazes de manipular o que é visto pelas pessoas (sem que elas tenham o claro conhecimento) e, com isso, direcionar as informações que mais se adequem ao perfil do usuário, induzindo-os a determinado político ou ideia.

Ademais, uma ponderação necessária é que a preocupação com o funcionamento dos algoritmos não pode gerar brechas para novos modelos de censura e controle dos discursos contrários aos detentores do poder político e econômico. É certo que os seres humanos são seres influenciáveis, principalmente hoje, numa rede interconectada com o mundo todo e, a partir do exposto, sabemos que os algoritmos interferem diretamente nesse induzimento, por isso, é necessário buscar o equilíbrio nesse meio também. Nesse sentido, abordaremos no próximo tópico possíveis soluções para esse dilema, para que possamos manter o equilíbrio entre a liberdade, a manipulação e a democracia.

## **SOLUÇÕES PARA COMPASSAR O ALGORITMO COM A DEMOCRACIA**

A partir da construção exposta, é inegável a influência dos algoritmos na vida das pessoas, principalmente, quando estão no exercício da democracia. As plataformas como Facebook, Twitter, Instagram

e Google têm sido fundamentais para a formação da opinião política em grande parte dos países. Mas essas sociedades não têm como saber se a interferência algorítmica possui um viés político na condução dos debates e na disseminação de conteúdos, pois possuem código fechado, são caixas-pretas desenvolvidas e mantidas por empresas privadas.

Assim, tem-se como primeira solução para resolver os possíveis problemas causados pelos algoritmos e, assim, diminuir a manipulação deles, a existência de transparência em relação funcionamento básico dos algoritmos nas redes sociais e nos sites da internet, mesmo que sejam comandados por empresas privadas, visto que elas devem respeito às normas democráticas dos países.

Afinal, se os critérios de escolha (o que pode ser visto ou ofertado) para controlar o alcance de uma mensagem não são conhecidos, temos uma zona perigosa para a democracia.

Inclusive, de acordo com o entendimento do professor Sergio Amadeu da Silveira (2019, p. 102-103) “os algoritmos só poderão servir à democracia se forem transparentes e governáveis. Invisíveis, ocultos ou obscuros não poderão ser socialmente auditados, portanto não poderão ser democraticamente controlados”.

Uma segunda solução, é o aprofundamento sobre o tema para a criação consciente, técnica e aplicável de normas de adequação e funcionamento no ambiente tecnológico em que vivemos. É bom ressaltar que o Brasil está no caminho para esse objetivo, através de normas iniciais como o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Existe também a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais/LGPD (Lei nº 13.709/2018) que determina a maneira como as informações pessoais devem ser tratadas pelas empresas do setor público ou do setor privado. Ela ainda influencia diretamente no General Data Protection Regulation — GDPR, um conjunto de leis em vigor nos países da União Europeia que afeta as empresas brasileiras com negócios no exterior.

Além disso, a recentíssima Emenda Constitucional nº 115, aprovada em fevereiro de 2022, acrescentou ao rol do art. 5º, da Carta Magna, o inciso LXXIX, cujo dispositivo institui a proteção dos dados pessoais, mesmo nos meios digitais como um direito fundamental.

Tais normas ainda são embrionárias na sua aplicação para a regulamentação e a proteção do indivíduo no meio tecnológico, mas são marcos importantes para o crescimento e aprofundamento do tema no Brasil, além de que estão tomando visibilidade e, conseqüentemente, impulsionarão futuras disposições legais e orientação práticas para a sociedade.

Ademais, é válido acrescentar também as medidas para a governança democrática dos algoritmos de relevância pública previstas pelo brilhante professor Sergio Amadeu da Silveira (2019, p. 108-110), são elas:

1. Transparência do modelo e de seu código-fonte;
2. Conhecimento aberto de seus parâmetros, finalidades e operações;
3. Exposição de quais bancos de dados e registros de dados são tratados em sua estrutura;
3. Garantia de auditoria externa permanente;
5. Definição de mecanismos de correção de vieses injustos e com efeitos sociais antidemocráticos;
6. Determinação de prazo para correção de vieses, falhas e incorreções;
7. Nomeação dos responsáveis pela operação algorítmica e suas conseqüências.

Além disso, ao serem utilizados pelo Estado democrático, os algoritmos que conduzem comportamentos dos cidadãos e operam a automação dos procedimentos das instituições estatais devem estar em conformidade com as leis, afinal, no regime democrático, os sistemas algoritmos não poderão estar acima da lei. É recomendável também que o projeto, a concepção e a arquitetura dos sistemas de informação sejam formuladas com

a participação dos agentes públicos. O Estado deve preparar seus gestores para compreender e dialogar com os cientistas de dados, estatísticos e desenvolvedores de softwares.

Nesse sentido, em coerência com as soluções apresentadas, o Poder Judiciário brasileiro já está implementando em seus tribunais ferramentas de inteligência artificial, pautadas na transparência e na comunicabilidade dos dados, sem deixar de assegurar o direito à intimidade. Aliás, o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem editado resoluções legislativas para direcionar a forma de atuação dos próprios tribunais diante das inovações tecnológicas, a exemplo da Resolução nº 333, que já define quais são os dados processuais que são e devem ser abertos e da Resolução nº 358, que regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação (CNJ, 2021).

Diante do exposto, é possível alcançarmos um ambiente de equilíbrio entre a democracia e o algoritmo, minimizando seus problemas e sua manipulação, sem que tenhamos de retroagir a era analógica, e tornando a tecnologia e o algoritmo aliados das atividades humanas, através de uma maior transparência do seu funcionamento, aprofundamento sobre o tema e da implementação das medidas para a governança deles mencionadas acima.

## **CONCLUSÃO**

Em notas conclusivas, a presente pesquisa analisou os argumentos de quem defende a existência da quarta revolução industrial, além de compreender o que são algoritmos, como eles funcionam, seu poder de influência, seja de forma negativa ou positiva, na escolha dos seres humanos no exercício da democracia e como o direito poderia agir na existência de efeitos negativos dos algoritmos.

Assim, constatamos, de fato, a presença da quarta revolução industrial, marcada pela convergência de tecnologias digitais, físicas e biológicas, que tem transformado fundamentalmente a forma como

vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. E, como o reconhecimento da sua existência, é importante para que o âmbito jurídico possa se debruçar sobre o tema, elaborar normas e planos de ação nesse contexto, na tentativa de acompanhar a mutabilidade social. Afinal, o direito somente pode gerenciar, defender e agir no que, de fato, existe e é reconhecido na sociedade e no mundo.

Da mesma forma, o reconhecimento pela sociedade, poderá estimular a produção e criação de novas estratégias para conectar as realizações humanas com a tecnologia, sem que aquela perca seu espaço no mundo, além de construir uma população consciente e conhecedora do ambiente em que vive.

Ademais, compreendemos que os algoritmos são a base do funcionamento das redes sociais e dos sites de internet, como Instagram, Facebook, Twitter e Google e que eles interferem diretamente na forma como os processos e resultados políticos são moldados, visto que, os algoritmos são capazes de manipular o que é visto pelas pessoas (sem que elas tenham o claro conhecimento) e, com isso, direcionar as informações que mais se adequem ao perfil do usuário, induzindo-os a determinado político ou ideia.

Por isto, é fundamental que haja transparência no funcionamento básico dos algoritmos nas redes sociais e nos sites da internet, mesmo que sejam comandados por empresas privadas, visto que elas devem respeito às normas democráticas dos países. Pois, não é possível manter um sistema democrático sem que os algoritmos sejam transparentes e governáveis.

Outrossim, é essencial o aprofundamento sobre o tema para a criação consciente, técnica e aplicável de normas de adequação e funcionamento no ambiente tecnológico em que vivemos, além da implementação das medidas para a governança democrática dos algoritmos de relevância pública citadas anteriormente pelo professor Sergio Amadeu da Silveira.

Portanto, é imprescindível a transparência do funcionamento básico dos algoritmos nas redes sociais e nos sites de internet, para que seja possível a intervenção do direito na regulação e reparação

dos problemas causados por eles, além de compreender se eles estão em conformidade com as leis, afinal, no regime democrático, os sistemas algoritmos não poderão estar acima da lei. Também ajudará a população, pois ela terá o claro conhecimento e compreenderá de que estão vendo aquilo que o algoritmo decidiu com base no seu perfil, não sendo mais uma manipulação inconsciente.

Assim, somente com a compreensão da quarta revolução industrial e do funcionamento transparente dos algoritmos poderemos reestabelecer o compasso entre tecnologia e democracia, instituindo uma sociedade que exerce sua democracia de forma consciente, livre e direta.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado). Acesso em: 12 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 12 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Brasília: Congresso Nacional, 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2018/lei/113709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 12 maio 2022.

BRASIL. **Resolução nº 333, de 21 de setembro de 2020**. Determina a inclusão de campo/espaco denominado Estatística na página principal dos sítios eletrônicos dos órgãos do Poder Judiciário indicados nos incisos I-A a IV, VI e VII do art. 92 da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3488>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. **Resolução nº 358, de 02 de dezembro de 2020**. Regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604>. Acesso em: 15 maio 2022.

CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. Algoritmos: o direito a não ser submetido a decisões automatizadas e o direito a uma explicação humana. **Biblioteca da Faculdade Metropolitana Unida**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://arquivo.fmu.br/prodisc/mestrador/dfc.pdf>. Acesso em: 09 maio 2022.

CAMARGO, Rafael; VIEIRA, Marcílio. Caso Cambridge Analytica: entenda como ele influenciou a LGPD. **Camargo & Vieira, Sociedade de advogados**, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://blog.camargoevieira.adv.br/caso-cambridge-analytica-entenda-comoele-influenciou-a-lgpd/?msclkid=828e2468cfd911ec9bd4d238ab21733c>. Acesso em: 09 maio 2022.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. O desemprego tecnológico. 1. ed. **Enciclopédia jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/399/edicao-1/o-desemprego-tecnologico>. Acesso em 08 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa revela que 47 tribunais já investem em inteligência artificial**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisarevela-que-47-tribunais-ja-investem-em-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 15 maio 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

EDUCA, Nova. 5 informações sobre a Quarta Revolução Industrial. **Brasil Escola**, Goiânia. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/clube-do-emprededorismo/5-informacoessobre-a-quarta-revolucao-industrial.htm?msclkid=0d5e6be4cefa11eca174dd71da2d3097>. Acesso em: 08 maio 2022.

KANE, Mark. Após recorde em março, 1 em cada 10 carros vendidos no mundo é elétrico. **UOL**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://insideevs.uol.com.br/news/583761/vendasglobais-carros-eletricos/>. Acesso em: 04 maio 2022.

KEYNES, John Maynard. **Economic possibilities for our grandchildren**. New York, 1963. Disponível em: <http://www.econ.yale.edu/smith/econ116a/keynes1.pdf>. Acesso em: 14 maio 2022.

MEIRELES, Adriana Veloso. Algoritmos, privacidade e democracia ou como o privado nunca foi tão político como no século XXI. **Repositório da Universidade de Brasília**, 2020. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39182/1/2020\\_AdrianaVelosoMeireles.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39182/1/2020_AdrianaVelosoMeireles.pdf). Acesso em 12 maio 2022.

O'Neil, Cathy. How can we stop algorithms telling lies? **The Guardian**, Londres, 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/jul/16/how-can-we-stopalgorithms-telling-lies>. Acesso em: 14 maio 2022.



PLATÃO. **A república** (coleção clássicos para todos). ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 296-338, 2011). Disponível em: <https://livrariapublica.com.br/a-republica-colecao-classicos-para-todos-platao/>. Acesso em: 12 maio 2022.

PERASSO, Valeria. O que é a 4ª revolução industrial e como ela deve afetar nossas vidas. **BBC NEWS BRASIL**, Londres, out. 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>. Acesso em: 04 maio 2021.

PRIVACIDADE hackeada. Produção: Karim Amer e Jehane Noujaim. **Netflix**, 2019. 1 vídeo (114 min). Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/80117542>. Acesso em: 09 maio 2022.

REVOLUÇÃO 4.0. **Revista Brasileira de Administração**, Brasília, ano 30, n. 132, p. 22-27, set./out. 2019. Disponível em: <https://online.flippingbook.com/view/444900/25/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

SANTOS, Leon. Conheça as quatro Revoluções Industriais que moldaram a trajetória do mundo. **Conselho Federal de Administração**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://cfa.org.br/as-outras-revolucoes-industriais/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da. **Democracia e os códigos invisíveis: como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas** (ebook). São Paulo: Edição Sesc, 2019.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da. Governo dos algoritmos. **Revista de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão**, vol. 21, n. 1, p. 267-281, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/3211/321152454013/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da. Regulação algorítmica e estados democráticos. **Revista COMCIÊNCIA**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.comciencia.br/regulacaoalgoritmica-e-os-estados-democraticos/>. Acesso em: 08 maio 2022.



# A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E OS IMPACTOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NOS REGIMES POLÍTICOS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E CHINA

## **ERICK FELIPE ARAÚJO PINTO DOS SANTOS**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: ekfpdosantos@gmail.com

## **DANIELA DE ANDRADE DE SOUZA**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Professora universitária da Faculdade de Direito 8 de Julho e do Centro Universitário Estácio de Sergipe. Especialista em gênero e sexualidade. Advogada. E-mail: danielaasg@gmail.com

## **SÂMIA SANTANA SANTOS**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Possui Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes/SE. Professora Universitária. Advogada. Membro da Comissão em Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE. samyasantos@gmail.com

### **Resumo:**

Este artigo tem como objetivo analisar os impactos provocados com as novas tecnologias no âmbito dos regimes políticos. O trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisa de abordagem qualitativa, com a análise dos dados obtidos de relatórios sobre a problemática da pesquisa, a partir do procedimento de pesquisa bibliográfica e documental. Com isso, pode-se concluir que as novas tecnologias impactam tanto de forma positiva quanto negativa nos regimes políticos. De tal forma, faz-se necessário garantir que os instrumentos tecnológicos alcancem o bem-comum, rechaçando, assim, seus fins tecnocráticos. Palavras-chave: controle; direitos; notícias; regimes; tecnologias.

## 1 INTRODUÇÃO

“O GRANDE IRMÃO ESTÁ DE OLHO EM VOCÊ” (ORWELL, 1949, p. 12).

George Orwell, um dos mais influentes autores do século XX, trata em “1984” de uma sociedade totalitária, na qual possuir uma mente livre é considerado crime gravíssimo. Em

Oceânia, o ‘Grande Irmão’, líder do partido, controla a tudo e todos constantemente, captando ações, comportamentos e linguagem. A distopia assusta o leitor, confundindo-o com a realidade posta, principalmente quando é feita uma comparação entre a obra e os regimes políticos de cunho totalitário na sociedade pós-moderna.

Em princípio, cumpre destacar que os regimes políticos dizem respeito ao modo de organização de um Estado. Esses possuem como uma de suas características não serem estáticos, oscilando com o passar da história. O desenvolvimento tecnológico e informacional nas últimas décadas, proporcionou significativas mudanças por todo o globo, especificamente no campo das decisões políticas, em seus mais diversos contextos.

Um exemplo que ilustra bem isso é o fenômeno da Primavera Árabe. Tal evento, teve início na Tunísia, quando um vendedor de frutas chamado Mohamed Bouazizi, o qual era constantemente intimidado por policiais, teve seu carrinho confiscado, em razão dele não possuir licença para vender no respectivo local. Mesmo com a reclamação de Bouazizi perante os governantes, para que recuperasse seus bens, nada foi feito (SIMÕES, 2021, s/p).

Sem trabalhar, e afetado com anos de desemprego, em uma situação desesperadora, o vendedor ateou fogo a si mesmo. Através da internet e mídias digitais, o gesto de Bouazizi transformou-se em uma revolta do povo tunisiano contra o desemprego e corrupção no seu país. Tempos depois, o governante Bem Ali, abandonou o país e nunca mais voltou, deixando no ar, a ideia de que é possível a derrocada de autocratas com protestos pacíficos (SIMÕES, 2021, s/p).

Em relação aos eventos acontecidos, esses não se limitaram apenas à Tunísia, mas se reverberaram em países como Egito, Jordânia, Kuwait, Arábia Saudita, Líbia, e por fim, na Síria (SIMÕES, 2021, s/p). O gesto a Bouazizi não será esquecido, tal marco simboliza a esperança de que a humanidade jamais perderá para caprichos particulares de totalitaristas, as vidas não serão jogadas no lixo, pelo menos, não sem luta.

No caso da Primavera Árabe, a possibilidade de utilização das novas tecnologias, proporcionou a concretização e expansão de direitos e garantias democráticos. Contudo, há uma face muito perigosa com o uso das tecnologias, especificamente aquela de sentido tecnocrático, que é a utilização das tecnologias provenientes da 4ª Revolução Industrial (expansão da internet e aparelhos conectados a ela – smartphones, as tecnologias de big data, internet das coisas – IoT, impressoras 3D, inteligência artificial – IA, aprendizado de máquina – machine learning, robótica e nanotecnologia), para a constituição de uma sociedade autoritária com base no controle informacional (GAMBA, 2022, p. 03-04), convencendo-se como tecnocracia, que diz respeito ao estabelecimento do vínculo entre ciência aplicada e poder político (GAMBA, 2022, p. 69).

Como já apontado, os regimes políticos mudam com o decorrer do tempo, de tal forma, é possível que sucumbam ao totalitarismo (expressão máxima de autocracia, o Estado máximo). Nessa situação, além de controlar totalmente o Estado, o regime totalitário também interfere em aspectos comportamentais da sociedade. Assim, com a implementação de tecnologias antes inexistentes, é preciso analisar as interferências realizadas nas democracias, haja vista a possibilidade da implementação de uma sociedade autoritária através do controle tecnológico e informacional.

A China nos moldes atuais, por exemplo, tem se concentrado para ser líder em Inteligência Artificial (IA), com seu Plano de Desenvolvimento da Nova Geração de Inteligência Artificial. Questiona-se as motivações por trás da incorporação dessa tecnologia.

Teria o Partido Comunista Chinês a intenção de realizar uma “deificação”, com o fim de um maior controle social? (SANTOS, 2021, p. 06).

No Brasil, por sua vez, o uso das novas tecnologias tem repercutido, especialmente quando atrelado a disseminação de notícias falsas. Além de provocar uma insegurança entre os brasileiros, há um controle realizado, inclusive por membros do Governo, evidenciando uma situação de autoritarismo informacional. Nesse sentido, o uso tecnocrático dessas tecnologias, tem interferido também no poder político, seja nas decisões eleitorais, seja na inobservância de regras sanitárias adequadas no contexto pandêmico.

Assim, as situações acima instigam a seguinte questão: quais os impactos que as novas tecnologias provocam nos regimes políticos?

Para responder a problemática, traçam-se os seguintes objetivos: como geral, analisar o impacto das novas tecnologias nos regimes políticos, especialmente no Estado Brasileiro, e, como específicos, a) identificar se a liberdade de expressão é garantida a todos os brasileiros, sem qualquer tipo de distinção; b) mapear a disseminação das notícias falsas através das novas tecnologias e sua possível regulação e c) analisar as condutas entre os Estados Brasileiro e Chinês, quanto ao autoritarismo informacional.

Metodologicamente, o trabalho será desenvolvido a partir de pesquisa de abordagem qualitativa, com a análise dos dados obtidos de relatórios sobre a problemática da pesquisa, a partir do procedimento de pesquisa bibliográfica e documental.

Desse modo, o trabalho será estruturado da seguinte forma: no primeiro tópico, será abordado o contexto da liberdade de expressão na internet, com suas implicações jurídico-sociais no meio brasileiro; já no segundo, as questões levantadas em torno do autoritarismo informacional serão transportadas num paralelo entre China e Brasil, identificando, através das condutas praticadas pelos Estado Chinês e Brasileiro, os prejuízos para os seus respectivos povos.

## **2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-SOCIAIS**

### **2.1 O acesso às tecnologias de informação e comunicação é garantida a todos os brasileiros?**

De início, faz-se essencial apontar que a liberdade de expressão, para ser de fato usufruída pelo indivíduo do início do século XXI, precisaria do acesso à internet, haja vista que a comunicação hoje se dá de forma majoritária por esse meio. A falta de acesso à internet, logo, acarretaria como consequência, uma diminuição relevante na efetividade desse direito. Dessa forma, é possível concluir que sem a internet, há uma afetação direta a possibilidade de efetividade de direitos fundamentais, incluindo o direito à educação, o acesso à informação e, é claro, a própria liberdade de expressão (GAMBA, 2022, p. 126).

O Brasil, notoriamente, é impactado pela desigualdade social, trazendo grandes polos completamente opostos. E na seara digital, isso não é diferente. Essa situação se mostrou ainda mais complicada com o advento da pandemia da COVID-19. O isolamento social transformou a vida de todos os brasileiros em todos os seus contextos, especialmente no campo da educação. Foram adotadas nos processos de ensino-aprendizagem as tecnologias digitais de rede (TDR), seja na educação básica ou superior (MARCON, 2020, p. 02).

Com o fechamento das escolas, as diferenças de oportunidades se mostraram cada vez maiores, e por consequência, direitos foram solapados, reavivando problemas sociais tão arraigados no país, como o acesso, a evasão e a baixa qualidade do sistema. O impacto foi tão grave, que ainda não é possível mensurar em números o estrago causado (ANUÁRIO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO DE EDUCAÇÃO BÁSICA, 2021, p. 16-17).

De acordo com o Anuário Brasileiro de Educação de Educação Básica de 2021, o Brasil é um dos países que mais permaneceu com escolas totalmente fechadas em todo o planeta, de tal forma, assim como a doença apanhou com mais força um país que padece de co-

morbidades, entre elas a desigualdade de infraestrutura na educação (ANUÁRIO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO DE EDUCAÇÃO BÁSICA, 2021, p. 16).

Um dado que explicita essa situação é o de acesso às creches na educação infantil. Segundo a pesquisa, 54,3% das crianças entre 0 e 3 anos pertencentes aos domicílios mais ricos estavam na escola em 2019, enquanto os mais pobres, circulam em apenas 27,8%. Já em relação aos jovens na faixa de 16 anos, 96,7% pertencentes aos domicílios mais ricos concluíram o Ensino Fundamental, e os mais pobres, 78,2%, por sua vez (ANUÁRIO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO DE EDUCAÇÃO BÁSICA, 2021, p. 18-21).

Tais dados materializam os impactos sobre as crianças e os jovens menos afortunados, que infelizmente, trata-se da maioria do povo brasileiro. Logo, faz-se necessária a demanda por políticas focadas e ações prioritárias nesse segmento social, que exigirão evidências científicas e mobilização política e social (ANUÁRIO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO DE EDUCAÇÃO BÁSICA, 2021, p. 21).

É preciso diagnosticar a situação, mas muito mais que isso, faz-se essencial a distribuição de recursos financeiros. Em que pese nas últimas décadas, o Brasil, ter ampliado de forma significativa os recursos para à educação, inclusive por força da Constituição Federal, estabelecendo-a como direito social, em seu Art. 6º, tal como pela Fundeb, com o ambiente de crise econômica e queda da arrecadação, não faltam propostas de flexibilização de despesas obrigatórias e artifícios para alterar a destinação dos recursos (ANUÁRIO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO DE EDUCAÇÃO BÁSICA, 2021).

O enfrentamento à pandemia deverá essencialmente estar manifestado em lei, políticas públicas e no orçamento dos entes federativos, para reconhecer e respeitar, de fato, os direitos das crianças e dos jovens à aprendizagem (ANUÁRIO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO DE EDUCAÇÃO BÁSICA, 2021). Nessa senda, é preciso realizar um debate quanto à inclusão digital, especialmente quando uma considerável parcela que compõe o povo brasileiro se encontra excluída e não tem acesso à internet ou computadores e afins (MARCON, 2020, p. 02).



Com a exclusão digital, esses sujeitos ficam de fora do processo criativo e comunicacional que essas tecnologias digitais de rede fomentam, seja no desenvolvimento de habilidades inerentes a uma cultura de rede, tal como na participação, no compartilhamento, na autonomia, na autoria, na interatividade, na coletividade ou na cooperação (MARCON, 2020, p. 02).

Inicialmente, para tratar sobre a inclusão digital, é preciso discorrer sobre os dados referentes ao acesso da população à internet. Segundo dados recentes da pesquisa TIC Domicílios 2020, as desigualdades no acesso persistem. Apenas a título exemplificativo, quanto aos índices de usuários de internet por classe, 92% da classe A usufruem desse serviço. Já as classes B, C e DE, possuem 97%, 85% e 67%, respectivamente (CGI.br, 2021, p. 22).

Frise-se que o acesso à internet reflete em outros aspectos, tais como a busca de informações sobre saúde e a realização de serviços públicos on-line. Quanto ao primeiro, na classe A, 88% dos usuários realizaram essa busca, enquanto as classes B, C e DE, realizaram 65%, 53% e 39%, respectivamente. Em relação ao segundo, 63% da classe A, realizou serviços públicos on-line, já as classes B, C e DE, por sua vez, realizaram 57%, 37% e 15% (CGI.br, 2021, p. 30-32).

Esses dados corroboram as disparidades sociais provenientes na inclusão-exclusão digital, e como tais desigualdades afetam as vidas dos brasileiros. Assim, é possível chegar à conclusão de que em um contexto de isolamento social, as pessoas não possuem as mesmas condições e oportunidades (MARCON, 2020, p. 03).

Outro ponto que merece destaque é quanto à necessidade de superação da visão trivial de inclusão digital como mera utilização de tecnologias, essa requer a participação do sujeito na rede e o posicionamento como ser produtor de cultura e de conhecimento (MARCON, 2020, p. 06).

Em síntese, os processos de inclusão digital devem supor uma apropriação social e autoral das tecnologias digitais de rede, de modo que o sujeito empodere-se desses artefatos como autor, criador e produtor de conhecimento e de cultura, sendo garantido as premissas de

privacidade e anonimato nas situações necessárias. Os processos de inclusão digital pressupõem, além do acesso aos dispositivos tecnológicos, empoderamento, fluência, autoria e exercício da cidadania em rede (MARCON, 2020, p. 06).

## **2.2 A disseminação de notícias falsas através das novas tecnologias e sua possível regulação**

As fake news, utilizadas especialmente nas redes sociais, constituem um mecanismo imponente na formação política e educacional do cidadão moderno, se apresentando como um projeto ambicioso de dominação cultural, a qual se operacionaliza através de uma produção prolífica de dados alimentados pela matemática dos algoritmos (MENEZES; JÚNIOR, 2021, p. 155).

Para a Comissão Europeia, “a desinformação é entendida como informação comprovadamente falsa ou enganadora que é criada, apresentada e divulgada para obter vantagens econômicas ou para enganar deliberadamente o público” (COMISSÃO EUROPEIA, 2018, s/p).

A existência de mentiras ou informações em contexto diverso trata-se de uma estratégia política antiga, porém, a disseminação das redes sociais elevou o problema em outro status, chegando até a abalar a própria democracia. No meio brasileiro, o tema ganhou notoriedade com as eleições de 2018. Após bastante análises no tema, chegou-se à conclusão de que Jair Bolsonaro utilizou das notícias falsas ou fake news como tática eleitoral. Esse fato proporcionou a chamada “CPMI das Fake News”, no Congresso Nacional e motivou a formulação de diversas propostas de regulação desse fenômeno (RODRIGUES; BONONE; MIELLI, 2020, p. 02).

Como já destacado, as eleições de 2018 constituem um marco no uso das fake news no Brasil, sendo que a dimensão de mensagem individualizada através do uso de dados pessoais gera uma nova roupagem ao fenômeno. Em sua candidatura, Bolsonaro acumulou descontentes, conservadores e a base evangélica, além disso, utilizou-se de forma massiva conteúdos de desinformação disseminados de

forma estratégica a partir do uso de dados pessoais (RODRIGUES; BONONE; MIELLI, 2020, p. 08).

A utilização de notícias falsas como tática eleitoral de longo alcance, através das redes sociais na internet e de dados pessoais privados para definir metas de direcionamento é novidade na história democrática do país. O uso ilícito de ferramentas de disparo em massa, com recursos privados, impactou o processo eleitoral e foi uma das variáveis determinantes para a vitória de Bolsonaro (RODRIGUES; BONONE; MIELLI, 2020, p. 08-09).

A grande questão que surge com as situações pretéritas é de como impedir que as fake news sejam responsáveis pelo declínio das instituições democráticas, sem violar direitos fundamentais como a privacidade e liberdade de expressão (RODRIGUES; BONONE; MIELLI, 2020, p. 09).

Havendo um choque entre direitos fundamentais, esses devem ser analisados dentro de um determinado contexto, haja vista nenhum direito possuir o caráter de absoluto, tampouco ser hierarquicamente superior aos demais.

Em relação aos limites da liberdade de expressão, é importante destacar que tal direito não pode ser visto como salvaguarda para abrigar manifestações de ódio, de preconceito e discriminação, nem amparo para crimes contra a honra (RODRIGUES; BONONE; MIELLI, 2020, p. 11). Aqui se insere o paradigma de tolerância de Karl Popper.

Para o autor, deve ser tolerar apenas aquilo que é tolerável. Frise-se que a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 3º e 4º, tal como a Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 13, convergem nesse sentido.

Em que pese as diretrizes citadas, fica a encargo de cada país enfrentar a desinformação sem a censura da liberdade de expressão. Nesse sentido, existem alguns parâmetros trazidos por organismos como a Relatoria de Liberdade de Opinião e Expressão das Nações Unidas, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Europeia quanto a esse enfrentamento (RODRIGUES; BONONE; MIELLI, 2020, p. 11).

Contudo, os embates em torno do tema até o presente momento, realçam falta de consenso na conceituação de desinformação. O que se traz em embate é que tipo de regulação será imposta para os novos monopólios digitais que estão moderando o debate público usando algoritmos que se alimentam do uso indevido de dados pessoais e reproduzem viés e segmentação (RODRIGUES; BONONE; MIELLI, 2020, p. 11).

Nesse ano de 2022, a Emenda Constitucional de nº 115, acrescentou o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais no rol do art. 5º da Constituição Federal. Frise-se que o conceito de dado pessoal não se resume apenas aos dados que se encontram no ambiente virtual. Todavia, com o desenvolvimento tecnológico e a sua crescente, o tratamento de dados pessoais se torna um dos grandes imperativos e desafios contemporâneos à comunidade jurídica (PINTO, 2022, s/p).

A proteção de dados deve ser compreendida como um direito/dever dos agentes sociais públicos e privados, sendo um desafio para os diversos setores, em especial dos operadores do Direito, para permeiar as relações jurídicas e alcançar, na prática, o status concedido agora pela Carta Magna (PINTO, 2022, s/p).

### **3 AUTORITARISMO INFORMACIONAL: UM PARALELO ENTRE CHINA E BRASIL**

Inicialmente, cumpre destacar que o uso das novas tecnologias proporciona uma dicotomia ao que tange o monitoramento. Assim, de um lado existe a segurança, já do outro tem-se em vista a privacidade. A geolocalização é uma situação que ilustra bem essa questão. Tal ferramenta, tão importante em situações de tragédia, sob outro viés, permite um controle dos movimentos de todo e qualquer cidadão a cada segundo e, dessa forma, gera a possibilidades de seu uso autoritário por parte do Estado ou até mesmo por entes privados (GAMBA, 2022, p. 121).

Nesse contexto, o direito à autodeterminação informativa, apresenta-se com caráter duplo, colidindo, dessa forma, o direito contra intrusões indevidas por parte do Estado ou de particulares,

com o direito à liberdade, relativa ao poder de se determinar o uso de seus dados pessoais, evitando com isso que o indivíduo seja reduzido a um mero conjunto de informações (GAMBA, 2022, p. 122-123).

De tal forma, o direito à autodeterminação informativa pode figurar como direito fundamental e, em razão dos avanços tecnológicos dos últimos anos, é possível afirmar que trata de um direito de difícil fruição, especialmente com as tecnologias de big data e IA desenvolvidas, e em constante desenvolvimento, para análise do conjunto de dados coletados (GAMBA, 2022, p. 123).

Feitas as considerações introdutórias, passa-se a analisar as condutas da China nos últimos anos, e se por um acaso, o Partido Comunista Chinês a intenção de realizar uma “deificação”, com o fim de um maior controle social (SANTOS, 2021, p. 06).

A China, um dos principais líderes em tecnologia no mundo, como no caso de IA, tem um universo de internet alternativo, possuindo a capacidade de moldar perspectivas e fluxos de informações de quase 20% da população mundial por meio da governança da internet. Dessa feita, é notório que seus atos têm repercussão em todo o globo. Outro ponto de destaque é o seu modelo único de autoritarismo digital, mesclando capacidades de onipresença e onisciência (SANTOS, 2021, p. 50).

É importante ressaltar que o Estado Chinês sempre almejou exercer controle sobre o seu universo de internet, se utilizando de uma retórica acerca da segurança nacional.

Exemplos que demonstram isso é a criação dos projetos Golden Shield em 1998 e do Great Firewall em 2001 (SANTOS, 2021, p. 50-51).

Ademais, é sabido que o controle de informações se trata de uma prática de regimes autoritários anteriores ao meio digital, e a internet, integra um ambiente informacional bastante amplo. Nessa senda, os regimes mencionados buscam o controle de informações que circulam no ambiente informacional de diversas formas, sendo uma delas, a internet (SANTOS, 2021, p. 51).

No Brasil, o debate acerca das novas tecnologias tem chamado a atenção, especialmente com o advento das eleições de 2018, como já

tratado no tópico 2.2 desse artigo. O atual presidente da República, Jair Bolsonaro usou e abusou de conteúdos de desinformação disseminados de forma estratégica a partir do uso de dados pessoais. O que é isso, senão o controle tecnológico ou informacional pelo chefe de Estado.

Um exemplo que demonstra o autoritarismo informacional brasileiro é a promoção institucional deliberada de notícias científicas falsas ou falseadas por agentes do Poder Público, no contexto da pandemia da Covid-19. Essa sistemática disseminação acarreta uma situação de desinformação, gerou o descontrole social ao que concerne a observância das regras cientificamente definidas a erradicação da doença, gerando dúvidas nos brasileiros (FERREIRA, 2021, p. 04).

Frise-se que o sistema de desinformação em solo brasileiro trata-se de um fenômeno complexo em que várias ocorrências, sejam elas antigas e recentes, se ligam para produzi-lo e ampliar sua potencialidade e que é agravado por um cenário de pandemia em que agentes públicos divergem entre si e não tem a capacidade de orientar de forma adequada o povo dá margem a uma rápida evolução das Fake News e do falseamento de notícias, sobretudo científicas, provocando retrocessos no controle da pandemia (FERREIRA, 2021, p. 10).

#### **4 CONCLUSÃO**

Diante do exposto, foi possível constatar que as novas tecnologias impactam tanto de forma positiva quanto negativa nos regimes políticos. Nesse sentido, é preciso garantir que os instrumentos tecnológicos postos sirvam ao interesse comum no meio social, e não para fins tecnocráticos.

Para chegar à tal resposta, no primeiro tópico foi feita uma abordagem quanto à liberdade de expressão, analisando as desigualdades sociais na seara digital ou tecnológica, sendo trazidos os conceitos de inclusão e exclusão digital. Além disso, por meio de pesquisa documental, atestou-se as diferenças entre as classes sociais, proporcionadas com o uso da internet e de instrumentos tecnológicos.

Ainda nesse tópico, foi destacado que a disseminação de notícias falsas através das novas tecnologias configura como um grave problema capaz de realizar a dominação cultural e abalar a democracia.

Por fim, o artigo adentrou no autoritarismo digital, fazendo um paralelo entre China e Brasil. O Estado Chinês, um dos líderes de IA em todo o mundo, tem moldado perspectivas e fluxos de informações de considerável parcela da população mundial, já o Estado Brasileiro, por sua vez, tem se mostrado autoritário, especialmente quando trata-se da disseminação de notícias falsas por agentes do Governo, implicando em eleições ou por questões pandêmicas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 mai. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. **COM (2018) 236 final**, Bruxelas, 26 de abril de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0236&from=EN>. Acesso em: 15 mai. 2022.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (2021) – CGI.br (2021). **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros – TIC Domicílios 2020**. Disponível em: [https://cetic.br/media/analises/tic\\_domicilios\\_2020\\_coletiva\\_imprensa.pdf](https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2020_coletiva_imprensa.pdf). Acesso em: 15 mai. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 15 mai. 2022.

FERREIRA, Eliara Santana. **Desinformação, desinfodemia e letramento midiático e informacional – um estudo do processo estruturado no Brasil sob o governo Jair Bolsonaro e as formas de enfrentamento**. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/scripta/article/view/26582/18957>. Acesso em 16 mai. 2022.

GAMBA, Roberto Gorini. **Democracia e tecnologia: impactos da quarta revolução industrial**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2022.

MARCON, Karina. **Inclusão e exclusão digital em contextos de pandemia: que educação estamos praticando e para quem?**. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/criaredu/article/view/6047>. Acesso em: 15 mai. 2022.

MENEZES, Carlos Alberto; JÚNIOR, Antônio Wellington Brito. **O Estado Social em Xeque: democracia e contemporaneidade**. Organizadores: Clarissa Tassinari; Giancarlo Montagner Copelli; Marcelo Dias Jaques. Blumenau/SC: Editora Dom Modesto, 2021.

ORWELL, George, 1903-1950. **1984**. Tradução Alexandre Hubner, Heloisa Jahn; posfácios Erich Fromm, Bem Pimlott, Thomas Pynchon. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PINTO, Douglas Guzzo. **A proteção de dados alçada a direito fundamental na Constituição brasileira**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/douglaspinto-protacao-dados-alcada-direito-fundamental>. Acesso em: 15 mai. 2022.

RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado; BONONE, Luana Meneguelli; MIELLI, Renata. **Desinformação e crise da democracia no brasil: é possível regular fake news?**. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/45470/27124>. Acesso em: 15 mai. 2022.

SANTOS, Felipe Oliveira. **A Deificação Chinesa? Os perigos e impactos do autoritarismo digital e do capitalismo de vigilância**. Trabalho de conclusão de curso (Curso de Graduação de Relações Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Goiânia, 2020.

SIMÕES, Rogério. **O que foi e como terminou a Primavera Árabe**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55379502>. Acesso em: 11 mai. 2022.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Anuário Brasileiro da Educação Básica de 2021**. São Paulo: Editora Moderna, 2021. Disponível em: [https://todospelaeducacao.org.br/wordpress/wpcontent/uploads/2021/07/Anuario\\_21final.pdf](https://todospelaeducacao.org.br/wordpress/wpcontent/uploads/2021/07/Anuario_21final.pdf). Acesso em: 14 mai. 2022.



# SAF FC: AS INOVAÇÕES NO PROCESSO DE REESTRUTURAÇÃO DO FUTEBOL BRASILEIRO.

## **ERCÍLIO BASTOS NETO**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: erciliobastos14@hotmail.com

## **THIAGO DE MENEZES RAMOS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor da Faculdade de Direito 8 de Julho. Professor substituto da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Pesquisador. E-mail: thiagomenezes1211@gmail.com.

### **Resumo:**

Este presente estudo busca analisar e demonstrar o funcionamento da gestão dos clubes de futebol brasileiro a partir do modelo do qual eles se constituem. Diferente do formato do continente europeu e dos norte-americanos, no Brasil, se predomina as associações desportivas sem fins lucrativos, na qual o lucro da entidade não pode ter outra destinação se não para o clube. Há um entrave na forma de se gerenciar futebol no Brasil, tendo em vista o amadorismo de diversos clubes, que, em sua maior parte, carecem de profissionais realmente qualificados e sem interesses obscuros por detrás dos bastidores, haja vista que, por ser uma associação desportiva, os times de futebol possuem inúmeras pessoas envolvidas, desde os sócios até o presidente. As entidades futebolísticas precisam acompanhar o avanço não só mercadológico, mas também tecnológico, que o esporte ao longo das últimas décadas tem passado, não precisando necessariamente ingressar no formato de sucesso que os Estados Unidos e a Inglaterra usufruíram, mas é indubitável que a profissionalização e a estruturação do futebol brasileiro necessita de reparos urgentes.

Palavras-chave: clubes; esporte; futebol; gestão; Sociedade Anônima;

## 1 INTRODUÇÃO

O futebol é o esporte mais popular da nossa sociedade, no qual exerce enorme influência cultural e social. Todos os anos milhares de pessoas lotam estádios de futebol com o intuito de acompanhar o seu time do coração in loco. A cada ano que se passa, o aumento do número de indivíduos interessados pelo desporto aumenta.

Observando o grande desenvolvimento estrutural do futebol ao longo das últimas décadas, podemos observar que o mesmo tornou-se não somente um jogo de 11 jogadores contra 11 jogadores. Hoje, o futebol é também um evento, na qual as pessoas vão as partidas não apenas para apreciar a prática do desporto, mas também para sentir a experiência que é assistir uma partida de futebol.

Quando verificamos como os clubes de futebol no Brasil são constituídos juridicamente, observamos que a grande maioria possuem o mesmo tipo de organização, a de associações desportivas sem fins lucrativos. Este modelo está presente desde que a prática do futebol foi instaurada no país, quando os times de futebol à época nasceram como clubes de lazer e outras modalidades esportivas, tornando-se o foco no futebol apenas posteriormente.

A adoção de outro modelo jurídico quase nunca foi presente nas entidades futebolísticas brasileiras, mesmo observando o avanço de um movimento na década de 90 de clubes europeus sendo adquiridos por donos e empresas. Foi a partir dessa mudança revolucionária, que o futebol europeu conseguiu tornar o referido esporte em um grande evento extremamente atrativo e lucrativo, fazendo com que as receitas das equipes crescessem a cada ano que passasse.

Nessa perspectiva, o futebol brasileiro não acompanhou as tendências do mercado mundial que hoje são exemplos de sucesso globalmente reconhecidos, como a Inglaterra. Este atraso culminou em inúmeros problemas em diversos clubes, desde os de menor expressão até os mais relevantes.

Assim, o que se busca analisar é, a forma na qual os times de futebol brasileiro são constituídos, verificando-se os vícios presentes nos

regimes jurídicos e discorrendo acerca da Lei da Sociedade Anônima do Futebol, aprovada no ano passado, que possibilita a mudança no cenário do desporto desde de que a mesma seja aplicada por profissionais competentes e bem-intencionados.

Dessa forma, o trabalho será estruturado da seguinte forma: no primeiro tópico, será tratado a estrutura das equipes do futebol brasileiro, analisando o contexto histórico desde a criação até o presente momento; já no segundo, é feito observações no tocante ao funcionamento dos clubes-empresa no continente europeu, verificando os modelos nos quais os clubes e as ligas são constituídos. Por fim, no terceiro tópico, será efetuado constatações acerca da Sociedade Anônima do Futebol, dissertando os seus prós e contras no contexto de aplicação desse referido modelo nos clubes de futebol nacional.

## **2. ESTRUTURAÇÃO DOS CLUBES DE FUTEBOL NO BRASIL**

No Brasil, o futebol chegou no ano de 1894, através do paulistano Charles Miller, que havia viajado para a Inglaterra para lá estudar. Como o futebol se originou no país inglês, Miller o trouxe na volta ao Brasil a primeira bola de futebol, sendo o pioneiro do esporte no país. Aos poucos a popularidade do futebol foi crescendo, de início era praticado apenas por aristocratas, visto que eram eles que obtiveram os primeiros contatos com o esporte. Contudo, foi através do clube de futebol Bangu, com fundação em 1904, que se originou o processo de democratização do esporte, visto que como os altos funcionários não tinham jogadores suficientes para formarem duas equipes para uma partida, foi-se dado o convite para os operários da empresa participarem dos jogos.

Com a popularização do futebol em crescimento, começaram a surgir as primeiras associações desportivas com o intuito da prática do esporte. O primeiro clube criado com tal objetivo foi o “Sport Club Rio Grande”, fundado em 19 de julho de 1900. Logo em seguida - mais precisamente 23 dias depois - surge a Associação Atlética Ponte Preta,

que, ao contrário do Rio Grande, possui participação frequente no alto escalão do futebol brasileiro no tempo presente.

O modelo estrutural da maioria dos clubes instituídos no século passado se perdura até o presente momento, com esses times tendo em suas organizações a figura do presidente, dos conselheiros, dos sócios e demais outros. Apesar desse formato sólido e longo dos times, o que se denota nessas instituições é o amadorismo em setores de grande importância, como por exemplo, o financeiro. Dados da consultoria “Sportsvalue” apontam que, os vinte clubes da

Série A do Campeonato Brasileiro possuem, somados, uma dívida equivalente a cerca de 10

(dez) bilhões de reais, com o Atlético-MG, Cruzeiro e Corinthians entre os 3 principais débitos. O resultado desse rombo extraordinário dos clubes não é novidade alguma, já que essas equipes convivem com dívidas a bastante tempo, com gestões amadoras se mantendo no comando por anos longevos. Em decorrência dessa situação complexa, muitos clubes já admitem a possibilidade de se tornarem uma Sociedade Anônima do Futebol, visto que a posição na qual eles se encontram, inviabilizam que se faça aprimoramentos nos diversos setores, já que é natural que um clube sem recursos financeiros não consiga realizar o que a maioria dos seus torcedores querem, seja da contratação de jogadores de alto teor técnico a comissão técnica qualificada. Consequentemente, um time que não possui essas condições favoráveis, em não muito tempo verá o número de adeptos cair gradativamente, principalmente com as novas gerações surgindo imersas no imenso meio tecnológico no qual vivemos.

O início da tentativa de mudança do futebol ocorreu através da promulgação da Lei 8.672/1993, conhecida como “Lei Zico”, que estabeleceu mudanças com o intuito de diminuir da interferência do Estado no desporto, abrindo espaço para a iniciativa privada. Essa lei, na época, surgiu como uma tentativa de impor inovações no futebol brasileiro, que possuía uma legislação da década de 40, ou seja, os clubes não acompanharam as gradativas mudanças que se passaram ao longo dos anos, e assim o desporto ficava a cada ano que se passa-

va mais estagnado. Os artigos 10 e 11 da referente legislação à época, demonstram o empenho em tirar o futebol da inércia:

Art. 10. As entidades de prática do desporto são pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, constituídas na forma da lei, mediante o exercício do direito de livre associação.

Parágrafo Único. As entidades de prática desportiva poderão filiar-se, por modalidade, as entidades de administração do desporto de mais de um sistema.

Art.11. É facultado às entidades de prática e às entidades federais de administração de modalidade profissional, manter a gestão de suas atividades sob a responsabilidade de sociedade com fins lucrativos, desde que adotada uma das seguintes formas:

I- transformar-se em sociedade comercial com finalidade desportiva. II- constituir sociedade comercial com finalidade desportiva, controlando a maioria de seu capital com direito a voto.

III- contratar sociedade comercial para gerir suas atividades desportivas.

Contudo, o formato jurídico da maior parte dos clubes se manteve, afinal, aplicar aos times gestões profissionais não era bem o desejo dos dirigentes à época. A possibilidade de um clube se tornar uma Sociedade Anônima de Futebol está disponível desde a promulgação da Lei Pelé (9.615/98), que originalmente obrigava os times a se constituírem acerca desse regime, porém, após questionamentos dos mesmos o que era obrigação passou a ser apenas uma escolha, assim, a maioria das equipes optaram por manter-se no regime estabelecido no art. 53 do Código Civil, que versa o seguinte:

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Por conseguinte, ao contrário das sociedades empresárias, as associações não visam o lucro para ganhos pessoais, por isso são denominadas como “sem fins econômicos”, ou seja, todos os recursos gerados seja através da venda de direitos federativos de jogadores profissionais ou da base, da venda de patrocínios, da venda de produtos do clube, ou da verba recebida advinda dos direitos de transmissão, devem ser investidos na própria associação, não podendo ser divididos entre os associados. A priori, essa condição teoricamente visava estabelecer uma conduta que garantisse a estabilidade financeira das instituições, não desvirtuando a distribuição dos ganhos a pessoas e setores inadequados.

Todavia, ainda percebe-se que há nos clubes a presença do “cartola”, uma figura arcaica e que nada acrescenta no cotidiano futebolístico. Estes foram um dos responsáveis pela situação na qual o futebol brasileiro se encontra até o presente momento, visto que os mesmos em sua maioria não se preocupam em impor “gestões saudáveis”, com modelos exemplares de governanças e transparência, já que para estes o que vale é o resultado imediato, tendo em vista que periodicamente ocorre eleições nos clubes e a certeza da permanência desses “cartolas” nos cargos não é garantida, ou seja, não existe um cuidado em passar para a próxima gestão um clube com políticas de austeridade financeira, ficando assim um ciclo vicioso nas instituições.

Dívidas, problemas com direitos de imagem, inúmeros processos trabalhistas, tudo isso são problemas corriqueiramente rotineiros no cotidiano dos clubes brasileiros, são poucos os times que possuem saúde financeira estável. Diante desse cenário caótico dos clubes, em 2015, através da Lei 13.155, foi criado o Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro-PROFUT, com o intuito de estabelecer melhorias na condução das gestões financeiras das equipes, possibilitando que as instituições possam parcelar seus débitos perante a Receita Federal, Banco Central e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, evitando que se penhore os ativos deles.

### **3. OS CLUBES-EMPRESA E O SEU FUNCIONAMENTO NA EUROPA**

Se aqui no Brasil o processo dos times contarem com donos ainda está em fase embrionária, no velho continente esta prática é corriqueiramente comum e comprovadamente um sucesso, contudo, nem sempre foi assim. Até os anos 80, o futebol europeu possuía os mesmos moldes de formato jurídico do Brasil, eis que, em 1983, o Tottenham Hotspur, clube inglês, localizado em Londres, inseriu suas ações na Bolsa de Valores de Londres, como uma tentativa de alavancar suas receitas à época, porém, nesse período o futebol inglês dava mais prejuízo do que lucro. O futebol inglês até 1990 sofreu demasiado com os torcedores agressivos dos diferentes clubes, os chamados “hooligans”, que por diversas vezes protagonizaram brigas aos arredores dos estádios, em bares e aonde mais fosse possível, causando medo e insegurança aos indivíduos que iam aos jogos pacificamente. Os problemas não paravam por aí, em 15 de abril de 1989 ocorria o desastre de Hillsborough, na qual 96 pessoas faleceram e inúmeras ficaram feridas. Diante de todos esses acontecimentos, os clubes ingleses entenderam que precisavam pôr um fim nas gestões amadoras e elevarem as suas receitas, através de patrocínios, vendas de direitos federativos de atletas, direitos de transmissão, dentre outros. Até que em 1992, através da união das equipes, surge a Premier League, uma liga criada pelos times ingleses e gerida pelos mesmos, que conseguiram renegociar os direitos de transmissão e instituir a profissionalização das gestões dos clubes, tornando-os mais próximos do que são empresas. Não é só na Inglaterra que o modelo de clubes-empresa foi exitoso, países como Alemanha, França e Itália possuem equipes que faturam milhares de euros por ano, proporcionando a formação de grandes elencos e salários astronômicos, e claro, ligas altamente competitivas. O exemplo da Premier League torna-se mais enfático tendo em vista que é a liga que mais faz sucesso desde que seus criadores entenderam a ascensão capitalista no mercado futebolístico, no qual os clubes mais ricos, com mais jogadores qualificados e mais jogos

transmitidos, geram receita elevada, e prova disso, é o destaque da referida competição dentre as demais, visto que segundo o relatório financeiro da “Delloite Brasil”, a Premier League, em 2019, arrecadou cerca de 33 bilhões de reais, tendo como margem de vantagem para a segunda colocada mais de 14 bilhões de reais, sendo necessário ressaltar que esses números elevados não estão aí por mero acaso.

Não é apenas na arrecadação que a discrepância é acentuada, no que cerne aos termos de direitos de transmissão, os clubes europeus, em especial os ingleses, detém modelos mais isonômicos em comparação ao Brasil. Para se ter uma ideia, a divisão das cotas de transmissão no Campeonato Inglês são feitos da seguinte maneira:

- i) 50% iguais para todos na primeira divisão; ii) 25% de acordo com a posição na tabela; iii) 25% conforme número de partidas transmitidas.

Necessário frisar que o nivelamento desses clubes não chegam a ser de modo que um clube com a menor receita poderá competir igualmente com o de maior faturamento, todavia, o diferencial dessas ligas está no dinheiro que as equipes de menor expressão recebem, já que em países como o Brasil o distanciamento é acentuado. Para verificar essa questão, basta analisarmos os balanços financeiros que as próprias instituições divulgam. Em 2019, o Flamengo e o Corinthians, clubes com os maiores números de torcedores do país, arrecadaram respectivamente 224 e 166 milhões de reais em direitos de transmissão, enquanto Ceará e Fortaleza, receberam 43 e 35 milhões, ou seja, denota-se a partir desses dados a grande desigualdade que o modelo de distribuição de cotas de transmissão brasileiro possui, favorecendo apenas aqueles times que têm um elevado número de adeptos.

Com as inovações tecnológicas tornando-se parte do nosso cotidiano, o futebol foi mais um a inserir-se nessa revolução, com jogos sendo progressivamente mais transmitidos, notícias instantâneas das equipes e presença dos clubes em jogo eletrônicos. É a partir desse entendimento que os clubes-empresa, através de suas gestões profissionais passaram a



destoar daqueles que tivessem em seus cargos indivíduos sem qualificação, visto que no século no qual vivemos, o futebol tornou-se um negócio, e como todo negócio, destacam-se os mais preparados e capazes de estabelecerem condutas atinentes ao mercado consumidor.

Enquanto que na Europa os times de futebol há um longo tempo podem ter suas ações adquiridas por interessados no projeto, no Brasil somente em agosto de 2021 foi aprovada legislativamente uma lei mais próxima do que se é aplicada no velho continente, já que a Lei Pelé facultava aos clubes a mudança do regime jurídico, porém, de maneira “crua”. Ou seja, verifica-se um relevante atraso no futebol brasileiro acerca desta questão, haja vista o interesse de diversos indivíduos em manter as gestões semiprofissionais e danosas a estrutura da equipe. Em virtude disso, é importante que se analise e tente-se aplicar os modelos que obtiveram êxito mundo afora, para que não se postergue um formato que já está em retardo.

#### **4. A SOCIEDADE ANÔNIMA DE FUTEBOL**

Após diversas tentativas de implementar um novo formato societário, em agosto de 2021, através da Lei 14.193/2021, instituiu-se no país um modelo jurídico criado exclusivamente para o futebol, possibilitando aos clubes a renegociação de suas dívidas, cargas tributárias mais baixas, a possibilidade de vender suas ações, dentre outros pontos. A SAF poderá ser constituída por três maneiras, como dispõe o art. 2 da referida lei:

- Art. 2º A Sociedade Anônima do Futebol pode ser constituída:
- I - pela transformação do clube ou pessoa jurídica original em Sociedade Anônima do Futebol;
  - II - pela cisão do departamento de futebol do clube ou pessoa jurídica original e transferência do seu patrimônio relacionado à atividade futebol;
  - III - pela iniciativa de pessoa natural ou jurídica ou de fundo de investimento.

No Brasil, dois clubes recentemente foram transformados em SAF, são eles: Botafogo e Cruzeiro. Essas equipes possuem características parecidas, além de serem times de grande relevância no cenário nacional, as dívidas dos dois estão entre as maiores do país, com o Cruzeiro ultrapassando o valor de um bilhão de reais. Para conter essa questão, essas equipes foram adquiridas por grupos nacionais e internacionais, como um dos principais objetivos o equacionamento do rombo financeiro deixado por gestões passadas. O Cruzeiro, teve 90% de suas ações adquiridas pelo ex-jogador de futebol, Ronaldo Nazário, pelo valor de 400 milhões de reais, quantia essa que será investida ao longo dos próximos anos, o que é motivo de muita comemoração por parte da torcida cruzeirense, haja vista a situação na qual a instituição foi deixada pelos últimos dirigentes, colocando o clube a beira da falência. Já o Botafogo, teve 90% das suas ações compradas pelo grupo Eagle Holding, do empresário norte-americano John Textor, que em pouco tempo no comando já conseguiu realizar procedimentos que presidentes e dirigentes do passado jamais conseguiram, como por exemplo, tirar da camisa de jogo do clube patrocínios de valores ínfimos, que nada agregavam a instituição, valorizando assim, a marca do Botafogo.

A transformação de um clube de futebol regido pelo formato jurídico de associação desportiva sem fins lucrativo em Sociedade Anônima de Futebol traz benefícios fundamentais para a profissionalização das gestões nos times, com essas equipes passando a obterem um Conselho de Administração, auditoria anual, balanços financeiros divulgados frequentemente, tornando o mercado brasileiro propício para atrair investidores.

Outrossim, a questão da condução das renegociações das dívidas é outro tema que a SAF possibilitará aos clubes quitar os passivos com condições mais favoráveis. Através do Regime Centralizado de Execuções os times de futebol poderão renegociar de modo unificado, dívidas cíveis e trabalhistas, na qual as equipes pagarão seus credores através de suas receitas mensais, gerando uma fila de credores, parecida com a da Recuperação Judicial, visto que os credores poderão

conceber descontos para receberem o pagamento de modo prévio, além de poderem emitir debêntures. Os clubes terão seis anos para realizarem a quitação do débito. Tal período poderá ser ampliado em mais quatro anos, com a condição que se pague no mínimo 60% da dívida, totalizando um prazo de 10 anos para que as equipes quitem seus respectivos débitos.

Além do referido mecanismo citado acima, a legislação estabeleceu outros simplificadores para o pagamento das dívidas. Com a criação da SAF, ela nasce sem débito algum, contudo, 50 % dos lucros e dividendos e 20% da receita do clube-empresa serão destinados a associação, para a quitação dos passivos, não fazendo com que o formato jurídico anterior fique prejudicado e flertando com a falência.

Contudo, existem riscos ao se transformar em Sociedade Anônima do Futebol, tendo em vista que nem sempre o grupo ou o indivíduo que assume a gestão do clube possuem planos bem estabelecidos para guiar a mudança da instituição, ocorrendo em certas ocasiões apenas a injeção do dinheiro sem a presença de profissionais competentes para gerir as quantias investidas, tornando-o o negócio arriscado, já que diferente das associações sem fins lucrativos, na SAF é possível que os clubes entrem em falência, ou seja, não basta simplesmente que ocorra a transformação do formato jurídico, é necessário que os stakeholders estejam empenhados em promover as mudanças precisas, mesmo porque, não havendo esse progresso a Sociedade Anônima de Futebol está cometendo os mesmos vícios do regime jurídico anterior dos clubes.

É imprescindível entender que a mera mudança do regime jurídico para a SAF não causará efeitos positivos imediatos no clube, porque a simples troca de um CNPJ para outro é apenas parte do processo de reestruturação, e não a finalidade do projeto. O ideal que se faça é, primeiramente verificar o que é futebol e o que é o restante da associação, para facilitar a compreensão do “valuation” da instituição na parte futebolística, avaliando a marca, os bens, o faturamento, a popularidade nacional, regional e estadual, entre outros requisitos. Para trazer a atenção de possíveis investidores, é importante que

haja a transparência do clube no tocante aos problemas existentes, identificando a totalidade das dívidas, pois essa é uma informação primordial para quem pretende ingressar na SAF. De acordo com Cesar Grafietti (2021, p.1)

Por que chegamos ao Diretor Esportivo? Porque a SAF não será transformadora se os objetivos e a forma deles serem atingidos não forem claras e trouxerem mudanças substanciais. Não basta a mágica de um novo CNPJ. É necessária que exista algo novo, que começa com a renúncia do controle acionário, passa por vender soluções realistas e abrir espaço para que novas pessoas e ideias surjam.

A preocupação de muitos torcedores quando o seu clube pretende virar ou se transformar em Sociedade Anônima do Futebol é como questões sensíveis da instituição serão conduzidas, como a preservação dos símbolos, uniformes, hino oficial, entre outros pontos. Pensando nessa hipótese, o legislador definiu que a SAF terá que emitir ações ordinárias de classe A, permitindo aos respectivos acionistas que possuam no mínimo 10% (dez por cento) do capital social votante, o poder de votar nas assembleias anuais, dispor acerca de cessão, conferência, alienação, oneração, doação ou disposição de qualquer bem imobiliário ou de direito de propriedade intelectual conferido pelo clube ou pessoa jurídica original para formação do capital social, além de outros temas conforme disposto no art. 2º, § 3, incisos I, II, III e IV da Lei 14.193/2021:

§ 3º Enquanto as ações ordinárias da classe A corresponderem a pelo menos 10% (dez por cento) do capital social votante ou do capital social total, o voto afirmativo do seu titular no âmbito da assembleia geral será condição necessária para a Sociedade Anônima do Futebol deliberar sobre:

I - alienação, oneração, cessão, conferência, doação ou disposição de qualquer bem imobiliário ou de direito de propriedade

- intelectual conferido pelo clube ou pessoa jurídica original para formação do capital social;
- II - qualquer ato de reorganização societária ou empresarial, como fusão, cisão, incorporação de ações, incorporação de outra sociedade ou trespasse;
- III - dissolução, liquidação e extinção; e
- IV - participação em competição desportiva sobre a qual dispõe o art. 20 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.

No entanto, para discussões que trate acerca de alterações em temas identitários da instituição ou mudança de localidade da sede, o art. 2º, § 4º, incisos I, II e III da referida lei, disserta o seguinte:

§ 4º Além de outras matérias previstas no estatuto da Sociedade Anônima do Futebol, depende da concordância do titular das ações ordinárias da classe A, independentemente do percentual da participação no capital votante ou social, a deliberação, em qualquer órgão societário, sobre as seguintes matérias:

- I - alteração da denominação;
- II - modificação dos signos identificativos da equipe de futebol profissional, incluídos símbolo, brasão, marca, alcunha, hino e cores; e
- III - mudança da sede para outro Município.

Por conseguinte, matérias de interesses primordiais por parte dos adeptos dos times estão protegidas de eventuais investidores que venham a propor alterações bruscas na imagem identificativa das equipes, visto que mudanças nesse sentido repercutiriam de forma severamente negativa, afinal, estariam mexendo com a paixão dos torcedores, e sem o sentimento dos mesmos não há SAF que perdure.

## 5. CONCLUSÃO

O entendimento do futebol como um modelo de negócio que prospera os mais competentes é uma perspectiva mais do que certa. A profissionalização dos indivíduos encarregados em fazer a instituição gerar ganhos na diferentes searas é um assunto no qual já não se cabe mais discussão, é um entendimento concreto.

Importante que se entenda que futebol e o mercado capitalista globalizado caminham no mesmo sentido, sendo inviável para os clubes a negação desta questão, haja vista a necessidade acentuada deles buscarem inovar a fonte de suas receitas de acordo com a demanda que a sociedade clama.

Através da criação da Sociedade Anônima do Futebol, com a aprovação da Lei nº 14.193/2021, o Estado proporcionou ao futebol brasileiro uma sobrevida para a readequação da maneira na qual o esporte é gerenciado, possibilitando aos clubes o renegociamento das suas dívidas, a profissionalização dos indivíduos envolvidos no cotidiano do time, a redução de jovens partindo para o continente europeu muito cedo em razão da carência financeira do cenário futebolístico nacional e a implementação de gestão financeiras “saudáveis”, trazendo a oportunidade para as equipes obterem independência financeira.

Utilizando como ponto de partida a mudança no regime jurídico dos clubes, espera-se que o mercado nacional atraia investidores do mundo inteiro com o capital pronto para ser aplicado no nosso futebol. No entanto, é fundamental que se utilize de exemplo ligas que conseguiram com êxito tornar o futebol um produto atrativo no cenário mundial, com os clubes de maneira geral elevando suas receitas em crescimento gradativo. A Premier League é o modelo que mais se encaixa nesses requisitos, tendo em vista a alta competitividade promovida pelos vintes times que disputam o campeonato, graças ao dinheiro que se é aplicado nos mesmos, havendo clubes como o Manchester United que arrecada bilhões de dólares por ano, quantia hoje impossível de ser alcançada pelo futebol brasileiro.

Nesse sentido, entende-se que para a evolução do futebol nacional é necessário que os times busquem compor-se de funcionários especializados para cada setor existente, excluindo do cotidiano do clube a presença de indivíduos com motivações meramente pessoais e políticas, para que assim se possa estabelecer um caminho no qual o referido esporte venha a possuir clubes exemplos de boas gestões financeira, tornando as conquistas na parte futebolística apenas mera questão de tempo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 12 de maio de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.672/1993. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 08/05/2022.

BRASIL. Lei nº 9.615/1998. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 08/05/2022.

BRASIL. Lei nº14.193/2021. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 12 de maio de 2022.

CAPELO, Rodrigo. Blog do Rodrigo Capelo. Como as maiores ligas europeias negociam direitos de transmissão e distribuem verba entre clubes? Compare com o futebol brasileiro. Globo Esporte. Disponível em: <https://ge.globo.com/blogs/blog-do-rodriigo-capelo/post/2020/06/25/como-as-maiiores-ligas-europeias-negociam-direitos-de-transmissao-e-distribuem-verba-entre-clubes-compare-com-o-futebol-brasileiro.ghtml> Acesso em: 10 de maio de 2022.

CAPELO, Rodrigo. O que é Regime Centralizado de Execuções? Entenda o plano do Vasco para equacionar dívidas. Globo Esporte. Disponível em: <https://ge.globo.com/negocios-doesporte/noticia/o-que-e-regime-centralizado-de-execucoes-entenda-o-plano-do-vasco-paraequacionar-dividas.ghtml>. Acesso em: 12 de maio de 2022

GRAFIETTI, Cesar. Entre o moderno e o vintage, a SAF pode ser virar apenas uma fantasia. InfoMoney. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/cesar-grafietti/entreo-moderno-e-o-vintage-a-saf-pode-ser-virar- apenas-uma-fantasia/>. Acesso em: 14 de maio de 2022.

GRAFIETTI, Cesar. A SAF e as possibilidades que a lei do clube-empresa traz. Infomoney. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/cesar->

grafietti/a-saf-e-aspossibilidades-que-a-lei-do-clube-empresa-traz/>. Acesso em: 11 de maio de 2022.

NETO, Giovanni Santoro. A sociedade anônima do futebol (SAF) e a monetização da paixão. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/18622> Acesso em: 11 de maio de 2022.

Medida obriga clubes de futebol a cumprirem obrigações por 'gestão saudável'. Trivela. Disponível em: <https://placar.abril.com.br/esporte/medida-obriga-clubes-de-futebol-acumprirem-obrigacoes-por-gestao-saudavel/> Acesso em: 12 de maio de 2022.

Rocha, E. M., de Oliveira, F. Ícaro S., & Valdevino, R. Q. S. PROFUT: uma análise da estrutura de capital de times brasileiros. *Anais Do Congresso Brasileiro De Custos - ABC*. Recuperado de <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/4787>

BONSANTI, Bruno. Porque a tragédia de Hillsborough aconteceu, e o que mudou depois dela. Trivela. Disponível em: <<https://trivela.com.br/inglaterra/por-que-tragedia-dehillsborough-aconteceu-e-o-que-mudou-depois-dela/>>. Acesso em: 14 de maio de 2022.



# A TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* APLICADA AO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO

## **MYLLENA REGINA MACIEL LUCENA**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: myllenamaciel.f8@outlook.com

## **THIAGO DE MENEZES RAMOS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor da Faculdade de Direito 8 de Julho. Professor substituto da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Pesquisador. E-mail: thiagomenezes1211@gmail.com.

### **Resumo:**

O presente artigo busca analisar aspectos jurídicos da tecnologia *Blockchain*, em particular, aplicado ao Direito Societário e aos contratos inteligentes (*smart contracts*). Essa tecnologia tem impactado diretamente as relações humanas, uma vez que possui o potencial de aumentar a segurança e garantir maior transparência às operações financeiras e aos negócios jurídicos em geral. Para tanto, também representa novos desafios aos operadores do Direito, os quais precisam se adaptar a essa nova realidade. Este trabalho pretende analisar as noções referentes à *Blockchain*, com base numa revisão bibliográfica sobre o tema.

Palavras-chave: *Blockchain*; tecnologia; contratos inteligentes; societário.

## INTRODUÇÃO

A Quarta Revolução Industrial, também chamada de Indústria 4.0, é marcada pela pluralidade de tecnologias avançadas, como a inteligência artificial, a robótica, a computação em nuvem e a internet das coisas, as quais estão moldando as formas de produção e os modelos de negócios em todo o mundo. Acontece que, em um cenário bastante volátil, abre-se espaço para muitas incertezas em relação às tecnologias disruptivas, o que revela a importância de estudo em torno da sua aplicação, sendo a utilização do *Blockchain* e dos contratos inteligentes um grande desafio, em particular, para o ramo do Direito Empresarial.

A tecnologia *Blockchain* surgiu como alternativa ao modelo de armazenamento de dados e operações digitais. Nesse sentido, depende de uma organização centralizada responsável pela intermediação, além dos integrantes disporem das mesmas capacidades na manutenção do armazenamento de dados (ANDRIGHI, 2018, p. 607).

Em suma, essa tecnologia corresponde à base de armazenamento e registro de dados de forma digital, que, por meio da codificação computacional podem ser realizados negócios e operações financeiras. Desse modo, os dados são mantidos em “blocos” e anexados em uma “cadeia” na internet, e as suas informações são compartilhadas por uma rede de participantes, que, a partir da assinatura criptografada pode validar qualquer informação adicionada à *Blockchain*.

Dito isso, a primeira aplicação que ganhou destaque mundial foi o desenvolvimento da moeda digital denominada Bitcoin, muito embora são inúmeras as possibilidades de sua utilização. No Brasil, a *Blockchain* tem sido adotada para tornar disponíveis serviços de autenticação de documentos, a exemplo do Cartório Azevedo Bastos, localizado na cidade de João Pessoa, Paraíba, em parceria com uma startup denominada OriginalMy (ANDRIGHI, 2018, p. 610)

O surgimento de novas tecnologias disruptivas tem gerado mudanças significativas na sociedade e na economia, e consequentemente no Direito. Pode-se afirmar que uma das áreas mais afetadas

pelo aparecimento dessas tecnologias tem sido o Direito Empresarial, fazendo surgir, assim, diversos questionamentos a respeito dos impactos que isso poderá causar nas empresas.

Assim, nota-se que essa tecnologia possui um papel importante, uma vez que as empresas dependem de informações cada vez mais rápidas e precisas. Logo, a *Blockchain* fornece essas informações de forma imediata, as quais são compartilhadas e armazenadas em um livro-razão imutável, que pode ser acessado por membros autorizados. Como os membros compartilham uma visualização única dos fatos, é possível ver todos os detalhes de uma transação, o que oferece maior confiança, eficiência e novas oportunidades.

Diante do exposto, o presente artigo propõe-se compreender os principais aspectos dessa tecnologia, assim como analisar a sua aplicação na esfera jurídica, em especial no ramo do Direito Societário.

## **A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN E SUAS IMPLICAÇÕES**

Como foi dito, a *Blockchain* tornou-se conhecida por viabilizar a criação das moedas digitais. A discussão sobre a sua amplitude para outros fins ainda está no começo, sobretudo, no que diz respeito à sua aplicabilidade ao Direito.

Da perspectiva da ciência da computação, pode-se compreender que é uma tecnologia utilizada para a manutenção de um banco de dados composto por registros distribuídos, descentralizados, compartilhados e acessíveis por uma rede de computadores conectados em base *peer-to-peer*, de forma que os participantes da rede possam compartilhar e reter documentos idênticos, protegidos criptograficamente e os registros continuem imutáveis (BLEMUS, 2017, p. 13).

Assim, é atribuída a característica de descentralização à *Blockchain*, uma vez que os dados são processados em diversos computadores conectados à internet. Segundo Aleixo (2017), não há intermediários responsáveis por garantir o reconhecimento ou a veracidade dos dados, posto que toda essa sistemática é regulada por um software executado automaticamente por usuários conectados à internet.

A descentralização de poder proporcionada pela *Blockchain* afeta instituições como governo, tribunais e as próprias instituições financeiras, que exercem tais funções de maneira burocrática e propensa a erros.

## **SUAS APLICAÇÕES NA ESFERA JURÍDICA**

Do ponto de vista jurídico, a *Blockchain* pode ser aplicada à registros de propriedades, comprovações de autoria e propriedade intelectual, contratos automatizados, remessas internacionais de valores, emissão de títulos privados, organizações descentralizadas autônomas, armazenamento remoto e distribuído de dados na nuvem, além de produtos financeiros diversos (ALEIXO, 2017).

Para Wright e De Filippi (2015, p. 10), o surgimento dessa tecnologia poderá conduzir à ascensão de um novo ramo do Direito, que os autores denominam “Lex Cryptographia”, o qual possui como finalidade regular negócios administrados por meio de contratos inteligentes (smart contracts) e organizações autônomas.

## **OS CONTRATOS INTELIGENTES NO ÂMBITO DO DIREITO SOCIETÁRIO**

Os contratos podem ser caracterizados como o vínculo obrigacional entre duas ou mais partes, as quais estipulam negociações com expectativas recíprocas. Para Orlando Gomes (2007), “contrato é o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.

Nesse sentido, os contratos são regidos pela preservação da boa-fé, sendo um fator essencial para alcançar o objetivo do negócio jurídico diante da expectativa das partes. Em relação aos contratos empresariais, estes são celebrados entre empresários (pessoa física ou jurídica), uma vez que ambas as partes estão condicionadas à busca do lucro, havendo a equivalência de poderes entre elas (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 32).

Os contratos empresariais possuem peculiaridades em relação aos demais contratos, como exemplo, função econômica; menores restrições à autonomia privada; lucro e alocação de riscos. Esses são alguns dos fatores que garantem o funcionamento dos contratos empresariais.

Dito isso, passemos a fazer uma análise a respeito dos *smart contracts*. Segundo Szabo (1997) os operadores de Direito definem o contrato inteligente como instrumento formalmente vinculativo entre as partes, à medida que os engenheiros de computação o compreendem como um código de programação, isto é, um arranjo de dados e instruções ao computador para a execução programada de ações.

Apesar de não haver um conceito definido sobre os contratos inteligentes, a sua finalidade é tornar mais segura e confiável a execução dos contratos tradicionais, dispensando a necessidade de intermediários. Como efeito, é visto que há diminuição de fraudes e até mesmo de eventual judicialização de resolução de conflitos, os quais reduzem, consideravelmente, os custos envolvidos (COOTER; ULEN, 2010, p. 209-211).

Nesse contexto, os contratos inteligentes utilizam a tecnologia *Blockchain* para implementar um negócio jurídico. Por meio de um banco de dados distribuído as partes podem confirmar que um evento aconteceu de fato, sem a necessidade da intermediação de um terceiro, tornando-se autoexecutável e mais eficiente.

Já a execução dos contratos tradicionais é permeada de riscos subjacentes ao negócio celebrado. Assim, podem advir situações de imprevisibilidade que necessitem da intervenção de terceiros, normalmente instituições como o Poder Judiciário, conforme o caso.

De outro modo, quando um contrato é implementado por meio da *Blockchain*, sua execução poderá ser automatizada, o que proporciona a mitigação desses riscos, dada a previsibilidade dos códigos programados nessa tecnologia. Contudo, ainda não há uma determinação acerca da legislação aplicável a um *smart contract*, ante ao descumprimento das obrigações.

## O USO DA *BLOCKCHAIN* PARA FINS SOCIETÁRIOS

Além dos *smart contracts*, conforme foi discutido acima, a tecnologia *Blockchain* pode ser utilizada e aplicada em diversas outras situações na esfera do Direito Societário como nas assembleias gerais (reunião de sócios), por exemplo. Sendo capaz de trazer benefícios às empresas, a fim de reduzir a falta de transparência, a burocracia e os custos de transação em relação a deliberação, dentre outras soluções (PORTO; LIMA JUNIOR; SILVA, 2019).

Desse modo, os registros da assembleia geral de uma sociedade empresária podem ser colocados em uma rede *Blockchain* e serem monitorados pelos seus próprios sócios, o que aumenta a segurança das transações e atenua problemas com os sistemas de deliberação (PORTO; LIMA JUNIOR; SILVA, 2019).

Diante disso, essa tecnologia facilita o sistema de votação e a comunicação entre os acionistas e os membros do conselho, permitindo segurança, flexibilidade e a redução desses custos (DEMARINIS, 2017).

Portanto, após as realizações de votações, a partir de Token de segurança com direito de voto, serão diretamente registradas no livro-razão da *Blockchain*, sendo que todas as informações contidas serão imutáveis, gerando maior segurança (MOUGAYAR, 2017).

Válido registrar como vantagem da tecnologia *Blockchain* no espectro empresarial, a questão referente ao consenso descentralizado, o qual impõe uma maior confiabilidade entre os participantes da rede com a melhor distribuição das informações a todos, reduzindo a sua assimetria informacional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho buscou-se demonstrar o efeito da tecnologia *Blockchain* na realização de operações financeiras e negociações jurídicas, analisando os seus impactos no Direito brasileiro.

Como visto, a *Blockchain* diz respeito à utilização de sistema de codificação computacional para o desenvolvimento de base de arma-

zenamento e registro de dados digitais, os quais são organizados em blocos e anexados a registros em cadeia cronológica.

Tal rede de banco de dados é estruturada de maneira descentralizada, de forma que não há autoridade central que coordene e organize os dados nele armazenados. Assim, são os próprios participantes que controlam a execução, o que não torna necessário um intermediário central para controlar a operação.

Em função disso, a *Blockchain* viabiliza os negócios jurídicos, as operações financeiras e o armazenamento de dados. Ademais, outro ponto importante é que essa tecnologia automatiza a execução das obrigações e garante maior segurança e confiabilidade na celebração dos *smart contracts* comparado aos contratos tradicionais, já que os termos e condições do negócio jurídico celebrado são programados previamente na rede.

Diante das vantagens proporcionadas pelo uso da *Blockchain*, como vistas acima, a defesa de sua aplicabilidade em outros negócios e áreas da economia tem ganhado escala. Haja vista que são discutidas inúmeras as formas de implementação, existindo experiências de seu uso para a realização de assembleias gerais, bem como para registros de ações e outras rotinas societárias.

Por outro lado, o seu uso ainda causa receio aos operadores do Direito. Afinal, existem questões controversas sobre a sua aplicação. De todo modo, cabe aos legisladores e reguladores a tarefa de assegurar a definição do regime jurídico adequado para o uso da tecnologia, de modo a incentivar sua utilização e conferir maior segurança jurídica para todos.

Por fim, é nítido que o avanço tecnológico é uma realidade que precisa ser encarada pela sociedade, sobretudo, buscando se adequar às novas formas de trabalho e as relações jurídicas negociais.

## REFERÊNCIAS

ALEIXO, Gabriel. Como a bitcoin e os *smart contracts* estão transformando os modelos de negócios. **E-gov**. Florianópolis, 5 nov. 2017. Disponível em: <http://>

[www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/como-o-bitcoin-e-os-smart-contracts-est%C3%A3o-transformandoosmodelos-de-neg%C3%B3cios](http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/como-o-bitcoin-e-os-smart-contracts-est%C3%A3o-transformandoosmodelos-de-neg%C3%B3cios). Acesso em: 16 maio 2022.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O surgimento da tecnologia blockchain e dos contratos inteligentes (smart contracts):** funcionamento e desafios jurídicos. In: YARSHELL, Flávio RIL Brasília a. 56 n. 223 jul./set. 2019 p. 11-30 29 Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). Processo societário. São Paulo: Quartier Latin, 2018. v. 3.

BLEMUS, Stéphane. **Law and blockchain:** a legal perspective on current regulatory trends worldwide. *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, Paris, v. 4, p. 1-15, 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia.** Tradução: Luís Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DEMARINIS, Richard. Is Blockchain the answer to e-voting? Nasdaq believes so. **Nasdaq**, 23 jan. 2017, p. 2, Disponível em: <http://ir.nasdaq.com/releasedetail.cfm?releaseid=954654>. Acesso em: 16 maio 2022.

MOUGAYAR, William. **Blockchain para negócios:** promessa, prática e aplicação da Nova Tecnologia da Internet. Tradução: Vivian Sbravatti. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017, p. 27.

PORTO, Antônio Maristrello; LIMA JUNIOR, João Manoel de; SILVA, Gabriela Borges. **Tecnologia Blockchain e Direito Societário:** aplicações práticas e desafios para a regulação. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 11-30, jul./set. 2019. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p11](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p11). Acesso em: 16 maio 2022.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu; **Teoria geral dos contratos:** contratos empresariais e análise econômica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

SZABO, Nick. Formalizing and securing relationships on public networks. **First Monday**, v.2, n. 9, Sept. 1997. Disponível em: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469publisher=First>. Acesso em: 16 maio 2022.

WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia. **Social Science Research Network**, [s. l.], p. 1-58, Mar. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2580664>. Acesso em: 16 maio 2022.



# DIREITOS TRABALHISTAS E AUTOMAÇÃO: DISCUSSÕES ACERCA DA (NÃO) REGULAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

## **BRYAN OLIVEIRA DE ASSIS**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: bryanoliveiracr@gmail.com.

## **DANIELA DE ANDRADE DE SOUZA**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Professora universitária da Faculdade de Direito 8 de Julho e do Centro Universitário Estácio de Sergipe. Especialista em gênero e sexualidade. Advogada. E-mail: danielaasg@gmail.com

## **SÂMIA SANTANA SANTOS**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Possui Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes/SE. Professora Universitária. Advogada. Membro da Comissão em Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE. samyasantos@gmail.com

### **Resumo:**

O presente trabalho tem por objetivo geral analisar como se desenvolve o direito à proteção do trabalhador em face da automação no contexto da Quarta Revolução Industrial. Para alcançá-lo, tem-se como objetivos específicos a) sinalizar as repercussões da Quarta Revolução na seara do Direito do trabalho e b) analisar o Projeto de Lei 1.091/19, projeto mais recente e ainda em tramitação sobre a matéria, que surge como uma possível regulamentação. Os objetivos foram desenvolvidos a partir de pesquisa qualitativa, com procedimento de pesquisa bibliográfica, por meio de análise de livros, artigos, e documental, através de estudo de legislações e projetos de leis pertinentes acerca do direito de proteção do trabalhador em face da automação. Percebeu-se, dessa forma, que a proteção do trabalhador em face da automação é prevista no art. 7º, inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988, considerando tal direito como fundamental, exigindo ao Estado a intervenção necessária para diminuição de efeitos ocasionados pelo crescente uso da tecnologia no ambiente laboral, em razão da eclosão da Quarta Revolução Industrial. No entanto, não existe ainda norma que regulamente a matéria de maneira específica, tendo como um possível caminho, e ainda recente, o Projeto de Lei 1.091/19, que busca estabelecer alguns parâmetros sobre a aplicação da automação em estabelecimentos. Concluiu-se, portanto, que se torna necessária a regulamentação discutida, tendo em vista que o processo de automação é considerado como contínuo, demandando-se, cada vez mais, a proteção de outros demais postos de trabalho.

Palavras-chave: Automação; Proteção; Trabalhadores.

## 1 INTRODUÇÃO

As relações de trabalho que se estabeleceram na década de 40, quando foi formulada a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), não correspondem às mesmas encontradas no contexto atual. Com o desenvolvimento tecnológico, as relações trabalhistas foram, cada vez mais, modificadas, seja na perspectiva dos vínculos trabalhistas, nas formas de prestação de serviços, no modo de aplicação de poderes por parte do empregador, na forma de relação com clientes e na obtenção de lucros (MACHADO; CÔRTEZ, 2020).

Tendo isso em vista, um dos principais eventos que marcaram o desenvolvimento tecnológico em diversos âmbitos da indústria diz respeito à Quarta Revolução Industrial. A quarta fase da Revolução intensificou as consequências decorrentes da aplicação massiva da automação no mercado de trabalho. Conforme o Fórum Econômico Mundial, a Quarta

Revolução Industrial corresponde ao momento em que são desenvolvidas, mesmo que de maneira autônoma, áreas como a inteligência artificial, robótica, nanotecnologia, genética, impressão 3D, Big Data e biotecnologia, as quais se interligam no sentido de produzir efeitos (CEZAR, 2019).

Nesse sentido, consideram-se como efeitos no ambiente de trabalho do desenvolvimento dessa fase no contexto mundial a diminuição de salários, a eliminação ou mudança nos postos de trabalho (PRUDÊNCIO, 2020), bem como prejuízos à saúde e a desmotivação e o sentimento de incapacidade de produção em relação às máquinas (LIMA, 2018). Como forma de proteger o trabalhador perante as mudanças relacionadas à tecnologia, decorrentes da Quarta Revolução, a Constituição Federal de 1988 buscou resguardar o trabalho em face da automação, considerando a atividade como um direito fundamental do indivíduo (MACHADO; CÔRTEZ, 2020).

A proteção do trabalhador em face da automação é delimitada no art. 7º, inciso XXVII, como direito fundamental, tendo aplicação imediata (PRUDÊNCIO, 2020). Se tratando de um direito fundamental, cabe

ao Estado provê-lo para que se garanta o direito ao exercício laboral, valorizado, inclusive, no Texto Constitucional (ALVES, 2012). Dentre as motivações encontradas para substituição do homem pela máquina, incluem-se: menos desperdício de matéria-prima, desencadeando na diminuição de custos e no preço final do produto; as máquinas são consideradas como mais capazes para receber uma maior quantidade de informações; não incide encargos trabalhistas; produzem relativamente mais que os seres humanos, pois não dão pausas e possuem um ritmo mais acelerado (MARTINEZ; MALTEZ, 2019).

No entanto, embora a Constituição Federal disponha em seu texto sobre a proteção do trabalhador em face da automação, não há uma norma regulamentadora que defina estratégias para a acentuação de efeitos provocados pelo desenvolvimento da automação no ambiente laboral. Foram criados alguns Projetos de Lei como forma de tentar regulamentar a matéria, mas não foi obtido sucesso com eles, pois entendeu o legislador que os efeitos da automação já haviam sido superados. Nesse sentido, o Projeto mais recente foi o Projeto de Lei de nº 1.091/19, entendido como um caminho para a busca da regulamentação do assunto no país (MARTINEZ; MALTEZ, 2019).

Em observância às consequências ocasionadas pela Quarta Revolução Industrial, principalmente no que concerne ao ambiente laboral, a problemática que norteia a seguinte pesquisa é: de que forma(s) o ordenamento jurídico brasileiro garante a proteção ao trabalhador em face da automação no contexto dos efeitos da Quarta Revolução Industrial?

Como forma de responder à pergunta estabelecida na pesquisa, foi determinado como objetivo geral do trabalho analisar o desenvolvimento do direito à proteção do trabalhador em face da automação no contexto da Quarta Revolução Industrial. Ademais, como objetivos específicos têm-se a) sinalizar as repercussões da Quarta Revolução na seara do Direito do trabalho e b) analisar o Projeto de Lei 1.091/19, projeto mais recente e ainda em tramitação sobre a matéria, surgindo como uma forma de regulamentação. Tais objetivos foram desenvolvidos a partir de pesquisa qualitativa, com procedimento de pesquisa

bibliográfica, por meio de análise de livros, artigos, e documental, através de estudo de legislações e projetos de leis pertinentes acerca do direito de proteção do trabalhador em face da automação.

## **2 A QUARTA REVOLUÇÃO E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO DO TRABALHO**

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), principal normativa trabalhista do país, criada na década de 40, foi direcionada de acordo com a sociedade da época. Sendo assim, com quase 80 anos depois, não se encontram as mesmas relações trabalhistas que foram estabelecidas na época; a perspectiva de trabalho que se considerava nesse tempo era através de grandes pátios industriais, que contavam com muitos funcionários, aos quais cada um exercia exclusivamente uma única função (MACHADO; CÔRTEZ, 2020).

Com o avanço tecnológico, cada vez mais foi-se percebendo mudanças no ambiente laboral, como a diferenciação na visão de vínculos trabalhistas, as maneiras de se prestar serviços, de controle e aplicação dos poderes por parte do empregador, o modo de relação com o cliente e de como se consegue os lucros (MACHADO; CÔRTEZ, 2020).

Acerca da Revolução Tecnológica como um todo e pelo sistema de acumulação de capitalista atual, embora apresente aspectos positivos quanto à estrutura econômica e social global, também ocasionou diversos malefícios, que conforme Santos e Soares (2015, p. 3) podem se destacar:

Este processo gerou graves e nefastos efeitos, implicando a destruição ou precarização das condições de vida dos trabalhadores pela corrosão dos direitos sociais, pelo desemprego em massa e pelo acirramento consequente das desigualdades sociais. O sistema de acumulação capitalista atual lastreia-se na reorganização empresarial em rede e na formação de uma sociedade de massa que se constitui de múltiplas interações

interindividuais intensificadas por uma profunda divisão do trabalho e pelo uso intensivo de novas tecnologias.

É nesse sentido que se cumpre em tratar sobre a Quarta Revolução Industrial, pois é nesse período que as preocupações com as consequências da automação em face dos trabalhadores e no mercado de trabalho se intensificaram. A Quarta Revolução Industrial no âmbito laboral foi amplamente discutida em janeiro de 2017, na Reunião do Fórum Econômico Mundial, especialmente tratando dos efeitos gerados pela automação no ambiente de trabalho, para que se promovesse uma avaliação e definição de desafios para esse novo momento mundial. Dessa maneira, foram delimitadas algumas habilidades que sofrerão menos impactos e outras que têm tendência a serem mais demandadas (CEZAR, 2019).

Essa fase da Revolução Industrial foi considerada a partir do ano de 2000 e teve seu surgimento na Feira Hannover, na Alemanha, no ano de 2011, como forma de divulgar fábricas inteligentes, contudo, tem seu sentido mais amplo, com a interação da tecnologia com domínios físicos, biológicos e digitais (PRUDÊNCIO, 2020).

No mesmo relatório do Fórum Econômico Mundial foi caracterizado que essa Revolução surge com o desenvolvimento de áreas como a genética, inteligência artificial, robótica, nanotecnologia, impressão 3D, Big Data e biotecnologia. Afirma-se que mesmo que essas áreas interajam de forma autônoma, tenham começado a se afluir, dinamizando seus efeitos. Outra característica dessa Revolução é a ampliação da digitalização e da interação com o meio virtual e o mundo real através da internet das coisas (CEZAR, 2019).

Tendo isso em vista, com a repercussão dessa fase, entende-se que os países desenvolvidos difundem as fábricas digitalizadas com a finalidade de diminuir o custeamento e para que se garanta acesso aos mercados consumistas, no entanto, por conta do elevado custo de investimento, parte desses países têm dificuldades para adequação dos sistemas produtivos. Ao falar das consequências no ambiente de trabalho são percebidas: diminuição dos níveis salariais e a eliminação ou alteração de alguns postos de trabalho (PRUDÊNCIO, 2020).

Ademais, Lima (2018) acrescenta outras consequências ocasionadas por esse acontecimento, a dizer:

Além dos trabalhadores terem seus postos de trabalho ocupados por máquinas, têm sua saúde prejudicada, porquanto, em um ambiente de trabalho automatizado, a comparação de resultados com as de uma máquina se tornam inevitáveis. Assim, por não conseguirem render o que uma máquina consegue obter, muitos trabalhadores se mostram desmotivados ou incapazes de produzir como deveriam.

Tendo em vista que esse evento afetou indubitavelmente a seara trabalhista, previu a Constituição Federal de 1988 acerca da proteção do trabalhador em face da automação, considerando-o como um direito e garantia fundamental do indivíduo (MACHADO; CÔRTEZ). Dessa forma, se espera tratar sobre essa garantia constitucional da próxima seção.

### **3 PROTEÇÃO DO TRABALHADOR EM FACE DA AUTOMAÇÃO**

O trabalho sempre foi identificado como uma atividade essencial para o ser humano, pois, é a partir dele que o indivíduo, no plano concreto, garante sua subsistência. Nesse sentido, o trabalho é caracterizado como um dever moral, considerado por maior parte da doutrina como direito fundamental. A Constituição Federal de 1988 buscou promover a valorização da prática laboral, especialmente quando estabeleceu no Art. 1º que a República se baseia no trabalho e na livre iniciativa, como também, no Art. 170º, dispõe sobre a importância do trabalho para a economia, e no Art. 193º na sua indispensabilidade para a ordem social (ALVES, 2012).

Assim, sendo o direito ao trabalho como uma garantia fundamental de segunda geração, é imposto ao Estado uma atuação, de forma positiva, na sua execução. Dessa forma, o direito da proteção em face da automação se apresenta como uma ferramenta para garantia do trabalho ao indivíduo (ALVES, 2012).

A Constituição de 88 delimitou essa garantia no Art. 7º, inciso XXVII, assim, em se tratando de garantias de cunho fundamental, as quais são dispostas no título II, define-se no § 1º do Art. 5º que as normativas referentes aos direitos e garantias fundamentais têm aplicação de forma imediata (PRUDÊNCIO, 2020).

Cumpre-se abordar também que, em relação à sua aplicabilidade imediata, é um dever que cabe ao Estado, isto porque, quando se protege a integridade física e mental dos trabalhadores e o mercado de trabalho em detrimento da automação também se resguarda a dignidade da pessoa humana, sendo garantida, pois, quando o indivíduo pode viver com a plena garantia de todos os direitos fundamentais (MARTINEZ; MALTEZ, 2019).

Esse direito busca ultrapassar limitações com o objetivo de delimitar uma regulamentação apropriada para busca do desenvolvimento da economia e da sociedade, principalmente no que diz respeito a geração ou para manutenção de empregos. Dessa forma, torna-se obrigação a aplicação do Texto Constitucional para garantia de eficiência e efetividade das intervenções quanto ao desenvolvimento científico e tecnológico no país sem que seja ferido o direito do trabalho frente à automação (SANTOS; SOARES, 2015).

Dentre as preocupações que esse direito busca resguardar pode citar a proteção do trabalhador em razão do desemprego estrutural ocasionado pela opção do empregador de substituir a força humana pelas máquinas em algumas fases do processo de produção. Entendesse que determinado processo se estabeleceu como de grande relevância para os empresários em razão de tais motivações: as máquinas desperdiçam menos matéria-prima, e assim, diminui os custos produtivos e o preço final do produto; estas, também, são mais capazes de receber mais informações do que o ser humano; o uso delas não incide encargos de cunho trabalhista; por fim, também produzem mais, já que têm ritmo mais rápido e não dão pausas (MARTINEZ; MALTEZ, 2019).

Como já tratado, a proteção do trabalhador no que concerne à automação é tanto um direito fundamental quanto uma ferramenta

para garantia da dignidade da pessoa humana, e por isso, pelo fato de ser fundamento de toda a Constituição, torna-se como dever estatal garantir e promover o trabalho, seja na coletividade ou ao indivíduo, por meio de ações prestacionais ou defensivas (SILVA, 2020).

Nesse sentido, embora a Carta Maior tenha tratado dessa proteção em face do desemprego em relação à automação, não foi definido em seu texto uma sistemática para a sua aplicação, ou seja, uma regulamentação. Como forma de resolver essa problemática, foram criados diversos Projetos de Lei, sendo apresentado um dos principais e mais recentes, o Projeto de Lei nº 1.091/19, como forma de estabelecer algumas medidas. No entanto, vários deles foram arquivados pelo motivo de o legislador entender que os efeitos da automação já teriam sido superados, mas o que se destaca é que a automação é contínua e dinâmica, então, conforme a tecnologia se avança, novas maneiras de automação serão identificadas e vários outros empregos estarão sob ameaça (MARTINEZ; MALTEZ, 2019).

#### **4 PROJETO DE LEI 1.091/2019: POSSÍVEL CAMINHO PARA A REGULAMENTAÇÃO?**

Como tratado anteriormente, infere-se que a proteção do trabalhador frente à automação é um direito fundamental, cabendo ao Estado, portanto, definir estratégias para sua real efetivação. Contudo, embora esse direito seja previsto no Texto Constitucional vigente, não há uma regulamentação específica atualmente, e é nesse sentido que se busca tratar sobre o Projeto de Lei mais recente sobre a temática, o PL de nº 1.091/2019, abordando sobre alguns aspectos gerais trabalhistas, uma vez que o projeto também versa sobre questões previdenciárias.

O Projeto de Lei 1.091/2019, formulado e ajustado pelo Deputado Wolney Queiroz (PDT/PE), no início do ano de 2019, surge como forma de regular o que se dispõe no inciso XXVII do Art. 7º da Constituição Federal, que diz respeito à proteção do trabalhador, seja ele urbano ou rural, em razão da automação (FELICIANO; MORAES, 2020). No



momento, o PL ainda está em tramitação, aguardando parecer do Relator na Comissão de Seguridade Social e Família.

Cumpra-se abordar, primeiramente, que conforme o § 1º do Art. 1º do referido projeto se busca determinar a conceituação de automação como sendo qualquer ferramenta que, de alguma forma, substitua, controle ou reduza o trabalho humano:

§1º. Para os efeitos desta lei, considera-se automação o método pelo qual se utilizem quaisquer equipamentos, mecanismos, processos ou tecnologias para realização de trabalho, ou para seu controle, com reduzida ou nenhuma interferência humana.

Nesse mesmo sentido, buscou o legislador dispor que: “Art. 2º: A adoção ou implantação da automação, conforme definida nesta Lei, será obrigatoriamente precedida de negociação coletiva com o sindicato representativo da categoria profissional.” Assim, percebe-se a tentativa de estabelecer algum controle prático na aplicação da automação nos estabelecimentos. Como também, no § 1º do mesmo artigo é tratado que, caso não haja negociação coletiva, os atos referentes à automação: “(...) serão nulos, de pleno direito, os atos jurídicos tendentes à automação, cabendo reparação por perdas e danos, no que couber, aos trabalhadores prejudicados.”

Foi instituído no mesmo projeto também que, após a aprovação da legislação, caberia ao Ministro do Trabalho editar portaria discriminando, em rol taxativo, os métodos tidos como de automação, tendo o dever de serem atualizados anualmente, vide o § 2º do art. 1º. Por outro lado, ao analisar o Art. 3º do mesmo projeto, dispôs o texto sobre as limitações e condições acerca da aplicação da automação no ambiente laboral por parte do empregador:

Art. 3º. Para fins de discussão, consulta, implementação e fiscalização, como também para os fins do art. 2º, o empregador ou tomador de serviços é obrigado a comunicar ao sindicato da respectiva categoria laboral e à Superintendência Regional do

Trabalho competente, com antecedência mínima de seis meses em relação à data de adoção ou implantação da automação, conforme definida no art. 1º desta Lei:

I - o tipo de equipamento, mecanismo, tecnologia ou processo a ser adotado, implantado ou ampliado;

II – o nível de impacto da nova tecnologia sobre as condições de trabalho;

III – a relação dos empregados atingidos com a mudança operacional;

IV – a planificação de treinamento e readaptação dos empregados, de modo a que eles possam vir a desenvolver ou desempenhar novas funções, para o mesmo empregador ou grupo econômico.

Preocupou-se o criador da legislação em definir algumas condições para a execução da automação, como forma de que se analise, primeiramente, as consequências estabelecidas aos empregados afetados por essa prática. Resume Prudêncio (2020, p. 109) sobre alguns outros pontos importantes referentes à readaptação e capacitação para novas funções e acerca da dispensa:

Destacamos ainda no mencionado projeto de lei, a previsão de processos de readaptação e capacitação para novas funções. Acrescida a previsão de estabilidade provisória, vedando demissão sem justa causa nos primeiros seis meses após a automação, ampliado o prazo para dois anos no caso de empregados readaptados para outras funções. A dispensa imotivada e sem a observação da lei proposta, ensejaria pagamento dobrado de todas as verbas rescisórias. Vedada também a dispensa coletiva massiva de trabalhadores, considerando o quantitativo de dez por cento do total de empregados de uma mesma unidade de trabalho na respectiva empresa.

Entende-se, dessa forma, que o Projeto de Lei abarca a garantia de diversas ações protetivas para o trabalhador em detrimento do

processo de automação. Tratam Feliciano e Moraes (2020) que o projeto pode servir como base para adequação da economia do país em relação à Quarta Revolução, para que seja competitiva e socialmente justa, no entanto, admite que é uma proposta ousada, mas que se torna importante essa ousadia, pois não há regulamentação prática da matéria discutida.

## **5 CONCLUSÃO**

Conclui-se, portanto, que o presente trabalho conseguiu alcançar os objetivos delimitados, de modo que foram tratadas sobre as repercussões da Quarta Revolução no Direito no Trabalho, no segundo tópico; e, também, analisou-se a proteção do trabalhador em face da automação e acerca da falta de regulamentação própria desse direito.

O trabalho é uma atividade essencial para o ser humano e para sua vida em sociedade. É a partir dele que se garante a subsistência do indivíduo e se constitui como uma das bases para a dignidade da pessoa humana, considerando-o, por conta disso, como um direito fundamental.

Tendo em vista que o direito ao trabalho é uma garantia fundamental ao indivíduo, cabe ao Estado promovê-lo por meio dos aparatos normativos. É nesse sentido que a Constituição, frente às tecnologias impostas pelo desenvolvimento da Quarta Revolução, instituiu o direito de proteção ao trabalhador frente à automação. A automação foi considerada como uma ação proposta pelo empregador que substitua o trabalho humano em algumas etapas do processo produtivo.

Esse direito fundamental tem como foco regulamentar a temática para que se busque um desenvolvimento apropriado da economia e da sociedade, essencialmente no que se diz respeito a geração ou manutenção dos postos de trabalho. Foi destacado na pesquisa que os empregadores preferem desenvolver sistemas de automação em razão de que as máquinas têm menos custo e diminuem o preço dos produtos, bem como, são mais capazes no recebimento de informações e no aspecto produtivo, e, ainda, não desencadeiam em encargos trabalhistas.

Embora essa proteção seja prevista no Texto Constitucional, não há norma regulamentadora específica. Sendo assim, torna-se um tema que demanda muito cuidado na sua aplicação real. No entanto, foi constatado um Projeto de Lei de nº 1.091/2019, ainda em tramitação, que procurou dispor acerca dessa proteção, estabelecendo alguns parâmetros.

O referido projeto buscou, principalmente, adotar algumas definições sobre o processo de automação, como deveria ocorrer a implementação das máquinas no ambiente de trabalho, como deveriam ser estabelecidos os métodos de automação, as limitações conferidas ao empregador nessas implementações específicas, como também, acerca da readaptação e capacitação de novas funções e sobre a dispensa dos empregados afetados com as mudanças.

No entanto, destacou-se que o projeto, apesar de ser ousado, em termos de estabelecimento de normativas, é um ponto inicial para o desenvolvimento da regulamentação da proteção do trabalhador em face da automação no contexto dos efeitos advindos da Quarta Revolução Industrial.

Admite-se, portanto, que o tema é de extrema relevância, pois a automação é um processo contínuo, e cada vez mais demanda-se a proteção dos trabalhadores em relação a outros novos postos de trabalho que são eliminados com o desenvolvimento dessa prática, ensejando assim, a necessidade de uma regulamentação específica para o tema.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Henrique Fonseca. Proteção em face da automação e a eficácia dos direitos fundamentais. **SAPIENTIA–Revista de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá de Belo Horizonte**, v. 1, n. 1, 2012.

BRASIL. **Projeto de Lei 1.091, de 25 de fevereiro de 2019**. Regula o inciso XXVII do artigo 7º da Constituição Federal, que trata da proteção ao trabalhador em face da automação e determina outras providências. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1714381](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1714381)>. Acesso em: 14 de maio de 2022.

CEZAR, Frederico Gonçalves. **Valores constitucionais de proteção do trabalhador em face da automação**. 2019. xvii, 257 f., il. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MORAES, Paulo Douglas Almeida. Do direito social à proteção contra os efeitos da automação: breves comentários ao PL n. 1.091/2019, da Câmara dos Deputados. **Revista Trabalhista: Direito e Processo N. 62: Tecnologia, Precarização e Proteção Social**, v. 62, p. 44, 2020.

LIMA, Wilson de Oliveira. A Proteção em Face da Automação no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Garantia de Postos de Trabalho no Âmbito do Setor de Check-In e Embarque Aeroportuário. **Portal de Trabalhos Acadêmicos**, v. 5, n. 1, 2018.

MACHADO, Luciana; CÔRTEZ, Priscila Cavalcanti. O Direito fundamental à proteção em face à automação e a indústria 4.0. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 1, n. 26, p. 139-154, 2020.

MARTINEZ, Luciano; MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. **Revista Nova Hileia**, v. 2, n. 2, 2019.

SILVA, Luísa Gasparini et al. **A cultura do progresso e do desenvolvimento frente à dignidade da pessoa humana e à proteção do trabalhador**. 2020. 40 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2020.

PRUDÊNCIO, Antônio Ivo Cavalcante. Aspectos da Revolução Digital 4.0 nas Relações de Trabalho: A Proteção do Trabalhador em Face da Automação. **Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho**, 2020.

SANTOS, R. Soares; SOARES, Érica. E. O direito à proteção em face da automação e desemprego tecnológico: parâmetros constitucionais para regulamentação. In: **III Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. 2015. p. 6-20.



# DIREITO PENAL, FAKE NEWS E CRIMES DE ÓDIO

## **EVÂNIO JOSÉ DE MOURA SANTOS**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Penal pela PUC-SP; Mestre em Processo Penal pela PUC-SP; Pós-graduado em Direito Penal Econômico (Ibccrim/Universidade de Coimbra), Filosofia (PUC/RS) e Direito Constitucional (UFS); Professor de Direito Penal da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito 08 de Julho; Advogado criminalista; Foi Conselheiro Federal e Secretário-Geral da OAB/SE; Procurador do Estado de Sergipe; Autor de obras jurídicas. E-mail: evanio@evaniomoura.adv.br

## **AMANDA DE SÁ SANTOS**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022). E-mail: amanda\_dsnts@hotmail.com

## **LARISSA GÓES SANTOS**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

## **MARIA EDUARDA DE AMORIM SOUZA**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

## **RACHEL MACHADO DE SALES E SILVA**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

## **SOPHIA BILQUIS SILVA HASAN**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

### **Resumo:**

O presente artigo consiste no trabalho final do grupo de iniciação científica inaugurado no âmbito da Faculdade de Direito 8 de Julho, sendo pesquisadas as implicações e possibilidades de aplicação do Direito Penal na divulgação de fake news, na disseminação dos discursos de ódio e na prática dos crimes de ódio, situação comprovada e em constante crescimento, demandando uma adequada resposta estatal, inclusive com a necessidade de serem promovidas alterações legislativas no escopo de se buscar a proteção a relevantes bens jurídicos penalmente tutelados.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal cidadã ao tempo que assegura a liberdade de expressão e manifestação, também estabelece como garantias fundamentais a proteção à imagem, honra e dignidade humana, coibindo toda forma de ofensa a referidos bens jurídicos.

Hodiernamente tem-se verificado um acréscimo da intolerância nas relações humanas e na mesma proporção que cresce o uso da rede mundial de computadores e das comunicações por intermédio de conexão e redes sociais, constata-se um aumento da difusão de fake news, reproduzindo-se ofensas que estão diretamente vinculadas aos discursos de ódio, muitas vezes desaguando na prática de crimes de ódio.

Diante deste relevante fenômeno com implicações diretas no âmbito do Direito Penal, promoveu-se a realização de um grupo de iniciação científica na Faculdade de Direito 8 de Julho, coordenado pelo professor que também assina o presente artigo, deflagrado no propósito de estudar e pesquisar o fenômeno das fake news, o crescimento exponencial do discurso e dos crimes de ódio praticados pelas redes sociais, ofendendo minorias, disseminando preconceito e configurando um verdadeiro abuso da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento.

Além disso, buscar-se-á apontar diversos problemas/dificuldades na investigação e punição de referidas condutas delituosas, sendo imprescindível promover alterações legislativas e aprofundar o debate com o Poder Judiciário.

A presente pesquisa busca responder as seguintes perguntas: i. A que se deve o abuso na disseminação de fake news na atualidade? ii. A legislação brasileira está adequadamente atualizada para punir a propagação de fake news que multiplica discurso de ódio e resvala na prática de crimes de ódio racial, sexual, político e religioso? quais as principais dificuldades no combate aos crimes de ódio? iii. Qual a postura da Polícia Judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário no combate aos crimes de ódio praticados com o uso da rede mundial de computadores valendo-se das redes sociais?



Salienta-se que o objetivo geral é pesquisar a divulgação indiscriminada de notícias falsas ou pseudonotícias (fake news) fazendo a correlação entre a propalação de referidas informações mentirosas com o crescimento do discurso de ódio que acaba desaguando na prática de crimes de ódio, tendo como objetivos específicos compreender o fenômeno da pós-verdade e do nascimento e desenvolvimento das fake news.

Buscar-se-á, ainda, aprofundar o estudo acerca do discurso de ódio, promovendo um levantamento histórico, perquirindo os motivos que propiciaram o seu surgimento e propagação, além de verificar os principais crimes de ódio (racial, sexual – misoginia e homofobia, econômico – aporofobia, de origem – xenofobia, religioso etc.) comumente praticados no Brasil, perscrutando os motivos de seu desenvolvimento. Por fim, também foi realizada pesquisa no intuito de verificar os motivos ensejadores do crescimento dos crimes de ódio praticados no país, fazendo uma análise quantitativa e qualitativa.

Promoveu-se, ainda, um levantamento jurisprudencial sobre o tema, buscando conhecer a postura do Poder Judiciário no enfrentamento de referido problema e catalogando quais as providências jurídicas que devem ser adotadas no combate ao uso de fake news e a propagação de ofensas que caracterizam crimes de ódio, apresentando sugestões de alteração legislativa (*lege ferenda*) demonstrando a existência de verdadeiro déficit normativo.

Foram analisados os tratados e convenções que versam sobre o combate a todas as formas de discriminação e preconceito, além da punição pela divulgação de notícias falsas.

Por fim, o trabalho de pesquisa foi desenvolvido com o uso dos métodos de abordagem indutivo e dedutivo, análise dos dados coletados e sistematizados, seguindo-se o objetivo proposto, originando-se da leitura de diplomas legais (tratados internacionais, legislação e demais atos normativos que busquem combater o discurso de ódio e que porventura existam no âmbito de outras esferas de governo) e jurisprudências (sentenças, votos e acórdãos), associado à leitura de textos doutrinários, nacionais e internacionais versando sobre o temário do abuso das fake news, da propagação dos discursos de ódio e da prática de crimes de ódio.

## 2. O DISCURSO DE ÓDIO.

Existe uma falsa percepção, amparada na premissa do homem cordial, de que no Brasil o discurso de ódio não é significativo. Os brasileiros possuem uma ingenuidade ao acreditarem que o ódio só fez parte de nosso passado, quando da existência das guerras civis, como a farroupilha, a Balaiada, a cabanagem ou a luta pela abolição da escravatura. Em razão de referidos fatos históricos terem acontecido há muito tempo, passou-se a difundir a ideia de que o sentimento de ódio não se encontra presente na sociedade contemporânea. Porém, o ódio nunca deixou de existir em nosso meio, sendo que agora se manifesta de forma encoberta, valendo-se do anonimato da internet.

Somos um país que, embora com previsão de tipificação da tortura, da violência doméstica e do racismo, e, mesmo assim, presenciamos cotidianamente um elevado índice de violência contra negros, mulheres e indivíduos da comunidade LGBTQIA+.

É possível enxergar exemplos do racismo à brasileira, praticado muitas vezes de maneira sutil ou oculta, diferentemente dos Estados Unidos da América.

Segundo Leandro Karnal (2017, p.31):

No Brasil não há ônibus específicos para negros, nem a separação explícita que norte-americanos e sul-africanos enfrentaram. (...)

Na verdade, qualquer brasileiro soube, até a Lei Afonso Arinos, em julho de 1951, e mais tarde com a criminalização do racismo pela Constituição de 1988, essa separação sempre foi suficientemente clara e direta que não era necessário um ônibus ou um bebedouro em local público para negros. Sempre mantivemos uma característica portuguesa, que é distinta da anglo-saxônica. Esta costuma afastar o diferente, enquanto a característica portuguesa é trazer para dentro do sistema colonial, não afastá-lo.

Desta forma, observa-se que não há predominância da separação direta e física, mas sim, da separação econômica e social. A maioria dos negros vive afastada da sociedade branca e são, muitas vezes, marginalizados. Por exemplo, nas favelas há o domínio do crime organizado que comanda todo o morro, e não há quem se preocupe definitivamente com essa situação.

Quando há a prevalência de crimes em locais que a maioria dos residentes são de pele preta, não existe destacada preocupação dos órgãos de imprensa e das autoridades. Entretanto, quando se observa a criminalidade em locais elitizados, de maioria branca, existe uma repercussão imediata, uma inquietação maior com forte atuação da polícia e dos demais poderes estatais. Pode-se afirmar que o preconceito já está tão normalizado na nossa sociedade, que é difícil fazer uma reflexão correta e concreta sobre o que é realmente o racismo, a homofobia e a misoginia, por exemplo.

Pode-se afirmar que as ofensas aumentam quando as minorias discriminadas resolvem não permanecerem afastadas da sociedade, constatando-se que quando integrantes de referidas minorias começam a ganhar voz e notoriedade, verificam-se os exemplos de racismo, xenofobia, homofobia, machismo etc. Esse ódio muitas vezes é confundido com a liberdade de expressão, porém, o limite de um é o começo do outro. Ou seja, o limite da liberdade de expressão é o menosprezo às garantias fundamentais, não sendo possível com amparo na garantia da liberdade de expressão praticar ou disseminar o discurso do ódio.

A liberdade de expressão está voltada ao direito dos indivíduos de expressarem os seus pensamentos sem sofrerem restrição, censura ou limitação, estando referida garantia materializada no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos arts. 5º, inciso IV e 220 da Constituição Federal de 1988:

Art. 19. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer

meio de expressão (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (BRASIL. Constituição Federal, 1988)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (BRASIL. Constituição Federal, 1988)

Importante frisar que, mesmo a liberdade de expressão se constituindo em uma cláusula pétrea, ou seja, fazendo parte dos direitos que não podem ser retirados ou modificados pelo Estado (art. 60, § 4º, IV, CF), sendo irrenunciável, referida garantia possui limites.

Sobredita limitação deve ser imposta no propósito de que outras pessoas não percam o seu direito a integridade física ou moral por conta de uma “opinião” arremessada no intuito de ofender ou disseminar o ódio. Por exemplo, ter uma opinião de que o nazismo foi algo bom para o mundo ou que deve ser tolerado, fere frontalmente o direito dos milhares de judeus que foram mortos pelos nazistas em campos de concentração durante o holocausto da segunda guerra. Logo, a liberdade de expressão desmedida pode vir a contribuir ou fomentar a prática do discurso de ódio e, com isso, desaguar no cometimento de um crime de ódio.

O discurso do ódio começa pelo medo de ter o seu lugar substituído por pessoas consideradas inferiores. Para Leandro Karnal (2017, p.42), “o ódio é sempre uma resposta ao medo, a insegurança e a ignorância. Quando não se sabe controlar essas três forças, acaba manifestando o ódio”. O ser humano acredita que as diferenças vão fazer perder a sua identidade, trazendo insegurança e disputa que pode vir a se transformar em ódio. Além disso, esse sentimento de

aversão não nasce com o indivíduo, ele é transmitido, ninguém nasce odiando outra pessoa, normalmente são ensinados em casa, em grupos, partidos políticos, clubes, associações etc., sendo mais fácil e tolerável a disseminação do discurso do ódio para as pessoas que tem o mesmo pensamento, já que não terão nenhum pensamento contrário, ascendendo o sentimento narcisista (Karnal, 2017).

Existe uma enorme dificuldade em assumir a violência presente que também ocorre de forma mascarada, sendo possível observar nos altos índices de estupros, feminicídios, abuso de autoridade policial, violência contra as religiões de matriz africana etc., afirmando neste aspecto a doutrina:

Temos certeza de que o Brasil deveria ser pacífico. E aí a inexistência de tragédias naturais notáveis, a ausência de conflitos bélicos acirrados, a escassez de um embate expressivo entre o homem e a natureza, tudo isso é visto tradicionalmente como um dos símbolos do nosso caráter tranquilo. O fato de o Brasil estar sobre placas geológicas estáveis talvez tenha permitido à sociedade brasileira dirigir sua violência entre si ou para si. As placas geológicas estáveis talvez sejam a única coisa realmente tranquila no Brasil (KARNAL, 2017, p.45).

Essa falsa percepção e combate efetivo aos discursos de ódio no Brasil impedem que referido problema venha a ser adequadamente enfrentado e quiçá solucionado. A negação gera um sentimento de que está tudo certo, de que não existe a necessidade de mudar. Enquanto isso, o número de mulheres assassinadas sobe a cada momento, entre 2020 e 2021 o número de delitos contra as mulheres triplicou, passando de 271.392 registros para 823.127 casos, segundo dados da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos<sup>1</sup>.

---

1 Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos – órgão diretamente vinculado ao Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania. [https://www.gov.br/mdh/pt-br/canais\\_atendimento/ouvidoria-do-mdhc](https://www.gov.br/mdh/pt-br/canais_atendimento/ouvidoria-do-mdhc), acesso em 17.02.2023.

Os números crescentes da violência doméstica no Brasil, mesmo com encrudelecimento normativo, divulgação de várias campanhas oficiais, busca de conscientização do combate à violência doméstica, tem-se um crescimento de referidas práticas, motivadas por um ódio que a maioria dos homens possuem contra as mulheres, e esse ódio se materializa na violência real.

Referido fato está relacionado ao sentimento de medo do homem em relação a mulher. A maioria dos homens possuiu uma figura feminina na infância que sempre o regulou e o disciplinou, muitas vezes através do medo, então, esse sentimento ficou oculto e depois surgiu em forma de agressividade. A homofobia também está relacionada a esse “medo das mulheres”, os homens gays “afeminados” são os mais discriminados por se assemelharem mais às mulheres, ou seja, por terem comportamento semelhante ao “sexo mais fraco” (Karnal, 2017).

Afirma o filósofo francês André Glucksmann que o ódio está presente em todos os indivíduos, ele é o principal fator para todas as tragédias que vêm acontecendo, para todos os ataques terroristas contra igrejas e cidades. Ele afirma que o ódio vai além do sentimento, ele é um discurso e todos já tiveram contato com ele:

Com seus ornamentos tradicionais – raiva, cólera, bestialidade, ferocidade – dos quais ele exhibe um arsenal completo, o ódio acusa sem saber. O ódio julga sem ouvir. O ódio condena a seu bel-prazer. Nada respeita e acredita encontrar-se diante de algum complô universal. Esgotado, recoberto de ressentimento, dilacera tudo com seu golpe arbitrário e poderoso. Odeio, logo existo (GLUSCKSMANN, 2007, p. 12).

Com a popularização do acesso à rede mundial de computadores e o uso cada vez mais frequente das redes sociais, passou-se a utilizar-se a internet como poderoso instrumento para dar voz a esse ódio que está em cada indivíduo, nela, é fácil achar outras pessoas com pensamentos iguais. De acordo com Karnal (*apud* Nelson Rodrigues), sempre existiram “idiotas” isolados, mas, a partir do momento que eles

começam a conhecer outros “idiotas”, ganham voz e acabam saindo dos seus isolamentos, formando uma comunidade.

A globalização permitiu que o sentimento de aversão alcançasse grandes escalas, sendo que a internet aumentou e explicitou as expressões de ódio, intolerância e violência. Não houve a criação do ódio, ele sempre existiu, mas tornou-se mais usual e evidente quando todas as pessoas que estão conectadas passaram a ter mais espaço de fala. Antigamente, para escrever algo odioso, demandava muito mais tempo e dava muito mais trabalho. Nos dias atuais, basta entrar em qualquer rede social e disseminar comentários maldosos e ofensivos, muitas vezes sem necessitar, sequer de identificação.

Além disso, existem verdadeiras comunidades, páginas com milhares de seguidores e supostos influenciadores digitais que se valem dos discursos de ódio (até para aumentar o número de seguidores), intensificando-se o problema quando existe a divulgação do discurso de ódio, encontrando receptores que concordam com referida postura.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a propagação do discurso de ódio caminha de mãos dadas com a disseminação de notícias falsas por meio da internet, viabilizando que se espalhem cada vez mais rápido para os usuários, não existindo uma confiável identificação do que realmente é correto ou não, sendo somente repassada.

Transmitir fake news alimenta o ódio, já que há a propagação de mentiras para atingir o objetivo de depreciar alguma ideia, atacar uma determinada minoria ou agredir alguma pessoa. Karnal (2017, p. 109) estabelece que “A pós-verdade é quando não considero isso relevante. Não importa saber se é verdade. O que importa é a sua eficácia”. Dessa forma, quando existe um sentimento de antipatia em comum, é mais importante espalhar inverdades, para que outras pessoas possam ter o mesmo sentimento, e atingir o objetivo, do que saber se a notícia é realmente verídica.

Nesse sentido destacam-se os ensinamentos da filósofa espanhola Adela Cortina estampados em seu livro Aporofobia, sendo realizada uma diferenciação entre o ódio de quem sofre um dano de alguém e o ódio contido no discurso de ódio. O primeiro é fun-

dado em mágoa, atacando alguém devido a um dano que possa ter causado à pessoa, enquanto o segundo é fundado em um sentido de superioridade diante daquela pessoa ou grupo de pessoas, sendo que esta superioridade advém de uma desigualdade estrutural preexistente da sociedade. O discurso de ódio não é lançado com a finalidade de iniciar uma discussão, mas sim de expressar desprezo por aquele grupo de pessoas, sendo referidas ofensas prontamente compartilhadas.

Apesar da nomenclatura, não se trata de um “discurso”, mas sim um monólogo com forma aparente de diálogo, negando ao ouvinte a capacidade de interlocução, tratando-o como um objeto merecedor de desprezo, estigmatização e manipulação.

Nesse contexto do discurso de ódio, destaca-se a definição da aporofobia (o ódio ao pobre), encontrando-se suas raízes na natureza humana, fazendo referência ao pecado original na religião e ao mal radical na interpretação filosófica, aplicando-se, ainda, a outras formas de ódio, como a xenofobia, por exemplo.

Uma característica da sociedade humana seria o uso da vergonha para o desenvolvimento de valores sociais. A força social é relevante no uso da vergonha como instrumento de controle social, pois a preocupação com a aprovação e a reprovação dos outros, através da fofoca, por exemplo, é o estímulo mais importante para o desenvolvimento de virtudes sociais. Porém, a vergonha seria usada pelo grupo que tem poder social, assim desenvolvendo virtudes com base nos valores daquele grupo, que nem sempre terão razão. Também acabaria sendo usada como uma arma contra os mais fracos, e até como um instrumento de dominação.

A professora Adela Cortina explica que os seres humanos estão biologicamente preparados para o egoísmo, mas também para a cooperação. Porém essa expectativa de retribuição deu origem à aporofobia, devido ao fato que a sociedade moderna é contratualista e cooperativa, baseada na troca, e os pobres, aqueles que parecem não ter o que oferecer em qualquer relação de troca, são ignorados e desprezados. Levá-los em consideração implica na perda de capacidade



adaptativa biológica e social, já que são os bem situados que podem auxiliar na sobrevivência.

O *homo oeconomicus*, que visa maximizar o lucro e é movido pelo cálculo da utilidade máxima, deve ser substituído pelo *homo reciprocans*, que é capaz de retribuir e cooperar, movido por instintos e emoções.

Para que o discurso de ódio seja considerado criminoso, é preciso que se refira a valores ou direitos constitucionais, ou que contenha uma incitação a ações violentas. Os grupos com força social conseguem fazer com que os discursos que os atacam sejam socialmente intoleráveis, ou até que sejam considerados crimes. Enquanto isso, os grupos mais fracos socialmente não conseguem fazer isso, e os discursos que os atacam são vistos apenas como liberdade de expressão.

Diante do crescimento exponencial do discurso de ódio, deve-se utilizar o direito penal para coibi-lo, mesmo cuidando-se a tipificação de condutas como crime e a imposição de pena como *ultima ratio*.

### **3. FAKE NEWS E OS CRIMES DE ÓDIO.**

O termo fake news no contexto hodiernamente conhecido foi utilizado pela primeira vez em meados dos anos 1890 quando da publicação de jornais sensacionalistas da época. No cenário atual pode-se dizer que as fakes news vão além de um conceito concreto de apenas ser traduzido como “notícias falsas”, a este ponto é mais correto atribuir ao termo a noção de que “fake news” é um fenômeno contemporâneo, primariamente pautado no emocional coletivo e que tem suas raízes plantadas com o colapso de confiança de um povo para com seu governo e árbitros sociais, na hiper relativização da realidade e na apatia gerada pela convivência.

Vivemos em uma era de relativização da verdade factual. Enquanto no passado estas técnicas eram usadas para tentar convencer um povo de que aquilo que se falava era a verdade, agora tais métodos são utilizados para persuadir os ouvintes de que a verdade concreta não importa ou não existe, o que importa são as convicções pessoais de

cada um e o fato de que a verdade é maleável, podendo ser dobrada ou esticada, permitindo várias versões. E isto, faz com que de certo modo, cada um tenha a capacidade de criar ou escolher a sua própria verdade.

Para entender como este fenômeno chegou a tais proporções, importante se socorrer dos conceitos concebidos pela filosofia moral que tentam, desde seu nascimento, entender a verdade, o que ela é e se ela existe de fato.

Desde Protágoras de Abdera, filósofo sofista grego, com suas crenças de que tudo é relativo, como expõe sua famosa frase “Tal como cada coisa aparece para mim, tal ela é para mim; tal como aparece para ti, tal é para ti.”, à Descartes, o qual a máximo “penso, logo existo” implica dizer que a única certeza que podemos ter em relação à existência e a realidade é apenas de que existimos até os filósofos franceses Michel Foucault e Jean Baudrillard, pós-modernistas da segunda metade do século XX, começaram a questionar a existência de uma única verdade.

Acontece que, esta ideia quando levada ao extremo ao longo dos anos, principalmente com o advento das redes sociais que já fazem parte da vivência humana, tem-se uma rápida disseminação de uma história, versão ou argumento, podendo-se afirmar que a verdade é, na realidade, um ideal inalcançável. Mais do que isso, se cada um tem sua própria realidade, quem dirá ou sequer terá legitimidade de dizer qual delas seria a correta?

Na obra “The Paranoid Style in American Politics”, o professor e historiador Richard Hofstadter faz uma análise do fenômeno das teorias da conspiração, em que pessoas acreditam com plena convicção em ideias absurdas, como, o mundo sendo controlado por uma elite de pessoas-lagarto ou na “teoria da terra plana”. Segundo o professor, a vida em sociedade é difícil e muitas vezes confusa e injusta e, num esforço para fazer sentido desta confusão, as pessoas procuram explicações e uma narrativa que dê sentido ao mundo a seu redor, por mais absurdas que estas venham a ser. Diga-se de passagem que no texto escrito em 1964, o historiador fala que as teorias da conspiração são

um fenômeno que atingem a minoria da população, causado exatamente pelo absurdo de suas afirmações, e que existiria uma barreira entre essas minorias que se encontrariam a margem da sociedade e o meio, que estaria livre dessas crenças em fatos ilógicos.

Contudo, esta ideia apresentada de que os seres humanos anseiam pela busca de uma narrativa para fazer sentido do mundo à sua volta, e que a vivência humana e a busca insaciável por explicações e pelo sentido da vida, estão em congruência com as ideias discutidas pelo sociólogo estadunidense Joseph Campbell e o jornalista britânico David Aaronovitch. No momento atual, é seguro dizer que essa barreira se encontra derrubada, ao serem analisadas algumas frases do ex-presidente dos Estados Unidos Donald Trump, por exemplo, que diz acreditar em inúmeras teorias da conspiração mesmo durante o exercício do cargo, afigurando-se um dos homens mais poderosos do mundo, e o relacionamento amigável deste com o famoso teorista da conspiração Alex Jones.

A queda desta barreira, entre o marginal e o meio, aconteceu ao longo do tempo e para entendê-la é necessário que se faça uma análise de alguns fatores essenciais para este resultado, como o colapso de confiança de um povo, tanto como, a maneira que a influência da internet e seus algoritmos têm na perspectiva da realidade por seus usuários. Este primeiro, pode vir a ser de diversas maneiras visto que tem como fatores relevantes para seu resultado a identidade, bagagem cultural e história de um povo, fazendo com que a diminuição significativa de confiança venha como resultado direto do sentimento do emocional coletivo. Isso para dizer que, quando determinada comunidade firma seu pacto ou contrato social, esta elege um líder para si, a depender do sistema político desta sociedade, este pode ser eleito pelo povo ou não, e árbitros sociais que mesmo não sendo o líder, carregam consigo a confiança do povo em apresentar e julgar fatos, como jornalistas e juizes.

A questão é, o que acontece quando estes, por serem humanos, cometem erros ou mentem para o povo que devem servir? À medida que estas falhas vão se acumulando, este povo para de acreditar nas

palavras de seus líderes e ao longo do tempo, está fé que o povo tem naqueles que o lideram, vai corroendo, resultando no colapso total de confiança das pessoas às qual servem.

Logo, se estes que deveriam mais do que todos, serem justos e corretos, tendo o bem do povo como objetivo principal, cometem crimes e mentem, na maioria das vezes sem consequências, por que o povo deveria acreditar no que dizem?

Este cenário é infelizmente muito comum e reconhecível na realidade. Casos como o de Monica Lewinsky nos EUA, o “Men-salão” e o “Petrolão” no Brasil e até o caso do ex-apresentador da BBC, Jimmy Savile, no Reino Unido são algumas das inúmeras instâncias que ao longo dos anos, e somados a inúmeros outros, fazem com que a população perca a fé em seus líderes e árbitros sociais, e, sem uma “fonte confiável” na qual podem se basear, as notícias e os representantes eleitos viram verdadeiros personagens de um jogo de mistério, no qual tudo que falam pode ser ao mesmo tempo verdade e mentira.

Eventualmente, isso pode gerar uma conviência da população, que começa a acreditar naquilo que lhe é dito sem pensar duas vezes, ou analisar as informações primeiro. Como dito de certa forma por Peter Pomerantsev em seu livro “Nothing is True and Everything is Possible” (2014, p. 17):

“(...) depois de um tempo você se vê assentindo. Porque é difícil entrar na cabeça a ideia de que estão mentindo tanto e de maneira tão audaciosa o tempo todo. E, em certa medida, você acha que se a Oostankino pode mentir tanto e se dar bem, isso não significa que ela tem o poder real, o poder de definir o que é verdade e o que não é? Então, não seria melhor você simplesmente assentir?”<sup>2</sup>

---

2 Tradução feita pelos autores.

Falar deste segundo fator, a influência da internet e dos algoritmos em nossas vidas, e na ascensão do fenômeno da disseminação de fake news, não é simples. Longe estão os tempos em que a tecnologia e os computadores eram apenas mais uma invenção com o propósito de tornar a vida humana mais fácil. Hoje, as ferramentas tecnológicas são tão intrínsecas à nossa existência, que a perda de um celular é comparável à dor de perder algo genuinamente valioso, com informações preciosas sobre todas as questões de nossa vida (financeiras, sociais, culturais, de saúde etc.).

Web 2.0 é um termo criado pela empresa O'Reilly Media em 2004 para se referir ao que ela classifica como “segunda geração da internet”, que nada mais é que o momento em que os mundos físicos e online se mesclam, de certo modo, fazendo com que os dois sejam reflexos de nossa realidade, ou seja, o seu “eu” online é tão importante quanto seu “eu” físico. Neste novo, e nunca explorado, terreno, surgiu o que Matthew D’Ancona chama de “bazar digital”. Ele explica que enquanto antes o que se tinha era uma espécie de “catedral”, com as grandes empresas de notícias e entretenimento sendo praticamente as únicas opções que o público teria para ter acesso às informações, agora, visto que todos e qualquer um podem publicar o que quiserem online, se tem uma espécie de bazar aberto, em que o usuário caminha pelo corredor e é bombardeado por infinitas fontes de notícias e entretenimento, com a sua atenção sendo a moeda corrente. Neste contexto, as antigas líderes de informação se encontram competindo com uma massa de pessoas, que se colocam no mesmo patamar desta, em termos de vendedores de notícias.

Relevante destacar que essa inovação não é necessariamente ruim, considerando que a internet abriu as portas e deu vozes para muitas pessoas que tinham sua existência ignorada ou minimizada pela elite dominante anterior. Não obstante isso, deve-se registrar que esta é uma realidade perigosa de se sustentar, visto que ao mesmo tempo que agora os indivíduos antes ignorados têm uma plataforma para suas experiências, este palco também se aplica às pessoas que deliberadamente desejam praticar o mal ou impingir sofrimento

em outras pessoas, ou mesmo os adeptos das teorias da conspiração, que antes se encontravam atrás da barreira, com suas crenças marginalizadas.

Nesta nova era da internet então, em que a atenção dos usuários é a moeda corrente não é de se surpreender que a desinformação e notícias aparentemente absurdas sejam altamente compartilhadas, como bem diz Bernard Williams, em seu livro “Truth and Truthfulness: An Essay in Genealogy”:

“(Ela) apoia aquele esteio de todos os vilarejos: a fofoca. Constrói lugares de encontro que crescem com rapidez para a troca livre e desorganizada de mensagens que se caracterizam por uma variedade de afirmações fantasiosas, suspeitas, divertidas, supersticiosas, escandalosas ou maléficas. As chances de que muitas dessas mensagens sejam verdadeiras são baixas e a probabilidade de que o próprio sistema venha a ajudar alguém a distinguir as verdadeiras são até mais baixas”<sup>3</sup>

Outro ator que tem grande influência neste cenário são os algoritmos. Estes, inicialmente concebidos como ferramenta para facilitar a vida de um usuário de determinada plataforma, apresentando opções baseadas apenas no histórico do usuário *on line*, atualmente passou a ser utilizado de forma a direcionar conteúdo, criar bolhas, retroalimentar desinformação.

O algoritmo é um programa que analisa e classifica o conteúdo pesquisado pelo usuário de acordo com a sua relevância e quantidade de vezes acessado. Dessa forma, tornou-se mais fácil a identificação dos interesses e realidade que as pessoas buscam e vivem ao mesmo tempo.

As fake news se apresentam como informações falsas divulgadas como verdadeiras onde quem divulga referido conteúdo se utiliza da métrica dos algoritmos das redes sociais para identificar os anseios e

---

3 Tradução feita pelos autores.

necessidades dos usuários e assim atraí-los para seus objetivos criminosos. Num nível mais sutil, porém, chegam a até mesmo a influenciar as opiniões políticas. As fakes news podem se apresentar de várias formas e em ambientes diversos com diferentes objetivos, percebe-se na internet a possibilidade de fazer política através da tecnologia utilizando a captação de dados inseridos e expostos pelos usuários, viabilizando, dessa forma, uma maneira rápida, direta e assertiva de alcançar os anseios do povo.

A obra “Engenheiros do caos”, escrita pelo italiano Giuliano Da Empoli menciona e explica os fenômenos políticos provocados pelos agentes do caos que são personagens que atuam de forma estratégica na internet de acordo com os algoritmos das mídias sociais, objetivando alcançar a persuasão política sobre os usuários.

Um agente do caos está intimamente ligado a movimentos populistas, uma vez que muitos possuem conhecimento e habilidades com marketing digital e conseguem inovar a forma de fazer política e a forma de captação de informações relevantes dos usuários, que também são eleitores, como: preferências, valores ideológicos, culturas e comportamentos sociais. Cuida-se de ferramenta muito eficientes quando a política está baseada nas redes sociais: likes, compartilhamentos e exposição em massa.

Os algoritmos desenvolvidos pelos agentes do caos conseguem captar e analisar seguimentos de grupo de eleitores, trabalhando os diferentes sentimentos e emoções a fim de promover a desconstrução dos seus adversários políticos, seja com notícias falsas ou verdadeiras descontextualizadas, gerando assim, uma grande insegurança e alienação política.

Referida postura busca proporcionar radicalização política e (des)informação, que acaba manipulando e confundindo a população, que não consegue mais discernir o que é verdade e o que é mentira, não sendo possível se posicionar de forma coerente e precisa, diante da situação política apresentada.

Diante desta situação tem-se como urgente o enfrentamento das fake News, combatendo as lesões causadas pela disseminação da

mentira, da desinformação e de mecanismos de alienação, ofendendo garantias fundamentais e minando a própria ideia de democracia e formação de consciência do povo, apresentando consequências sérias, repercutindo ou contribuindo para os discursos de ódio, que são disseminados nas mídias sociais de forma descontrolada e avassaladora, alcançando todas as classes sociais e faixas etárias.

Cita-se como exemplo de repercussão geral sobre fake News o caso do assassinato da vereadora do Rio de Janeiro, Marielle Franco, ocorrido em 2018, quando foram disseminadas várias fake news afirmando o seu envolvimento com o tráfico de drogas, pelo fato de ela ser negra, ter vivido na periferia, ser lésbica e ser filiada a um partido político de esquerda. A maioria das informações negativas divulgadas eram mentirosas, ofensivas, criminosas. A vereadora Marielle Franco tinha uma luta em defesa dos direitos humanos e, apesar da curta carreira política, já estava se tornando conhecida por denunciar políticos e policiais por abuso de poder e outras violações.

Destarte, fica evidente como um discurso de ódio atrelado à fake News é lesivo em todas as suas manifestações com consequências desastrosas e em alguns casos, irreversíveis.

No contexto online, a atuação dos algoritmos acentua ainda mais a situação. Pois, com eles é possível passar um prolongado período sem ser apresentado a uma opinião diferente, apenas se convencendo cada vez mais de que a opinião própria é a correta, e todas as outras erradas. Estes “filtros-bolha” causados pelos algoritmos são extremamente nocivos à coletividade, visto que, ao invés de apresentar um pluralismo saudável de ideias, a internet se torna o berço de inúmeras câmaras de eco, onde todos estão certos e errados ao mesmo tempo.

Em vista deste contexto, não é de se estranhar o estado em que a internet e o fenômeno de disseminação das fake news se encontra em nossa sociedade. Milhares de pessoas acreditam piamente em informações absurdas baseando-se no mero fato de que as pessoas que desmentem aquilo estão em complô, e *é claro* que diriam que aquela notícia parece absurda. Num contexto em que fatos são mera opinião, e estas são a realidade, é extremamente difícil achar um denominador



comum do que é a realidade e o que ela significa. Em uma sociedade em que, a atenção é a moeda corrente e a barreira entre aqueles que acreditam em fatos irracionais e ilógicos e os ditos racionais que se baseiam na realidade, a massa é jogada no meio do bazar digital sem qualquer treinamento de como estes operam, e, atônita tem que conviver com vendedores de todos os lados, tentando chamar a atenção com as notícias mais absurdas possíveis, tornando-se cada vez mais difícil e complicado fazer um filtro para separar o que é certo (verdade) do que é errado (mentira).

A jornalista especial da Folha de São Paulo, Patrícia Campos Mello, em sua obra “A máquina do ódio”, explica como funcionam os mecanismos usados para difamar, intimidar e censurar adversários ou supostos opositores usando as redes sociais. A autora detalha claramente que, esses ataques virtuais estão longe de ser espontâneos: eles possuem método, são orquestrados e fazem parte do arsenal de vários políticos autoritários pelo mundo afora, em perspectiva internacional.

Referida obra expõe como governantes colocam em dúvida a credibilidade de veículos de mídia independentes, atacando-os economicamente, buscando moldar e divulgar sua própria versão da história, que normalmente não corresponde à realidade. E isso acontece em países tanto de esquerda como de direita, em ditaduras e em nações que ainda são, por enquanto, democráticas.

A autora demonstra que os golpes não precisam necessariamente vir de ataques nas ruas, sendo possíveis de serem tramados e executados apenas com ataques e discursos de ódios do mundo digital. Desta forma, ao dar um relato pessoal, conta que uma entrevista dada para estudantes da PUC/SP foi amplamente usada contra ela, pelo simples fato de ter dito que sempre votou em representantes do Partido dos Trabalhadores. Nas palavras da autora: “escancarar o voto pode alterar a percepção que se tem sobre o que publicamos e nos deixa sujeitos justamente a esse tipo de ataque” (MELO, 2020, p.10).

Em razão de ter externado sua posição política a jornalista ao escrever uma matéria para a Folha de São Paulo sobre a existência de empresas contratadas por empresários para o disparo ilegal de

mensagens de WhatsApp durante a campanha presidencial de 2018, expondo como o cenário de desinformação virtual influenciou diretamente o voto do brasileiro, passou a sofrer diversas agressões morais, tanto de forma presencial como virtualmente, por meio de postagens em redes sociais inundadas de xingamentos e difamação. Centenas das postagens envolviam crimes de ódio e agressões machistas, demonstrando, mais uma vez, a forte presença do discurso de ódio na sociedade e a forma que a misoginia se configura como um elemento presente para destruir reputações.

Ao detalhar o funcionamento dos disparos em massa das mensagens pelo aplicativo WhatsApp a jornalista chega até um ex-funcionário da agência de marketing Yacows, tendo entrevistado referida pessoa, preservando seu sigilo. Referida fonte jornalística afirmou que os disparos em massa eram 99% voltados para atender demandas de políticos e 1% servia para divulgar propagandas para lojas de cosméticos. Nesse contexto também existiam contas automatizadas, voltadas a inflar a audiência de conteúdos postados em redes sociais. São os conhecidos bots, cujas contas seguem umas às outras para dar a falsa impressão de apoio ou repúdio a temas polêmicos do momento. Por trás das engrenagens do esquema de campanha difamatória, hoje conhecido como o “gabinete de ódio”, uma estrutura gigantesca manipulava a opinião pública.

Referidas reportagens desnudou uma prática ilegal, considerando que referidos gastos de campanha eleitoral são proibidos pela legislação, configurando hipótese de abuso do poder econômico, justificando a deflagração de uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral, podendo resultar na cassação dos diplomas e perda dos mandatos dos candidatos eleitos.

Afirma a reportagem que cada contrato para o disparo das mensagens chegava a custar até 12 milhões de reais e continham nomes de pessoas conhecidas no meio empresarial, sendo identificado que os disparos em massa usavam a base de usuários de Jair Bolsonaro, candidato pelo PSL ou listas de contatos de agências de estratégia digital para angariar mais eleitores ao candidato de extrema-direita.

Sendo essa, outra prática eleitoral ilegal, visto que a legislação brasileira proíbe a compra de bases de dados de terceiros.

Referidas reportagens, documentadas e com a apresentação de várias provas do quanto afirmado, fora fundamental para a criação de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, a CPMI das *fake news* que teve trâmite no Congresso Nacional. Em fevereiro de 2020, diante de inúmeros deputados, senadores, imprensa e um vasto público em todo o Brasil, Hans River do Rio Nascimento, o ex-funcionário da Yacows, que foi uma das fontes da jornalista na apuração de sua reportagem, prestou um depoimento falso, alegando que a jornalista o tinha oferecido sexo em troca de informações. E, apesar da negativa desta mostrando as trocas de mensagens entre eles, uma onda maior ainda de ataques ofensivos e misóginos fora deflagrada e alimentada, ofendendo e vitimizando a profissional de imprensa que apenas cumpria seu dever enquanto jornalista.

Essa a realidade atual, sendo possível de maneira orquestrada, ofender, agredir, injuriar e destruir reputações apenas valendo-se de fake news, tudo sendo realizado em velocidade extrema, havendo uma disseminação de forma ampla no mundo virtual, contando-se, ainda, com a inércia das *big techs* (empresas que lucram com esse modelo de negócio que favorece e facilita esses ataques).

#### **4. NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DAS FAKE NEWS QUANDO ASSOCIADAS COM DISCURSO DE ÓDIO.**

Os estudiosos da ciência penal defendem de maneira acertada que o direito penal somente deve ser utilizado em último caso, quando realmente houver a necessidade de criminalizar (tipificar condutas), seguindo o princípio da *ultima ratio*. Diferente da ideia de *prima ratio*, a qual o direito penal deve ser utilizado logo de partida, sem antes de valer de outros ramos do direito (administrativo, civil, concorrencial etc.) o poder punitivo do estado deve ser utilizado somente em casos em que realmente reste evidenciada a necessidade de proteger os bens jurídicos mais significativos.

Entretanto, o fato do direito penal ser de *ultima ratio*, não significa que novas condutas não precisem ser criminalizadas, não sendo possível confundir *ultima ratio* com *nulla ratio*. O dever de punir do Estado deve ser utilizado em último caso, mas ele também precisa ser eficaz. Hoje em dia, existe uma grande incidência das fake news associadas aos crimes de ódio que precisam ser urgentemente criminalizadas, nesse caso, somente o direito penal, utilizado de forma racional, pode contribuir para diminuir efetivamente a enxurrada de casos.

Objetivando suprir referida lacuna normativa, fora apresentado o Projeto de Lei nº. 2630/2020 do Senador Federal de autoria do Senador Alessandro Vieira (PSDB/SE) prevendo a sanção de advertência ou multa em até 10 por cento do valor que a rede social faturar caso não cumpra as determinações legais, podendo-se destacar dentre referidas medidas a explicitação de contas robôs, ou seja, quem utilizar, a empresa deverá destacar que se trata de um *bot* e a imposição de limites na quantidade de mensagens encaminhadas, além da necessidade de identificar quem propalou/divulgou determinada notícia.

Embora a iniciativa legislativa seja louvável, impende registrar que apenas a imposição de multa, ainda que em valores elevados, por si só não é suficiente para evitar a divulgação de fake news e discursos de ódio, existindo a prática de crimes (tanto contra a honra já positivados no nosso ordenamento jurídico-penal – calúnia, difamação e injúria – arts. 138, 139 e 140, do Código Penal) como diversos outros delitos previstos no ordenamento jurídico pátrio (embora atípica a conduta de divulgar *fake news*).

Atualmente referido projeto encontra-se na Câmara dos Deputados, ainda sendo debatido pelo parlamento brasileiro, resultando evidente a necessidade de aperfeiçoamento, buscando um texto que a um só tempo proteja a dignidade da pessoa humana, coíba o abuso na divulgação de fake news e puna adequadamente a disseminação dos discursos de ódio que desaguam na prática de crimes de ódio.

Urge preencher referida lacuna normativa de maneira inteligente, democrática e em consonância com a Constituição Federal.

Antigamente, as maiores vítimas das notícias falsas e do discurso de ódio eram os grupos minoritários. Atualmente, qualquer pessoa pode se tornar vítima, por conta do advento da internet que faz a circulação das informações erradas ser de forma mais rápida e atinja maior números de pessoas, tornando-se, assim, uma preocupação global. As fake news trazem a ilusão de que aquela informação é verdadeira, então, as pessoas começam a compartilhar sem procurar buscar a veracidade da informação.

Dentro deste contexto deve-se evidenciar a importância de uma discussão séria sobre o tema, passando-se a buscar a criminalização da divulgação ou compartilhamento de notícia sabidamente falsa que atentem contra a imagem, honra e dignidade de qualquer pessoa ou que possa comoção nacional versando sobre saúde, educação ou economia, afetando o regular funcionamento da sociedade.

Urge a discussão e implantação de mudanças, inclusive na legislação penal, buscando suprir referida lacuna, dando-se um efetivo combate ao discurso de ódio e a prática dos crimes de ódio.

## **5. Conclusões**

Ao fim e ao cabo da presente pesquisa científica, pode-se apresentar as seguintes conclusões:

01. O aumento da facilidade das comunicações com a utilização da rede mundial de computadores e aplicativos de mensagens, também encurtou a distância para a prática de discursos de ódio e crimes de ódio, encontrando na propagação de fake news um terreno fértil para que prospere referida situação que preocupa, notadamente em razão da ofensa a bens jurídicos relevantes e agressão às garantias constitucionais de proteção à honra, imagem, respeito à privacidade e a dignidade da pessoa humana.
02. O atual contexto vivenciado é o resultado da soma de diversos fatores que foram inseridos ao longo do tempo, sendo que com a popularização do uso da internet, o discurso do ódio

passou a ser mais facilmente disseminado e difundido, uma vez que se tornou muito mais fácil expressar uma opinião preconceituosa e, com o alcance praticamente mundial de qualquer postagem, sendo existirão pessoas que concordarão com a ofensa, ainda que absurda.

03. O discurso de ódio potencializado pela internet, ganha uma outra dimensão com a divulgação de fake news propaladas com o propósito de inserir a desinformação em massa com vários objetivos (políticos, econômicos, concorrenciais etc.), sendo que a nova realidade, chamada de Web 2.0 apresenta novos desafios e limites, obrigando a todos a navegarem em um mar revolto de incertezas, especialmente porque a população está se acostumando e descobrindo como conviver nessa arena online.
04. A impunidade no combate aos discursos e crimes de ódio implica em graves consequências para a sociedade, amesquinha e ameaça a própria democracia, ofende a Constituição Federal e impede que viceje a cidadania, sendo urgente a adoção de medidas sérias no enfrentamento deste fenômeno, destacando-se a necessidade de tipificação de condutas voltadas à divulgação de notícias falsas e combate aos crimes de ódio.
05. Embora o direito penal seja classificado como *ultima ratio*, tem-se que referida lacuna normativa deve ser preenchida, restando comprovado que o direito penal ortodoxo com as condutas já existentes, notadamente os crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria – arts. 138, 139 e 140) não tem sido suficiente para coibir as ilicitudes.
06. De lege ferenda concluí a presente pesquisa ser imprescindível que o parlamento brasileiro aprove projeto de lei que criminaliza a divulgação de fake news e estimula o discurso de ódio e os crimes de ódio, combatendo com o uso do Direito Penal referidos ataques às garantias fundamentais, sendo que referida postura em nenhuma hipótese representa qualquer amesquinhamento da liberdade de expressão.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASÍLIA. Projeto de Lei nº. 2630, de 03 de julho de 2020. Dispõe da instituição da Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na internet. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 17 jun 2022.

CORTINA, Adela. **Aporofobia, a Aversão ao Pobre: um Desafio para a Democracia**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

DA EMPOLI, Giuliano. **Engenheiros do Caos**. São Paulo: Vestígio, 2019.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-Verdade: A Nova Guerra Contra os Fatos em Tempos de Fake News**. Barueri: Faro Editorial, 2018.

GLUCKSMANN, André. **O discurso do ódio**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2007.

HOFSTADTER, Richard. **The Paranoid Style in American Politics**. Harper's Magazine, [S. l.], p. 77-86, 16 nov. 2022.

KARNAL, L. **Todos contra todos: O ódio nosso de cada dia**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra/ Leya, 2017.

MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio. Notas de uma repórter sobre fake news e violência digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

PEREIRA, Cledivânia. **Violência contra a mulher triplicou no Brasil em 2021 e em 2022 houve um homicídio a cada 8 dias no RN**. Saiba mais: agência de reportagem, 2022. Disponível em: <https://saibamais.jor.br/2022/03/violencia-contra-a-mulher-triplicou-no-brasil-em-2021-e-em-2022-houve-um-feminicidio-a-cada-8-dias-no-rn/> Acesso em: 10 jun. 2022

PROJETO DE LEI DAS FAKE NEWS CONTRARIA ACORDOS INTERNACIONAIS, ALERTAM ONU E OEA. **Gazeta do povo**, Curitiba, 12 jun. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/lei-das-fake-news-onu-oea/>. Acesso em: 17 jun. 2022.

POMERANTSEV, Peter. **Nothing Is True and Everything Is Possible: The Surreal Heart of the New Russia**. 1º. ed. [S. l.]: PublicAffairs, 2014.

WILLIAMS, Bernard. **Truth and Truthfulness: An Essay in Genealogy**. [S. l.]: Princeton University Press, 2004.

**WHAT Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software**. [S. l.], 30 set. 2005. Disponível em: <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>. Acesso em: 19 jun. 2022.





# A PERSONALIDADE DO AGENTE E AS INFLUÊNCIAS DO DIREITO PENAL DO AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA OBRA “O ESTRANGEIRO”

## **ANTÔNIO WELLINGTON BRITO JÚNIOR**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Delegado de Polícia Judiciária no Estado de Sergipe. E-mail: wbritojunior@gmail.com.

## **DANIEL AQUINO RIBEIRO**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: danielribeiro162@gmail.com

### **Resumo:**

Este artigo une direito e arte. Pesquisa a possibilidade de aplicação da personalidade do agente como circunstância judicial desfavorável na fixação da pena-base e em que medida esse tipo de dosimetria se mostra compatível com a Constituição e com os pressupostos democráticos. O texto foi desenvolvido por meio de uma análise de situação, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, através de uma pesquisa teórica e qualitativa que perpassa pelos principais aspectos atrelados ao Direito Penal do Autor, suas origens e influências dentro do campo criminal. Para tanto faz um elo com a obra literária “O estrangeiro”, situando na narrativa romanesca de Camus a maneira como a pena pode se configurar quando aspectos relacionados à personalidade do agente entram em cena, exasperando a punição criminal ao encampar uma das facetas mais corriqueiras do Direito Penal do Inimigo, que é punir alguém pelo que se é, e não pelo que se fez.

Palavras-chave: autor; direito; inimigo; penal; personalidade.

## 1. INTRODUÇÃO

A arte é uma das formas mais importantes da expressão humana. É através dela que “O ser humano se expressa [...] desde os tempos mais remotos; a expressão artística é a forma que o homem encontra para representar o seu meio social” (BIESDORF; WANDSCHEER, 2011). Ou seja, o *homo sapiens* utiliza-se da arte para representar o que acontece de relevante em seu *habitat*, tendo o intuito de registrar, ou até mesmo transmitir para outros grupos e outras gerações, fatos sociais e acontecimentos importantes, vivenciados em certa época da aventura evolutiva por alguma civilização.

Assim sendo, uma vez que o direito também é definido como um fato social (REALE, 2002), é de clareza solar que se interliga com a arte, sendo refletido dentro de diversas obras artísticas, tanto no cinema, como na pintura, como na literatura.

É nessa toada que este artigo apresenta uma discussão jurídica à luz do livro de Albert Camus denominado “O estrangeiro”. A obra mencionada apresenta apanhado interessante, notadamente sob o ângulo da definição de quais são os critérios mais adequados para se chegar à punição de um indivíduo submetido ao julgamento penal. Narra a estória de um indivíduo chamado Mersault.

O protagonista é descrito como alguém que leva a vida de forma desinteressada, comportando-se passivamente em face dos acontecimentos do seu cotidiano. Logo na página inicial da narrativa, conta-se que a mãe de Mersault morreu e ele não sabe nem sequer qual foi o dia e o horário em que isso aconteceu. Ademais, durante o velório e o enterro, o personagem não demonstra sentimento algum de tristeza ou de comoção pela morte da única ente querida que ele possuía no círculo familiar mais íntimo. A morte da genitora parece não lhe dizer absolutamente nada e ele segue a vida como se nenhuma intercorrência grave se pusesse no desdobramento de sua existência, tamanho era o alheamento do protagonista. No dia subsequente aos acontecimentos, Mersault conhece uma mulher chamada Marie e se sente atraído por ela. Ambos combinam um encontro com direito

a ida ao cinema para assistirem a um filme de comédia. O desfecho do encontro culmina em sexo consensual. Ao que se percebe, essa é justamente a real intenção do romancista: contar a estória de um protagonista apático e insensível, o qual um dia após a morte da sua mãe consegue sair com uma estranha, como se nada estivesse acontecendo. A expressão “estrangeiro” é uma remissão a um indivíduo que destoa completamente do padrão comportamental peculiar aos conterrâneos da humanidade circundante ao homem-médio.

Ao longo de quase todo o texto, o livro descreve um Mersault incapaz de ter relacionamentos interpessoais profundos, insuscetível a desenvolver normalmente a empatia, apesar de possuir alguns conhecidos que fazem parte do seu convívio diário. Um deles é Raymond, cidadão que teve problemas de relacionamento com uma mulher árabe e em uma das brigas acabou por violentá-la fisicamente. Em razão disso, o irmão desta mulher passou a perseguir o dito agressor na companhia de um grupo de séquitos, todos com ascendência árabe. Nesse meio tempo, Raymond optou por recorrer aos préstimos do personagem principal, solicitando que o ajudasse na resolução da aludida animosidade. Mersault se envolve com a situação, leva a sério o pedido do amigo e pratica o fato que marcaria para sempre o resto da sua vida. Certo dia, Mersault, Raymond e outras pessoas passeavam na praia quando se depararam com o grupo de árabes que perseguia Raymond. O grupo perseguido consegue escapar dos rivais voltando para casa onde estavam. Todavia, o protagonista opta por retornar à praia, portando um revólver de propriedade de Raymond. Ao chegar à praia, Mersault encontra um dos árabes. E é nesse ponto que Camus descreve de maneira categórica toda a conjuntura conflitiva que sustenta a narrativa. De um modo muito natural, Mersault aperta o gatilho da arma, matando o árabe desafeto.

É nesse ritmo que Mersault é preso e começa a responder pelo delito cometido. Entretanto, o seu julgamento é desvirtuado, pois o crime efetivamente praticado é analisado pelos jurados em consonância com a índole do assassino, ficando as circunstâncias da conduta em segundo plano.

Outrossim, a obra faz surgir conceitos do direito penal de uma forma muito ilustrativa e lúdica. O cerne da reflexão é o emprego do Direito Penal do Autor como instrumento para a punição de réus dentro dos pressupostos de um ordenamento jurídico democrático.

A rigor, no ordenamento jurídico brasileiro atual prevalece de maneira massiva a utilização do Direito Penal do Fato como o melhor meio de formatar as sanções. Contudo, ainda existe um instituto jurídico que tem o caráter do Direito Penal que se alia ao autor em vez do fato: a circunstância judicial da personalidade do agente, disposta no artigo 59, *caput*, do Código Penal. Trata-se de um vetor fixado na primeira fase da dosimetria autorizando que o magistrado incorra em um juízo de valor sobre as características pessoais do processado quando do cálculo da pena-base.

Isto posto, o ponto central estabelecido nessa discussão é definir, à luz do livro “O estrangeiro”, se a aplicação da personalidade como circunstância judicial na fixação da pena-base se mostra compatível com a Constituição brasileira. Por conseguinte, também se faz necessário conceituar o que realmente seria o Direito Penal do Autor, e os seus reflexos ao longo do tempo, mostrar a importância e o avanço que a sua corrente de enfrentamento (Direito Penal do Fato) alcançou. Por fim, estabelecer uma interface entre o Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Inimigo.

Em suma, tal problemática é de extrema importância, uma vez que as circunstâncias judiciais influenciam de modo bastante expressivo no valor das penas infligidas aos indivíduos que praticam delitos, além de ser um assunto que ainda não possui um entendimento pacífico para nenhum dos lados. Encontram-se opiniões doutrinárias e decisões judiciais devidamente embasadas nos dois sentidos. Destarte, este artigo progrediu a partir do emprego do método hipotético-dedutivo, por meio de uma pesquisa teórica e qualitativa perpassando pelos pontos fundamentais atrelados à questão central da pesquisa.

## 2. DIREITO PENAL DO AUTOR

“Mesmo no banco dos réus, é sempre interessante ouvir falar de si mesmo. Durante as falas do promotor e do meu advogado, posso dizer que se falou muito de mim, e talvez até mais de mim do que do meu crime.” (CAMUS, 2021, p. 103).

O Direito Penal do Autor é uma noção clássica estabelecida entre os penalistas, que remonta suas origens ao século XIX com a Escola Positiva. Essa escola teve como maior precursor o médico italiano Cesare Lombroso, o qual definia que os criminosos tinham características físicas e psíquicas semelhantes (tamanho do crânio, dessimetria corporal, vaidade, instabilidade), e, por conta disso, todos os indivíduos que também possuíam tais características deveriam ser considerados potencialmente “criminosos”, mesmo sem terem praticado fatos delituosos. (FERNANDES; FERNANDES, 2002).

Segundo Nucci (2020, p. 46):

Lombroso sustentou que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas. Dessa forma, o homem nasceria delinquente, ou seja, portador de caracteres impeditivos de sua adaptação social, trazendo como consequência o crime, algo naturalmente esperado. Não haveria livre-arbítrio, mas simples atavismo.

Destarte, em relação a Escola Positiva, Masson (2017, p. 91) destaca que “[...] ganhou relevo o determinismo, negando-se o livre-arbítrio, haja vista que a responsabilidade penal se fundamentava na responsabilidade social [...]”.

Tal determinismo tornou-se algo tão forte que, por muitas vezes, indivíduos, e até mesmo crianças, eram afastados do convívio social após a realização de testes (GAROFALO, 1997). Sinal que evidencia de maneira nítida a noção de que esta corrente tratava a responsabili-

dade penal a partir das características pré-concebidas dos indivíduos, independentemente dos atos praticados por estes.

À vista disso, fica claro através destas passagens que foi na Escola Positiva em que se iniciaram as primeiras noções do Direito Penal do Autor de maneira sistematizada. Esta corrente de pensamento traja justamente a concepção de que o direito penal deve considerar não o fato praticado, mas sim quem o praticou, ganhando sua feição mais robusta ao teorizar acerca de um perfil de delinquente nato, guiado inexoravelmente pela ação dos genes à personalidade desviada.

Conforme Piccolotto (2014):

A punição, nesses casos, é feita sem que tenha havido qualquer lesão a bem jurídico, nem mesmo perigo de lesão, o que evidencia a pretensão de castigar alguém simplesmente por suas condições pessoais, não interessando a conduta praticada nem mesmo a existência de um bem jurídico a ser tutelado.

Desse modo, o Direito Penal do Autor descarta até mesmo a noção de bem jurídico penalmente relevante como um critério de balizamento das condutas que devem ser criminalizadas no bojo de um ordenamento jurídico. Efetivamente, foi com as lições dos funcionalistas moderados [ou teleológicos] que se pontuou acerca da necessidade de o legislador somente criminalizar aquelas condutas que protegessem valores indispensáveis para a continuidade do convívio gregário, bem como aquelas estruturas estatais imprescindíveis para a manutenção desses mesmos bens, a exemplo da administração da justiça. Fora a partir daí que a epistemologia da delinquência deixou de priorizar o autor para se imiscuir com maior profundidade na conduta censurada. Afastou-se dessa maneira qualquer reprovação que eventualmente se amparasse apenas nas características e especificidades psíquicas e orgânicas do agente.

Em complemento, salutar é a visão de Mohamed (2010) sobre o tema o qual afirma que:

[...] nesse ramo o que configura o crime é o modo de ser do criminoso, as características de sua personalidade. A punição é justificada pela periculosidade do agente. Partindo-se dessa premissa, os defensores desse tipo de Direito Penal advogam a tese de que não se deve meramente castigar o ato, o fato cometido, isso seria insuficiente. Deve-se, ao contrário, observar-se, para justificar a sanção imposta, a atitude interna jurídica corrompida do criminoso.

Assim sendo, a personalidade do indivíduo seria um dos enfoques do Direito Penal do Autor, na esteira de que a punição surgiria devido a uma avaliação interna e psíquica do ser, juntamente com a análise do comportamento predisposto aos desvios e das ações do estigmatizado desviado perante a sociedade.

Tal noção faz surgir um perigo exorbitante, na medida em que a análise focada apenas no sujeito confere amplo poder de subjetividade aos julgadores, acentuando os excessos da discricionariedade interpretativa dos juízes, dado que magistrados também possuem visões pré-concebidas, as quais poderão influir de maneira impactante em julgamentos que, muitas vezes, não serão os mais justos, notadamente em face de determinados grupos, considerados inferiores aos demais estamentos. Obviamente esse sectarismo preconceituoso afeta os excluídos do ordenamento positivo, a exemplo dos mais pobres e carentes.

O exemplo de um regime que se utilizou do conceito de Direito Penal do Autor para penitenciar os pretensos infratores foi o regime da Alemanha nazista, definido como um “[...] momento histórico em que o mero costume ou pensamento que ofendesse a consciência alemã já era motivo para ser punido.” (MARTINS; ROMA, 2019).

Ademais, insta ressaltar que além da Alemanha nazista, tal sistema é característica da maioria dos Estados Totalitários. Nesses contextos de exceção, exerce-se um feroz controle da população reputada com tendências delituosas. No Direito Penal do Autor pleno, existe, portanto, um alto risco para a abertura de brechas que possam

gerar arbitrariedades por parte dos agentes estatais, notadamente por parte das autoridades persecutórias. Nesse sentido Piccolotto (2014) apregoa que: “Trata-se de um direito penal ligado aos ideais de um Estado totalitário, em que a mera suspeita já acarreta a perda ou suspensão de direitos.”.

Em face disso, traz-se ao centro da discussão “O estrangeiro”, o qual em suas páginas demonstra claramente a influência do Direito Penal do Autor no julgamento de Mersault. O promotor, com o intuito de demonstrar que o réu era culpado, focou não no fato de o imputado ter cometido um homicídio, mas sim, no sujeito que o réu se revelava perante a sociedade, no espectro de sua índole aparentemente apática, insensível e ateia.

Albert Camus descreve detalhadamente a figura de um promotor ávido por vingança, imbuído de um forte desejo de retaliação social, que tentara de diversas formas expor as atitudes de Mersault para os jurados, classificando-as como reprováveis aos olhos da sociedade comum. O romance traz à baila o famoso conceito do homem-médio, retratado como o modelo de jurisdicionado capaz de se adaptar aos valores da sociedade em que vive, sem periclitara a paz social e sem confrontar com os valores institucionais constituídos. Costumes e crenças religiosas são utilizados para reafirmar em todos os momentos que um homem com tantas atitudes deploráveis não poderia ter outra sentença que não fosse a condenação pelo assassinato do árabe.

Nesse diapasão, Tavares (2018, p. 325) indica que:

O conceito de homem prudente conduz, na verdade, a uma elaboração livre da doutrina, ou seja, a um simples decisionismo, porquanto não existe um parâmetro legal em toda a ordem jurídica que discipline este conceito. O decisionismo se dá, justamente, quando a fixação de elementos de um objeto fica na dependência exclusiva do observador (ou julgador), sem que se lhe sejam traçadas as linhas divisórias desses elementos. Em um Estado de garantias, no qual se postula que as decisões sejam tomadas não apenas em função do consenso,



aferido na esfera pública, mas principalmente do dissenso, uma orientação puramente decisionista é absolutamente incompatível com sua estrutura democrática. Já por este aspecto se vê, então, que o conceito de homem prudente é insustentável em face do direito. Ao verificar-se, ademais, sua confrontação com dados empíricos, pode-se concluir que, definitivamente, este conceito não tem fundamento. Para seguir um raciocínio empírico, o chamado homem prudente só poderia resultar de um processo de observação de comportamento daqueles que não teriam realizado um ato imprudente, ou da comparação, por inferência, da conceituação de homem imprudente.

Destarte, o trecho da obra que elucida tal noção se dá quando o próprio Mersault reflete que durante as falas do promotor e do seu advogado falou-se muito mais do réu como pessoa, do que sobre o crime perpetrado. Fica nítido, desse modo, a considerável carga de influência do Direito Penal do Autor abordada por Albert Camus em seu livro, visto que, como debatido, tal corrente jusfilosófica vale-se muito mais da psicologia do sujeito do que das circunstâncias fenomênicas do delito.

### **3. DIREITO PENAL DO FATO**

“Mas o meu advogado, já sem paciência, gritou levantando os braços de tal forma que as mangas, ao caírem para trás, descobriram as pregas de uma camisa engomada: - Afinal, ele é acusado de ter enterrado a mãe ou de matar um homem?” (CAMUS, 2021, p.100).

Com o passar dos anos, o pensamento jurídico-penal foi se transformando e passou a fixar ideais mais garantistas em seu arcabouço teórico. Nessa toada, dois princípios ganharam relevo posteriormente a essa transição. O primeiro é o da Intervenção Mínima, o qual, segundo Nucci (2020, p. 76): “[...] quer dizer que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade”.

Portanto, este princípio idealiza que o direito penal tem o papel de regular somente aqueles bens jurídicos considerados primordiais pelos indivíduos, eximindo-se de todo o resto, com o intuito de restringir o intervencionismo estatal na liberdade dos jurisdicionados. O direito penal agora é aplicado apenas em *ultima ratio*, ou seja, sua utilização está adstrita a casos em que nem a sociedade e nem mesmo outros ramos do direito conseguem frear pacificamente a ocorrência da desordem gregária. Como consectários do princípio da intervenção mínima, costuma-se dizer que o direito penal é um fragmento no contexto do ordenamento normativo [princípio da fragmentariedade], sendo passível de invocação apenas naquelas conjunturas em que outros setores de controle societário não puderem ser acionados [princípio da subsidiariedade].

O outro princípio que caminha junto ao da Intervenção Mínima é o Princípio da Lesividade, o qual esclarece a ideia de que “o direito penal deve se ocupar de condutas graves, ofensivas a bens jurídicos relevantes, evitando-se a intromissão excessiva na vida privada de cada um [...]” (NUCCI, 2020, p. 78). Assim sendo, o cerne para o Direito Penal em uma visão mais contemporânea é a proteção daquilo que realmente tem relevância e que, além disso, não consegue ser assegurado por outras formas distintas das sanções penais.

Nessa perspectiva encontra-se Greco (2020, p. 101) dispendo que:

A primeira das vertentes do princípio da lesividade pode ser expressada pelo brocardo latino *cogitationis poenam nemo patitur*, ou seja, ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou mesmo por seus sentimentos pessoais.

Com o surgimento dessa linha garantista e principiológica no direito penal, provocou-se certa modificação do que estaria no centro das discussões de incriminação e da análise punitiva. Anteriormente, o que vigorava era o Direito Penal do Autor. Mesmo sem ter ao menos cometido algum delito, o indivíduo era considerado como perigoso pelo simples fato de ter uma determinada personalidade ou compor-

tamentos destoantes do modelo adequado de moralidade vigente em dada região. Mostrar-se-ia, nesse diapasão, digno, portanto, de desprezo, apenas para ilustrar com a situação de Mersault, aquele que vai ao cinema e namora logo nas horas seguintes à morte da mãe. De modo análogo, quem nega Deus e despreza o intento do sacerdote interessado em salvar almas errantes também manifesta um caráter dissonante do modelo adequado de retidão. O Direito Penal do Fato não se preocupa com essas questões atreladas a padrões morais e religiosos, pois está centrado na perspectiva de que, independentemente de quem seja o autor, o foco primordial é o fato típico perpetrado.

Na visão de Martins (2019) e Roma (2019): “O direito penal do fato se contrapõe ao direito penal do autor pelo simples fato da análise da infração cometida se ater somente a infração em si, e não no agente que cometeu determinado delito ou tipo penal”.

Tal noção faz-se bastante salutar, pois mitiga o poder do Estado sobre os indivíduos, visto que, por muito tempo, este detinha um monopólio exclusivo da força, a exemplo da época do absolutismo, na qual todas as atribuições do Estado estavam concentradas na figura do monarca, inclusive os julgamentos e as aplicações de pena, que eram realizados subjetivamente e sem critérios, da forma que melhor aprovesse ao déspota.

A rigor, longe disso não está o Direito Penal do Autor, dado que tal perspectiva doutrinária entrega uma margem de subjetividade enorme à figura de quem fará a análise do agente e o julgará. Em razão disso: “O direito penal de um Estado democrático, baseado na igualdade entre os seus cidadãos e fundado na dignidade da pessoa humana, deve preocupar-se em limitar o poder estatal que vise punir alguém ‘pelo que é’ e não ‘pelo que fez’.” (PICCOLOTTO, 2014).

Nas páginas de “O estrangeiro”, mostra-se que o julgamento somente faz alusão ao fato praticado quando são tomadas em análise as circunstâncias em que Mersault pratica o crime, a exemplo das perguntas que lhe foram feitas, notadamente de como ele matou o árabe, se teve prévia intenção de matá-lo, o porquê de ter sido aquela quantidade de disparos e o intervalo entre os acionamentos do gatilho.

Entretanto, tais momentos da discussão fática acontecem de maneira relapsa, uma vez que intencionalmente Albert Camus quer contar uma história na qual o âmago da discussão se concentra nas atitudes comportamentais e nos valores morais e religiosos de Mersault – fatores externos ao julgamento – e se essas circunstâncias podem influenciar a solução do modo como aconteceu no caso concreto.

Trecho marcante desta análise é descrito quando o advogado de Mersault fica sem paciência e faz o questionamento com o propósito de saber se o seu cliente estava sendo acusado de matar o árabe ou de ter enterrado a mãe. Sem dúvidas, essa questão é um artifício utilizado para causar perplexidade, desafiando o modelo persecutório posto e instigando o leitor a uma consequente ruptura com padrões de julgamentos já arraigados. A colocação faz com que o leitor reflita se o libelo apresentado pelo promotor deve focar, em alguma medida, na personalidade do denunciado, ao invés de restringir-se ao mero fato processado.

#### **4. DIREITO PENAL DO INIMIGO**

E tentei continuar a escutar, pois o promotor começou a falar da minha alma. Dizia que tinha se debruçado sobre ela e que nada tinha encontrado, senhores jurados. Dizia que, na verdade, eu não tinha alma e que nada de humano, nem um único dos princípios morais que protegem o coração dos homens, me era acessível. (CAMUS, 2021, p.106).

Amparando-se na personalidade do indivíduo, surgiu entre os penalistas uma nova teorização, que usa bases do Direito Penal do Autor, mas que com este não pode ser confundida. Trata-se do Direito Penal do Inimigo.

Günther Jakobs, ilustre penalista alemão, é o mentor do Direito Penal do Inimigo. O doutrinador sustenta que existiriam dois direitos penais distintos, vigorando dentro de um mesmo sistema. O primeiro seria o Direito Penal do Cidadão e o outro seria o Direito Penal do

Inimigo. O modelo a ser aplicado modificaria em consonância com determinados critérios, concebidos como balizas definidoras de quem pode ser considerado cidadão ou quem deve ser considerado inimigo, por ter o *status* da cidadania negado.

O Direito Penal do Cidadão é o aplicado à maioria das pessoas, pois é “[...] amplo e dotado de todas as garantias constitucionais, processuais e penais, típico de um Estado Democrático de Direito” (MASSON, 2017, p. 116), situação que de maneira fática é a comumente estabelecida na maior parte dos países atualmente democráticos. Já o Direito Penal do Inimigo é empregado em face de uma parcela restrita dos indivíduos. Dirige-se aos considerados inimigos do tecido societário. Destarte, por serem classificados dessa forma, admite-se, neste espectro, uma atuação mais enérgica por parte do Estado, com a eliminação de direitos e garantias constitucionais e processuais, como da ampla defesa e do contraditório, além da punição de atos meramente preparatórios e da aplicação de penas desproporcionais aos delitos cometidos. (JAKOBS, 2003).

Conforme expõe Nucci (2020, p. 575), para Jakobs:

Os inimigos não merecem do Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais. Portanto, estariam situados fora do sistema, sem merecerem, por exemplo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, podendo ser flexibilizados, inclusive, os princípios da legalidade, da anterioridade e da taxatividade.

Fica claro, a partir dessa definição, que para o jurista alemão os inimigos merecem um tratamento diferenciado por intermédio do Direito Penal. Entretanto, com base nisso surge um questionamento de quem deverá ser considerado o tal “inimigo” do sistema.

Jakobs oferece uma definição para o inimigo:

[...] é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo.

É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser um cidadão [...] (MASSON, 2017, p. 113).

Mersault, segundo a lógica de Jakobs, revela-se um inimigo, pois nega os padrões postos, não se arrepende pelo que fez, não se constrange pelo sacerdote lhe ter negado a salvação celestial e aciona o gatilho de uma arma porque se entretém pelo feixe de luz solar que lhe confere a ousadia para matar. O promotor encampou, portanto, o raciocínio de que o júri se debruçava sobre um réu diferente, alheio aos padrões sociais prevalecentes e inapto a entender a mensagem da norma posta, já que nem sequer se interessava pelo luto da própria mãe. Foram condições que deram ao protagonista um tratamento condenatório distinto, extremamente severo.

Portanto, na medida em que o inimigo começa a ser tratado de modo distinto, negando-se a sua condição de pessoa, é excluído da sociedade e começa a ser visto de um modo marginalizado pelo restante dos indivíduos. Dadas as devidas proporções, é possível observar tal fenômeno em "O estrangeiro", uma vez que em algumas passagens fica nítida a forma como Mersault é enxergado pelos demais. O protagonista é visto como uma espécie de "inimigo", justamente por conta do seu jeito de ser fora do padrão, que não se ajustava à normalidade dos demais concidadãos. A primeira passagem acontece quando ele está sendo interrogado pelo juiz, homem muito devoto e religioso. Durante o interrogatório judicial, Mersault é indagado com o objetivo de se descobrir se acredita em Deus. De imediato, o interrogado expõe seu ateísmo. Em razão de aparentemente não professar qualquer credo religioso, o juiz se indigna com a postura do acusado. Afinal de contas, todos os criminosos que tinham passado até então pela inquirição judicial, no fim sempre se curvavam à fé em Deus, coisa que não aconteceu com Mersault. Por conta disso, o juiz afirmou que nunca tinha visto uma alma tão empedernida como a de Mersault, mostrando assim claramente

uma visão discriminatória em face do increpado. Em um segundo momento, já no julgamento, o promotor “pede a cabeça” de Mersault para os jurados, afirmando que, durante toda a carreira de acusador público, nunca tivera tanta convicção em pugnar pela decretação da pena capital. Nas palavras do promotor, Mersault não possuía remorso da morte da mãe e, entre outras coisas, revela-se um ser desprovido de escrúpulos.

Ademais, o próprio Mersault, em várias passagens, reafirma para si um sentimento de exclusão em relação aos outros cidadãos. Pois, por diversas vezes ele pensou em dizer coisas ou praticar atitudes, todavia, hesitou por se autoconsiderar um criminoso. Um ponto bastante irônico em suas reflexões é quando demonstra que, mesmo a pessoa dele sendo o ponto central da discussão, era tratado à margem no julgamento. Ou seja, todos os atores do tribunal estavam discutindo sobre o réu, porém, nenhum daqueles homens realmente se preocupava em saber quem era Mersault de maneira real e qual a opinião dele em relação àquilo tudo. O que realmente importava para o juiz, para o promotor e para o advogado eram as percepções e as ilações que faziam. O júri então era levado a concentrar-se na vida e no modo de ser do protagonista.

Em arremate ao debate acerca do Direito Penal do Inimigo, Zaffaroni (2011, p. 192) assim declara:

Consequentemente, o que está efetivamente em discussão é saber se os direitos dos cidadãos podem ser diminuídos para individualizar os inimigos, ou seja, passa-se a se discutir algo diferente da própria eficácia da proposta de contenção. Esta seria a forma concreta e real de formular a pergunta, tendo em conta o deslocamento que inevitavelmente se opera no poder punitivo cada vez que ele é habilitado. Caso se legitime essa ofensa aos direitos de todos os cidadãos, concede-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos. Se isso ocorrer, o Estado de direito terá sido abolido.

É de clareza solar a dura crítica feita por Zaffaroni sobre a aplicação da teoria criada por Jakobs. Porque, na medida em que se legitima a restrição de princípios e garantias fundamentais ao indivíduo, independente do objetivo almejado, velada e automaticamente está suprimida a figura do Estado de Direito, dado que tais normas são justamente pressupostos basilares do poder constituído democraticamente.

Por fim, convém registrar que existe uma dificuldade para definir quem eventualmente estaria dentro do grupo dos "inimigos". Em razão de tal conceito ser muito vago e poroso, abrem-se brechas para diversas interpretações, não raras vezes imprudentes, o que acaba por gerar um estigma sobre determinados grupos que sempre foram e continuam sendo visados, pois ao fim e ao cabo constituem a clientela da expiação e da censura.

## **5. PERSONALIDADE DO AGENTE**

A essência do seu pensamento, se compreendi bem, é que eu premeditara o crime. Pelo menos foi isso que tentou demonstrar. Como ele próprio dizia: - Provarei o que digo, senhores, e eu o farei duplamente. À luz ofuscante dos fatos, em primeiro lugar, e em seguida sob a iluminação sombria que me será fornecida pela psicologia desta alma criminosa. (CAMUS, 2021, p. 104).

Com a evolução jurídica nacional, o Brasil acabou por adotar, de maneira pacificada, o modelo de Direito Penal do Fato. Entretanto, em algumas situações remaneceram relapsos da carga de influência exercida pelo Direito Penal do Autor. Um exemplo concreto é o artigo 59 do Código Penal, o qual descreve as circunstâncias judiciais que devem ser levadas em consideração na fixação da pena-base realizada na primeira fase da dosimetria penal.

À vista disso, dentre as circunstâncias citadas ao longo do art. 59 sobredito está a personalidade do agente, a qual, sem dúvida alguma, é herança do Direito Penal do Autor. Isso fez surgir uma discussão



existente até os dias atuais, sobre a possibilidade ou não, dentro dos limites constitucionais e legais existentes, da utilização de tal critério na fixação da pena-base.

A princípio, é de suma importância conceituarmos o que seria personalidade à luz do artigo 59, do CP. Segundo Nucci (2020, p. 674), personalidade: “Trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida.”

Já para Schmitt (2017, p. 158):

A personalidade é uma construção pessoal que decorre ao longo de nossa vida, é a elaboração da nossa história. Reflete a forma com que sentimentos e interiorizamos as nossas experiências, acompanha e revela a maturação psicológica do indivíduo. Sem dúvida, é um processo ativo e que intervém em diversos fatores.

É nítido, através dos entendimentos supracitados, que o conceito de personalidade está voltado a uma visão da figura do indivíduo enquanto pessoa, percebida através das suas preferências perante a sociedade, suas atitudes externas, mas também sua psiqué, características específicas e sentimentos individuais. Cada *homo sapiens* tem um jeito de ser, pensar e agir, tratando-se de um conjunto de combinações a moldar a sua personalidade.

Dessarte, logo nas primeiras páginas, Albert Camus expõe gradativamente pinceladas da personalidade de Mersault, chocando o leitor logo na linha inicial. O protagonista desconhece inclusive o momento em que a sua própria mãe morreu. Recebendo tal notícia de modo indiferente, em todos os momentos da ritualística ínsita ao velório e ao enterro, Mersault não demonstra tristeza real pela perda da genitora. Pelo contrário, quando volta à cidade, conhece uma mulher chamada Marie, marca um encontro para que possam assistir a um filme de comédia juntos e logo depois ainda tem relações sexuais com ela.

Ele não se apega a nada e não demonstra os seus sentimentos. Não acredita em nenhuma religião, o que, como dito acima, surpreende o

juiz do seu caso e o capelão da prisão. Até mesmo quando esteve preso, Mersault demonstra que se acostumou com aquela situação e que a vida na prisão acaba não sendo tão difícil como pensava que seria. Esse último traço projeta a ideia de que a mensagem direcionada pela sanção penal possivelmente não contribuiria para a mudança dos padrões comportamentais e psicológicos do protagonista, demonstrando que o modelo punitivo clássico não lhe causasse qualquer afetação de grande monta.

Durante todo o livro, o autor descreve uma personalidade apática para Mersault, o qual não esboça reações perante as situações por ele vivenciadas. Como quando é perguntado por Marie se deseja casar-se com ela e responde com um “tanto faz” ou quando justifica a morte do árabe por conta do brilho do sol e do calor que estava sentindo. Em face disso, surge a brilhante sacada de Albert Camus em colocar o nome do livro de “O estrangeiro”, uma vez que Mersault, por conta da sua personalidade, é visto como um anormal perante o meio social, desse modo, é idealizado como um ser “desumano”, à margem da sociedade, ou seja, um estrangeiro.

Outrossim, regressando ao debate antes proposto, faz-se salutar nesse momento trazer à baila opiniões divergentes de juristas conceituados em relação a aplicação da aludida circunstância, à luz do que é apregoadado no ordenamento jurídico brasileiro atualmente.

Primariamente, Nucci (2015, p. 172) afirma que:

É imprescindível, no entanto, haver uma análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido que tende ao crime deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir sua sobrevivência. [...] O cuidado do magistrado é, nesse prisma, indispensável para realizar justiça.

Portanto, a partir desse excerto, fica claro que, para o ilustre doutrinador, a análise da personalidade do agente é salutar na dosimetria da pena, uma vez que, ao examinar a conjuntura e as especificidades

em que o indivíduo está inserido no cotidiano, pode tornar o julgamento mais justo e democrático.

Nesse mesmo sentido encontra-se Nelson Hungria definindo que:

O que é necessário fazer, em lugar de classificações abstratas e precárias, é procurar retrair, em cada caso corrente, dentro das possibilidades práticas, a personalidade individual concreta do criminoso, mediante a elucidação do seu curriculum desde a infância, no lar, na escola, no grupo social a que pertence, no ambiente em que viveu. (HUNGRIA apud STOCO, 2015, p. 162)

É de clareza solar que o jurista brasileiro preconiza a análise da personalidade do agente, remetendo ao juiz um trabalho de busca sobre a vida do indivíduo para entender o porquê de este ter cometido o eventual fato delituoso. Tal posição é semelhante à da maioria dos autores tradicionais, que de maneira majoritária entendem ser admissível o exame da personalidade.

Diferentemente, encontra-se o posicionamento dos doutrinadores mais modernos, os quais majoritariamente defendem a posição de inaplicabilidade da personalidade, à luz da ideia proposta por estes para o direito penal. Tal entendimento é quase que pacífico para a doutrina moderna, somente surgindo eventuais autores contrários, como é o caso de Guilherme Nucci, o qual já teve seu posicionamento citado.

Em face disso, é imprescindível demonstrar a opinião de alguns dos adeptos da corrente contrária à utilização da referida circunstância judicial. Para Roig (2015, p. 159), por exemplo:

Dada a complexidade da circunstância, torna-se inviável ao juízo produzir uma avaliação dinâmica, equitativa e, principalmente, pacífica da personalidade do acusado para fins de aplicação da pena. Trata-se de um conceito fluídico, não tendo o aplicador sequer habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, médica, psicológica ou psiquiátrica, não

dispondo o processo judicial de elementos aptos à emissão de "diagnósticos" desta natureza. [...] Em um Estado Democrático de Direito, todo e qualquer gravame penal sobre o indivíduo deve provir de um juízo de certeza, irrealizável na espécie, vez que inexistem meios jurídicos para uma adequada avaliação da personalidade [...]

Desse modo, conforme afirma Rodrigo Roig, o motivo da não utilização da personalidade seria o elevado grau de complexidade da discussão, não tendo o magistrado a capacidade técnica e nem os recursos necessários para atestar de uma maneira justa e certa qual a personalidade do acusado. Pois bem, segundo o jurista, o Estado Democrático de Direito não pode tolerar que tais incertezas influenciem em um eventual tratamento desfavorável ao indivíduo em matéria de direito penal.

Na mesma toada está Greco (2017, p.688):

Acreditamos que o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição de personalidade do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a sua vida, a começar pela infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas etc.), é que, talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância judicial. Dessa forma, entendemos que o juiz não deverá levá-la em consideração no momento da fixação da pena-base.

É notório que, a exemplo de Roig, Greco traz um ponto de vista que delimita o atuar jurisdicional. Nessa intelecção, o juiz seria incapaz de definir corretamente a personalidade do agente e, conseqüentemente, não pode utilizá-la como circunstância na fixação da pena-base, uma vez que lhe falta conhecimento técnico-científico para tal. Essa aptidão é restritamente dominada por profissionais de outras áreas ligadas a um trabalho de investigação predominantemente comportamental.

Em “O estrangeiro” a análise da personalidade do réu se faz presente em quase todo o processo e julgamento. O Promotor insiste a todo o momento nesse ponto, ressaltando que a alma de Mersault deve ser julgada e que as atitudes praticadas pelo protagonista, a exemplo da sua reação perante a morte da mãe, demonstravam que o crime tinha sido premeditado, espancando-se quaisquer dúvidas em sentido contrário.

Além disso, os depoimentos das testemunhas e o interrogatório do próprio réu ficavam adstritos a definir qual a personalidade deste e, no fim, Mersault foi condenado a uma punição grave, não pelo fato do seu crime em si ser proporcional à sanção fixada, mas pelo fato de não ser detentor de uma “boa alma”.

## **6. CONCLUSÃO**

Em vista disso, é nítido que emerge no Direito Penal do Autor uma série de riscos que não podem existir dentro de um Estado Democrático de Direito. Uma vez que possui uma carga de subjetividade muito grande, a punição em razão dos caracteres pessoais dos indivíduos não permite que se tenha um critério concreto para definição da pena justa.

Desse modo, o Estado de Direito, o qual tem como pressuposto basilar a garantia das liberdades individuais, não pode admitir que a força estatal detenha um volumoso poder discricionário, principalmente em se tratando da aplicação de sanções criminais, notadamente as privativas de liberdade. O Direito Penal do Inimigo apresenta, em suas bases, um risco elevado às garantias constitucionais. De fato, deve ser encontrada uma solução mais adequada aos problemas enfrentados no mundo contemporâneo. Todavia, uma medida tão enérgica quanto esta também não se amolda como a melhor solução.

Em contraponto ao Direito Penal do Autor surgiu a noção de Direito Penal do Fato, este sim, assegura de forma límpida os direitos e as garantias individuais, que são pressupostos basilares do Estado Democrático de Direito, porquanto verdadeiramente alicerçam a noção de liberdades para os cidadãos.

Entretanto, tais ideais não excluem a possibilidade de uma análise das características do agente dentro do campo penal. Ainda prevalece que os aspectos pessoais do indivíduo, quando restritos ao fato sob escrutínio, tornam a decisão mais justa e democrática. A depender da conjuntura social imposta ao denunciado, este estaria mais propenso ou não a cometer um determinado delito. A teoria da coculpabilidade, defendida por Zaffaroni, milita nesse sentido. O que não pode acontecer é o juiz considerar o conjunto global da vida de alguém para definir psicologicamente a personalidade do réu, fazendo com que seja punido pela vida que ostenta ou pelas crenças que professa, o que é algo muito diferente de ser julgado pelo estado de espírito existente apenas no momento do fato que se judicializou.

Assim sendo, conclui-se que é justo o emprego da circunstância judicial da personalidade do agente disposta no artigo 59, do Código Penal, desde que tal noção não prepondere em relação às circunstâncias do próprio fato e desde que o juiz somente considere aquilo que está compreendido nos lindes fáticos do julgamento, ou seja, aquilo que tenha a ver com o fato posto em aferição, e sempre com auxílio técnico, profissional e estrutural para a realização da análise do perfil psicológico, não podendo extrapolar os limites interpretativos com uma visão preconceituosa ou que tenha como norte a apreciação de todo um projeto de vida, pois não se julga a vida do réu, mas os fatos típicos que ele praticou.

Por fim, em relação ao livro, é possível o entendimento nesse mesmo sentido. De fato, o processo de Mersault ficou adstrito somente à análise da sua personalidade, o que em verdade fez com que ele fosse condenado gravemente em virtude disto, com a imposição da sanção capital. Todavia, em que pese tal julgamento fosse injusto e absurdo como quis demonstrar Camus, ao fim e ao cabo a personalidade de Mersault deveria ser considerada, pois ela foi determinante para o homicídio ocorrer como ocorreu. Certamente, sua relação com a própria mãe não se mostrasse vetor para o aumento da pena. Idem para o seu ateísmo. Mas matar o árabe porque a luz do sol assim influenciou é uma circunstância tão jungida ao acionamento impiedoso de um gatilho que

desconsiderar esse fato seria igualar indistintamente os jurisdicionados que se sentam à mesa dos réus. Quem mata por causa da luz do sol não pode ser penalizado da mesma maneira com que se penaliza aquele que matou o estuprador confesso de uma indefesa garotinha.

## REFERÊNCIAS

- BIESDORF, Rosane Kloh; WANDSCHEER, Marli Ferreira. Arte, uma necessidade humana: função social e educativa. **Revista Eletrônica do Curso de Pedagogia do Campus Jataí - UFG**, Jataí, vol. 1, n. 11, 2011. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/rir/article/view/20333/11824>. Acesso em: 14 nov. 2022.
- BRASIL. [Decreto-Lei 2.848 (1940)]. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 20 nov. 2022.
- CAMUS, Albert. **O estrangeiro**. Tradução: Valerie Rumjanek. 53. ed. Rio de Janeiro: Record, 2021.
- FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GAROFALO, Rafael. **Criminologia: Estudo sobre o delito e a repressão penal**. Tradução: Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Péritas, 1997.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral, volume 1**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Tradução: Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.
- MARTINS, Murilo Vilela Freitas; ROMA, Rone Miller. **Direito penal do autor e direito penal do fato**. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Murilo%20Vilela%20Freitas%20Martins.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.
- MASSON, Cleber. **Direito penal - vol. 1**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- MOHAMED, André Nascimento. **O Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_12010/anandremoham.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/anandremoham.pdf). Acesso em: 3 out. 2022.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PICCOLOTTO, Thiago Soares. **Aspectos do direito penal do autor na aplicação da pena**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31435/aspectos-do-direito-penal-do-autor-na-aplicacao-da-pena>. Acesso em: 01 nov. 2022.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

STOCO, Tatiana de Oliveira. **A personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09082017-110945/publico/dissertacao\\_mestrado\\_Tatiana\\_de\\_Oliveira\\_Stoco\\_VERSAO\\_COMPLETA.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09082017-110945/publico/dissertacao_mestrado_Tatiana_de_Oliveira_Stoco_VERSAO_COMPLETA.pdf). Acesso em: 15 set. 2022.

TAVARES, Juarez. **Teoria da ação culposa**. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



# A RESERVA DO POSSÍVEL E O ORÇAMENTO SENSÍVEL AO GÊNERO

**SÂMIA SANTANA SANTOS**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Possui Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes/SE. Professora Universitária. Advogada. Membro da Comissão em Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE. samyasantos@gmail.com

## INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe examinar temas próprios do orçamento público, a exemplo das principais leis orçamentárias, com questões particulares ao gênero, dispondo a traçar pontos de intersecção entre esses dois assuntos, os quais, em um primeiro momento, podem parecer distantes e paralelos entre si.

A importância em trazer indagações sobre as matérias eleitas como as centrais do trabalho é a de demonstrar que mesmo uma peça meramente “instrumental”, como é a orçamentária, traduz uma relevância herculana para a luta contra a desigualdade entre gêneros e, conseqüentemente, concede maior destaque para as minorias sociais, dentre elas, o público-alvo dessa pesquisa: as meninas e mulheres.

Para a elaboração do artigo, foram utilizados alguns dados provenientes de Institutos especializados, como o Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc), e outros originários de estudos feitos pelo próprio governo, os quais demonstram como estão sendo empregadas as verbas públicas para atender às demandas do público feminino, com a finalidade de custear as políticas públicas necessárias para reverter o atual quadro discriminatório inerente à sociedade brasileira.

Além disso, como é demonstrado logo a seguir pelo trabalho, há uma discordância entre o que está previsto teoricamente<sup>1</sup> e a realidade

---

1 Uma vez que o Brasil é signatário de vários tratados internacionais que promovem a igualdade entre gêneros e, ao menos, em tese, é favorável ao Orçamento Sensível ao Gênero.

brasileira, a qual, pela observação e análise dos dados, não existe uma destinação efetiva da receita pública para as demandas que envolve o gênero feminino.

## 1. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO ESCUSA ESTATAL

Durante a década de 1990, os autores norte-americanos Holmes e Sustain desenvolveram a obra “O custo dos Direitos”, trazendo ao mundo jurídico uma teoria com este mesmo nome ao fazerem uma relação dos direitos fundamentais e os custos orçamentários do Estado.

O livro mencionado se tornou um clássico em matéria de orçamento público e de Direito Financeiro, pois trouxe importantes questões para discussão, sendo um dos pioneiros ao fazer essa análise entre verbas públicas e direitos. Em verdade, como explana Leite (2020), afirmar que os direitos custam dinheiro pode soar indecoroso ou até mesmo desrespeitoso, porém, esta é a veracidade dos fatos: é necessário que existam recursos financeiros em caixa para o Estado poder atender aos anseios sociais. Sobre esse ponto, importante mencionar os autores norte-americanos:

(...) perguntar quanto custam os direitos não é o mesmo que perguntar o quanto eles valem. Mesmo que fôssemos capazes de calcular até o último centavo o quanto custaria o direito de igual acesso à Justiça, digamos, num determinado ano fiscal, nem por isso saberíamos o quanto, enquanto país, devemos gastar com isso. (HOLMES, SUSTEIN, 2019, p. 16-17)

Holmes e Sustain (2019) ainda reiteram que não são somente os direitos sociais, ou de segunda dimensão<sup>2</sup>, que exigem um custeio estatal, os direitos de primeira dimensão, como o direito de proprie-

---

2 Sobre essa classificação, a pesquisa traz maiores explicações mais à frente.

dade, também são patrocinados pelo Estado, ainda quando o ente federativo possui o dever de se abster, ao menos teoricamente.

Neste sentido, ao conceber que todos os direitos, sejam de atuação positiva ou negativa do Estado, movimentam o erário público, é imprescindível que haja um estudo e planejamento pelo governo do orçamento para que, então, um maior número possível de demandas sociais sejam atendidas. Com isso, é demonstrada a importância de uma coordenação entre o orçamento e os ideais dos governantes, que pode variar de acordo com as ideologias predominantes daqueles que estão na chefia do Poder Executivo, já que, no Brasil, cabe à presidência a competência para a elaboração dos projetos das leis orçamentárias, como é visto no momento oportuno do trabalho.

Sobre o custeio de direitos e recursos financeiros finitos, foi desenvolvida a teoria da reserva do possível (Leite, 2020); e, conforme entendimento de Martins (2022), na pátria brasileira, a reserva do possível terminou sendo associada a uma escassez de recursos, compreendendo a insuficiência ou inexistência econômica para atender a todos os interesses sociais.

Por certo, como desenvolve Leite (2020), a reserva do possível pode ser jurídica ou fática; no primeiro caso, compreendem-se as situações que o orçamento não permite um novo dispêndio ou a realocação de quantias que não estavam previamente estabelecidas e aprovadas pela respectiva Lei Orçamentária, ao passo que a reserva do possível fática revela-se quando comprovadamente inexistem verbas suficientes nos cofres públicos para garantir todos os direitos a todos da coletividade, o que comumente ocorre na administração do recursos financeiros.

Neste sentido, os entes federativos frequentemente invocam a teoria da reserva do possível, especialmente a fática, com o objetivo utilizá-la uma escusa estatal para o não cumprimento do seu dever de assegurar direitos, esbarrando no chamado mínimo existencial (LEITE, 2020).

De todo modo, havendo uma (re)alocação de recursos para custear determinado direito, ou seja, significa que outros poderão estar

desamparados, visto que o orçamento é limitado, sendo encargo do governante<sup>3</sup> que estiver no poder escolher quais direitos estarão protegidos e quais não estarão ao elaborar o Projeto das Leis Orçamentárias. E, para esse fenômeno em que fatalmente opta-se pela proteção de certo(s) direito(s) em detrimento de outro(s), Holmes e Sustain (2019) o denominam como “tragic choices” ou escolhas trágicas em tradução literal.

Nas lições de Leite (2020):

No entanto, e é bom lembrar, por mais que se aloquem recursos em uma ou em outra área, a questão da escolha trágica não terminará. Se hoje dobrarem-se os recursos em saúde, não significa atendimento integral da demanda, nem resolução de todos os problemas, posto que há problemas no déficit habitacional que exigem prioridade, há problemas infundáveis na educação e a realidade do saneamento causa espanto. Como há limitação de recursos, sempre há de contar-se com escolhas trágicas, com a plena ciência de que algumas necessidades não serão atendidas do modo pretendido. (LEITE, 2020,p. 78)

Portanto, após essas breves noções de que os direitos demandam custos aos cofres públicos, para prosseguimento do trabalho, torna-se imperioso trazer alguns conceitos pertinentes para melhor compreensão do tema escolhido, além de verificar como o Brasil vem adotando as questões referentes ao gênero no orçamento público.

## **2. ORÇAMENTO SENSÍVEL AO GÊNERO: CONCEITO E PONTOS IMPORTANTES**

Downes, Von Trapp, Nicol (2017) lembram que após a criação do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

---

3 De acordo com o Art. 84, XXIII da Constituição Federal de 1988, as leis orçamentárias serão elaboradas por iniciativa do chefe do Poder Executivo.

de 1966 elaborado pela Organização das Nações Unidas (ONU), surgiu uma preocupação na comunidade internacional em efetivar os direitos humanos de segunda dimensão, sendo este o início de discussões envolvendo a aplicação de recursos financeiros com esta respectiva previsão no orçamento público.

Sobre esta divisão de direitos em dimensões, ressalta-se que, o autor Karel Vasak foi o responsável por essa classificação, que foi divulgada com maior publicidade na obra “A Era dos Direitos” de Norberto Bobbio. Sendo assim, Bobbio (2004) ao explicar a teoria de Vasak, expõe que os direitos de primeira dimensão ou “direitos negativos” são aqueles, pela sua essência, que pedem uma atuação mínima do Estado, como o direito à propriedade, à liberdade de expressão, à intimidade etc. Ao passo que os direitos humanos de segunda dimensão ou geração, os chamados “direitos positivos” são os que exigem uma maior atuação estatal, visto que são direitos relacionados à uma contraprestação do respectivo ente federativo, a exemplo do direito à educação, à saúde, ao lazer e dentre outros (Bobbio, 2004). Portanto, é nítida a divergência da natureza entre esses dois direitos e a respectiva exigência de uma atuação ou abstenção pelo Estado.

Porém, fundamental salientar há uma diferenciação de nomenclatura entre direitos humanos e direitos fundamentais somente para distingui-los no cenário internacional ou pátrio de cada Estado, conforme ensina Martins (2021). Ingo Wolfgang Sarlet (2007) entende a terminologia “direitos humanos” refere-se aos direitos que estão previstos nos inúmeros Pactos e Tratados Internacionais que versam sobre a temática, ao passo que os “direitos fundamentais” são aqueles que estão previstos e positivados nas Constituições nacionais de cada Estado. Desse modo, não há diferenciação quanto à essência de ambos, já que, o direito à igualdade positivado no ordenamento jurídico interno de um país é o mesmo que está substancializado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a título de exemplo.

Ainda sobre o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a sua importância para trazer as questões sobre

gênero nos orçamentos internos de cada país, Downes, Von Trapp e Nicol demonstram:

The 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, requires states signatories to take appropriate measures (including budgetary measures) to realize economic rights, and to use maximum resources to do so. (DOWNES, VON TRAPP, NICOL, 2017, p. 06)

Com isso, verifica-se que, dentre as inúmeras lições trazidas pelo Pacto Internacional de 1966 sobre os direitos de segunda geração, destaca-se a importância da presença de um Estado Social forte, garantidor de direitos, surgindo a necessidade de elaborar e efetivar políticas públicas voltadas para o pleno exercício de direitos por todos da sociedade, conforme pontua Fábio Konder Comparato (2019):

Por serem exigências de superação de inércia estatal, ou formas de se evitar o desvio da ação dos Poderes Públicos em favor de classes sociais ricas e poderosas, os direitos declarados no presente Pacto têm por objetivo políticas públicas ou programas de ação governamental; e políticas públicas coordenadas entre si. (COMPARATO, 2019, p.342)

Com relação à temática envolta do gênero escolhida pela pesquisa, como dito anteriormente, o presente estudo se propõe a trazer pontos importantes sobre a orçamentação com o objetivo de delinear algumas questões referentes aos direitos das meninas e mulheres e, para isso, é primordial trazer alguns tópicos importantes, invocando alguns nomes de peso que enriquecem a luta feminista.

A exemplo da “Reinvindicação dos Direitos da Mulher” datada de 1792, obra de Mary Wollstonecraft, uma das autoras pioneiras na defesa dos direitos das mulheres no mundo ocidental. Em suas obras, à época, a autora inglesa questionava a cultura europeia, discutindo sobre as limitações impostas às mulheres justificadas pela

sua natureza, favorecendo a concepção natural de que elas são seres inferiores e como os homens sempre foram detentores dos espaços de poder na sociedade, nas suas palavras: “Os direitos da humanidade têm sido, assim, confinados à linhagem masculina, começando por Adão.” (WOLLSTONECRAFT, 1792, p.117).

Joan Scott (1990) também discute sobre a concepção de gêneros no âmbito social ao declarar que “O mundo das mulheres faz parte do mundo dos homens, que ele é criado nesse e por esse mundo masculino” (SCOTT, 1990, p.75), exprimindo a ideia de que em muitos momentos há a concepção de que as mulheres são deixadas como coadjuvantes ou até mesmo figurantes nos assuntos coletivos, ainda quando existem debates sobre seus próprios direitos.

Correlacionando os pontos sobre gênero e orçamento público, segundo a pesquisa divulgada pelo Governo Federal (2022), foi somente ao final da década de 1990 que muitos Estados internacionais passaram a incluir as demandas sociais femininas no momento do estudo e da elaboração da orçamentação pública com a finalidade de diminuir as disparidades existentes entre homens e mulheres nas mais diversas fases da vida. Sobre essa relação entre gênero e orçamento público, elegeu-se, então, a sigla OSG, conforme explicação:

(...) Orçamentos Sensíveis a Gênero- OSG, expressão que passou a designar uma variedade de intervenções dos governos sob as peças orçamentárias destinadas a visibilizar, analisar, democratizar e repensar o gasto público com mulheres e meninas. (GOVERNO FEDERAL, 2022, p. 05)

Desse modo, para inserir uma perspectiva de gênero no cálculo das receitas e despesas públicas, torna-se imperiosa a presença de um Estado Social dedicado à confecção de políticas públicas apropriadas e plenamente efetivas para este público feminino em particular, caso contrário, o distanciamento entre homens e mulheres, meninos e meninas nos mais variados setores da vida social, pública, política e privada continuará se perpetuando, quicá aumentando, inexistindo

uma reversão robusta desse quadro com o intuito de atingir a tão sonhada igualdade entre ambos.

Fundamental salientar que a elaboração de políticas públicas assim como ações afirmativas, também chamadas de discriminações positivas, em nada maculam os valores intrínsecos à igualdade material plenamente prevista pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Ao contrário, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2017), é justamente por meio dessas atitudes mais positivas do Estado que a igualdade pode ser, sim, conquistada. Como exemplos desse feito mencionam-se as cotas por gênero, raça e cor, assim como a produção e destinação de políticas públicas próprias para as meninas e mulheres com o intuito de uma diminuição, muitas vezes tímida e progressiva, de um cenário discriminatório.

Ainda segundo a pesquisa realizada pelo Governo Federal (2022) no tocante à política orçamentária e às mulheres, após 1990, inúmeros países passaram a incorporar questões de gênero no planejamento orçamentário interno. As informações presentes no trabalho apontam que em 2016, conforme dados do Fundo Monetário Internacional (FMI), mais de 80 países já haviam adotado alguma categoria relacionada ao gênero no orçamento público nacional.

Com relação ao Brasil, Câmara (2020) aponta que, acompanhando o cenário internacional, o país vem desde os anos 2000 promovendo ações estatais para reconhecimento dos direitos das mulheres assim como outros grupos minoritários, a exemplo da população LGBTQIA+.

Com isso, analisando a conjuntura brasileira, percebe-se que existe uma preocupação com a pauta de gênero no orçamento público, havendo estudos envolvendo políticas públicas voltadas para essa finalidade. No entanto, no momento é imperioso estudar como (ou se) ocorre a destinação efetiva dos recursos financeiros para atender aos anseios femininos.

Caso contrário, o Orçamento Sensível ao Gênero será apenas uma mera abstração que em nada vem a contribuir com a luta das mulheres e das outras minorias.



### **3. A ORÇAMENTAÇÃO NO BRASIL: DADOS E ELEMENTOS ESSENCIAIS**

“Nunca se esqueça de que basta uma crise política, econômica ou religiosa para que os direitos das mulheres sejam questionados.” (BEAUVOIR, 1949). Com essa máxima beauvoirana, inicia-se este momento do estudo que reúne números relacionados à política orçamentária brasileira com ênfase no gênero. Além disso, nesse momento do estudo, há uma preocupação em demonstrar como ocorre o processo de elaboração das leis orçamentárias no Brasil, sendo este um papel dos Poderes Executivo e Legislativo, com o devido destaque para as principais leis orçamentárias nacionais: o Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA).

#### **3.1 Orçamento Sensível ao Gênero no contexto brasileiro**

A realidade brasileira mostra que apesar de o Brasil se apresentar como um país preocupado com os direitos humanos das mulheres e das minorias sociais, visto que já ratificou incontáveis tratados internacionais sobre o tema, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, e também por prever ao longo da Carta Magna de 1988 inúmeros dispositivos que cancelam os direitos iguais entre gêneros, a exemplo do Art. 3º, inciso IV<sup>4</sup> e Art. 5º, inciso I<sup>5</sup>, o país pouco tem feito no plano interno para investir e colocar em prática políticas públicas

---

4 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988)

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988)

efetivas, capazes de solucionar o atual contexto discriminatório em função do gênero.

Exemplo disso são as informações levantadas pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc), segundo as quais, entre os anos de 2019 e 2021, o governo Bolsonaro foi omissivo ao deixar de aplicar os recursos financeiros, já empenhados, ou seja, outrora já reservados e previstos nas leis orçamentárias, para executar as políticas públicas.

De acordo com o estudo feito pelo Inesc (2022), durante o ano de 2020, no auge do período pandêmico, quando as pessoas tiveram de isolar-se em seus lares e conseqüentemente houve um aumento do número de mulheres vítimas de violência doméstica<sup>6</sup>, o governo deixou de aplicar cerca de 70% dos recursos financeiros destinados ao combate desse tipo de violência, refletindo um montante de R\$93 milhões de reais que não foram destinados aos Estados, Distrito Federal e municípios para investirem em políticas públicas reservadas a uma rede de atendimento às mulheres nessa situação de violência.

Além da investigação realizada pelo Inesc, em 2020, a Câmara dos Deputados promoveu um estudo a respeito do orçamento relacionado ao gênero durante o exercício financeiro daquele ano, o qual apontou que somente R\$5,6 milhões dos R\$126,4 milhões de reais foram verdadeiramente desembolsados para arcar com políticas públicas para as mulheres (Câmara dos Deputados, 2020).

Ainda de acordo com os dados analisados pelo Inesc (2022), vale menção da nota técnica sobre o Orçamento Sensível ao Gênero e violência doméstica para o presente ano:

---

6 Estudos realizados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020) relatam a dificuldade de as mulheres brasileiras denunciarem os seus parceiros nesse momento de confinamento durante o ápice da pandemia da Covid-19 no país. Havendo assim, disparidades entre o número de vítimas reais e a quantidade de mulheres que conseguiram dirigir-se à uma delegacia, refletindo assim que o montante de denúncias não refletem a realidade. Nesse sentido, a pesquisa utilizou as redes sociais para acompanhar a repercussão da violência doméstica no meio digital, apontando que houve, sim, um aumento de mulheres agredidas em razão do confinamento.

Para 2022, os recursos destinados são poucos: apenas R\$5,1 milhões para enfrentamento a violência e promoção da autonomia e R\$8,6 milhões para as Casas da Mulher Brasileira (aproximadamente R\$318 mil por estado, se for executado). Esta é a alocação mais baixa dos quatro anos de gestão da ministra Damares. (INESC, 2022, p. 06)

Ressalta-se que o Orçamento Sensível ao Gênero não se vincula somente às áreas pertinentes ao combate da violência doméstica, ao contrário, se faz presente em tantas outras demandas femininas necessárias. A presente pesquisa apenas deu um maior destaque para essa reivindicação em particular.

### **3.2 Processo Orçamentário Brasileiro: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual**

A Constituição Federal de 1988 em seu Art. 165 proclama que é competência do Poder Executivo a elaboração das principais leis orçamentárias: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), conforme previsão dos incisos I, II e III respectivamente; apresentando, assim, nova matéria de ordem constitucional referente aos Orçamentos.

Necessário destacar que ainda que a iniciativa para proposição do Projeto de Lei (PL) dessas principais Leis Orçamentárias seja do Poder Executivo, o Poder Legislativo ficará incumbido de supervisionar o conteúdo, como aponta o Art. 166 da CF/88: Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional na forma do regimento comum (BRASIL, 1988).

Como pode ser observado pela leitura dos dispositivos constitucionais, a Constituição Federal de 1988 não ordenou a participação do Poder Judiciário no momento da criação e execução das Leis Orçamentárias. Essa omissão reflete o posicionamento do legislador cons-

tituente em determinar a participação no debate quanto à destinação dos recursos financeiros somente aqueles que foram eleitos pelo povo, como os membros do Executivo e Legislativo, visto que, ao menos em tese, estariam representando os anseios democráticos (Leite, 2020), o que não acontece com os componentes do Judiciário, uma vez que chegaram a esta carreira jurídica por meio de uma aprovação em um concurso público.

Decerto, em determinadas situações, o Poder Judiciário pode atuar após a elaboração do processo orçamentário, em benefício daqueles que não conseguem ter a suas demandas atendidas, seja por inércia dos Poderes Executivo ou Legislativo como pela suposta alegação de uma indisponibilidade de recursos. Essa judicialização de políticas públicas (Leite, 2020) com o intuito de realocar recursos financeiros para satisfação de direitos pode ser vista, por exemplo, quando a Justiça ordena um ente federativo a bancar um tratamento de um enfermo, ainda quando demande muitos recursos para tal (STJ, 2020), com o objetivo de satisfazer o direito à saúde.

Quanto às principais leis orçamentárias apresentadas acima, Piscitelli (2021) menciona algumas de suas características:

De um ponto de vista geral, é possível dizer que o PPA é a lei orçamentária mais abstrata de todas, já que trata dos grandes objetivos da Administração pelo prazo de quatro anos, enquanto a LOA é a mais concreta, pois tem a função de estabelecer, detalhadamente, as receitas e despesas públicas de um dado exercício (PISCITELLI, 2021, p. 47)

Conforme explicação de Leite (2020), a elaboração das principais leis orçamentárias reflete a ideologia do governo que está no poder, visto que, como comentado anteriormente, cabe ao Poder Executivo a propositura do projeto de lei de cada peça orçamentária. Neste sentido, cada administração estatal pode direcionar uma maior ou menor quantidade de recursos para determinadas áreas, representando os ideais e valores pelos quais o(a) chefe do Executivo foi eleito, sendo

assim, o orçamento pode ser considerado como uma representação democrática, ao menos em tese. De acordo com o autor:

Assim, notório o seu aspecto político porque a sua elaboração reflete a execução do programa político-partidário ou os anseios do governo que está no poder. É saber, os partidos políticos possuem ideologia, metas, objetivos e planos que os distinguem dos demais, de modo que, ao assumirem o poder, logo se preocupam em executar e tornar realidade o que prometeram e se responsabilizaram. Nesse ponto, o orçamento é o instrumento de manifestação desses ideais e planos, dotados, por isso, de nítida característica política. (LEITE, 2020, p. 102)

Nessa mesma linha de raciocínio, Martins (2022) menciona a importância da participação popular no momento no controle orçamentário, como expõe: “A participação popular no controle das políticas públicas, na alocação dos recursos e na elaboração das “escolhas trágicas” é um corolário da cidadania (um fundamento da República, nos termos do Art. 1º, II, CF)” (MARTINS, 2022, p. 221)

Portanto, é notório que sem um acompanhamento da elaboração e da execução das leis orçamentárias, principalmente quanto à destinação da receita pública, por todos da sociedade, principalmente dos grupos mais vulneráveis, o Estado usará a comumente desculpa da reserva do possível, havendo uma predileção de outros direitos em detrimento daqueles próprios aos gêneros. Posto isto, os direitos das mulheres estarão ordinariamente associados às escolhas trágicas, visto que, de acordo com a ideologia do governo em exercício, essas demandas podem não ter importância quando comparadas com outras da sociedade, colocando o público feminino na condição de segundo sexo (Beauvoir, 1949), reduzindo-as a meras coadjuvantes na política orçamentária.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste sentido, fazendo uma análise dos dados já expostos, é evidente que, apesar de o Brasil estar teoricamente em sintonia com o cenário internacional, o que ocorre no contexto pátrio é o desalinhamento de ideias em que existem boas intenções<sup>7</sup>, porém, na prática há uma evidente desarmonia entre a proporção de recursos financeiros empenhados/reservados e a sua destinação concreta, demonstrando assim que a pauta referente ao gênero, bem como às minorias sociais.

Além desse ponto, é fundamental dissertar a respeito da falta de informações suficientes de como os recursos financeiros estão sendo aplicados para patrocinar as políticas públicas próprias do público feminino.

Com a análise das informações levantadas pelos institutos de pesquisa, surgem os questionamentos: Por que o governo Bolsonaro foi omissivo na aplicação de dinheiro público para custear os direitos das mulheres? Como essa política contribui para a manutenção de um quadro discriminatório?

Em verdade, quando observados os dados, à uma primeira vista, é nítido que existem recursos financeiros, entretanto, percebe-se que ocorre a falta da aplicação dessa verba para o financiamento de políticas públicas plenamente eficazes.

Caso esse cenário permaneça e nada seja feito para que haja uma genuína mudança, as pautas referentes às mulheres sempre serão uma escolha trágica por essência, por esse motivo, essencial reiterar que esse quadro apenas mudará se houver uma participação popular efetiva para acompanhar todo o processo orçamentário, da sua elaboração até a execução, devendo todos da sociedade pressionar os governantes sempre que algum direito estiver sob ameaça.

---

7 Conforme observado anteriormente, o Brasil é signatário de inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos e se propõe a atuar com consonância ao observado nos outros países quanto ao Orçamento Sensível ao Gênero.

## REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo**: a experiência vivida, volume 2. 1949. 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

CÂMARA, Heloisa Fernandes. Queda Democrática/Declínio Democrático e Gênero. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. (Orgs.). **Constitucionalismo Feminista**: Expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Governo gastou apenas R\$5,6 milhões de um total de R\$126,4 milhões previstos com políticas para mulheres**. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/668512-governo-gastou-apenas-r-56-milhoes-de-um-total-de-r-1264-milhoes-previstos-com-politicas-para-mulheres/> Acessado em Abril de 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DOWNES, Ronnie; VON TRAPP, Lisa; NICOL, Sherie. Gender Budgeting in OECD Countries. **OECD Journal on Budgeting**. Vol. 2016/3. 2017. Disponível em: [www.oecd.org/gender/Gender-Budgeting-in-OECD-countries.pdf](http://www.oecd.org/gender/Gender-Budgeting-in-OECD-countries.pdf)

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência Doméstica Durante a Pandemia de Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf> Acessado em Abril de 2022.

GOVERNO FEDERAL. **A Mulher no Orçamento 2021**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/orcamento/publicacoes-sobre-orcamento/arquivos/RelatorioAMulhernoOrcamento2021OrcamentoMulher2021LDO.pdf> Acessado em Março de 2022.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos**: Por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONOMICOS (INESC). **Nota técnica**: análise do orçamento das políticas públicas para as mulheres – 2019 a 2021. 2022. Disponível em: [https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2022/03/8-de-Marco\\_Orcamento.docx.pdf](https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2022/03/8-de-Marco_Orcamento.docx.pdf) Acessado em Abril de 2022.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

\_\_\_\_\_. **Direitos Sociais em tempos de crise econômica**. 2 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. Malheiros Editores, 2017.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Revista Educação & Realidade**. V. 15, n.2, jul./dez. 1990.

STJ. **Relator determina que Ministério da Saúde complete valor de remédio milionário para tratamento de bebê com doença rara**. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/06102020-Relator-determina-que-Ministerio-da-Saude-complete-valor-de-remedio-milionario-para-tratamento-de-bebe-com.aspx> Acessado em Abril 2022.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos Direitos da Mulher**. 1792. 1.ed. São Paulo: Boitempo.



# NEM O ÚNICO NEM O MELHOR: A CRÍTICA POSITIVISTA AO ABSOLUTISMO MORAL NEOCONSTITUCIONALISTA

## **PEDRO ANDRÉ GUIMARÃES PIRES**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Possui, ainda, Certificat d'études politiques pelo Institut d'Études Politiques de Lyon (Sciences Po Lyon). Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e Processual Civil do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). Professor de Direito e Arte da Faculdade de Direito 8 de Julho.

### **Resumo:**

O neoconstitucionalismo se constitui como um modelo normativo e uma teoria do direito que pretende superar a insuficiência teórica do positivismo legalista, por meio da impregnação do direito pela moral. Contudo, em que pese sua ampla difusão na teoria e na práxis constitucionais, apresenta-se como contraponto uma crítica metaética formulada pelo positivismo contemporâneo, que denuncia nele um objetivismo moral que entende como verdades universais juízos que, em verdade, não se desvinculam na mera opinião pessoal do julgador. Essa crítica permite concluir que o neoconstitucionalismo não é o único modelo de constitucionalismo contemporâneo possível, e que ele pode mesmo possibilitar a adoção de um absolutismo moral antidemocrático. Palavras-chave: neoconstitucionalismo, objetivismo moral, relativismo moral, princípios, garantismo.

“Não há nada de mais perigoso e moralmente insuportável do que a arrogância e a presunção de quem entende ser a boca da lei ou da verdade.” (FERRAJOLI, 2012b, p. 254)

## INTRODUÇÃO

“Neoconstitucionalismo” é o nome consagrado pela doutrina jurídica para definir, de forma ampla, o modelo normativo e a teoria do direito (FONTES, 2018) adotadas, inicialmente, pelas jurisdições constitucionais europeias com a reconstitucionalização dessas nações após a Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2005). O termo, criado por jusfilósofos italianos como Paolo Comanducci e Susanna Pozzolo, já demonstra sua pretensão de se autoproclamar o paradigma do constitucionalismo pós-bélico, por meio do qual se resolvem e se superam as insuficiências do positivismo legalista, que as atrocidades da guerra deixaram tão evidentes: com efeito, *neoconstitucionalismo* significa o *novo* constitucionalismo, o único, necessariamente identificado com a tese antipositivista de conexão entre direito e moral (FERRAJOLI, 2012a, p. 16-17). Essa pretensão, de considerar essa concepção do constitucionalismo como a única capaz de superar o déficit de justiça revelado pelo desmoronamento dos regimes totalitários europeus, não é, de maneira alguma, uma pretensão velada, mas explícita: Luís Roberto Barroso, um dos capitães do neoconstitucionalismo no Brasil, chega mesmo a considerar esse dito paradigma “o começo da história” do direito constitucional (BARROSO, BARCELLOS, 2003).

Contudo, em que pese a autoproclamação desse modelo de constitucionalismo marcadamente antipositivista como o único possível, esta não é uma constatação unânime. É possível, por meio da análise crítica dos pressupostos morais da epistemologia do neoconstitucionalismo, identificar neles um forte componente objetivista ou cognitivista, que entende os juízos morais como verdades universais externas à razão humana, à cultura ou à tradição (FONTES, 2018). Essa análise pode ser realizada a partir da constatação de que “todo tipo de compreensão do fenômeno jurídico estará manifestando al-

guma adesão a premissas que assumem, na sua composição básica, traços éticos” (FERREIRA NETO, 2015, p. 95-96); ou seja, por meio da metaética.

Se o neoconstitucionalismo admite que a colmatação das lacunas e das antinomias deixadas pelo direito requer a invocação de juízos filiados ao âmbito da moral, o que implica a adoção da chamada tese da conexão (*Verbindungsthese*) entre direito e moral (FERREIRA NETO, 2015; FONTES, 2018), quais são as premissas éticas que o levam a concluir por essa possibilidade? Por outro lado, se as correntes críticas a essa epistemologia neoconstitucionalista argumentam que entre moral e direito existe uma separação (*Trennungsthese*) (FERREIRA NETO, 2015; FONTES, 2018; FERRAJOLI, 2012a; GARCÍA AMADO, 2012), como elas compreendem os juízos morais e a questão de sua (in)aplicabilidade no âmbito jurídico? Há verdades morais universais racionalmente deduzíveis e aplicáveis normativamente? Ou os juízos morais são indissociáveis da consciência subjetiva e não é possível deduzir deles qualquer conteúdo juridicamente aplicável?

Essas são questões que só podem ser respondidas por meio da metaética, que, diferentemente da ética normativa e da ética aplicada, tem como seu objeto de análise o próprio conhecimento ético e os fenômenos dele decorrentes. Pode ser considerada, então, uma verdadeira epistemologia da moral (FERREIRA NETO, 2015, p. 15-21). É por meio desse referencial, então, que apresentaremos a crítica metaética ao neoconstitucionalismo formulada por Paulo Gustavo Guedes Fontes (2018), que identifica nele um forte componente objetivista: a assunção de que existem verdades morais universais que, no entanto, em última análise, não se dissociam da consciência subjetiva do julgador.

Essa constatação, de que o neoconstitucionalismo tem como pressuposto um ilusório componente de objetivismo moral, é premissa para críticas propriamente jurídicas ao modelo, formuladas pelo positivismo jurídico contemporâneo, pós-bélico, que não vê na tese da conexão (*Verbindungsthese*) qualquer fundamentação racional válida, identificando seu fundamento em uma simplória petição de princípio (GARCÍA AMADO, 2014), e que denuncia, no objetivismo

moral do neoconstitucionalismo, uma perigosa abertura para um decisionismo voluntarista que, em nome da efetivação da normatividade da constituição, atentam contra garantias constitucionais (FERRAJOLI, 2012a).

Em conclusão, demonstraremos que as correntes positivistas contemporâneas, em especial o constitucionalismo garantista, oferecem refutações às premissas eminentemente morais deste modelo. Reprisando o pensamento de Juan Antônio García Amado e de Luigi Ferrajoli acerca do tema, demonstraremos como o positivismo jurídico denuncia o aspecto pretensa porém falsamente objetivo conferido aos valores morais pela epistemologia neoconstitucionalista, a utilização desenfreada e, no mais das vezes, deficientemente fundamentada, de princípios, positivados ou criados *ad hoc* pelo julgador, e o dano à autonomia do direito causado pela onipresente técnica da ponderação (FERRAJOLI, 2012a, 2012b; FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012).

Com esse diálogo entre a metaética e o positivismo contemporâneo, especialmente o constitucionalismo garantista, nosso objetivo é o de demonstrar que, quando se identifica o componente objetivista moral do neoconstitucionalismo, é possível concluir que a assunção de valores morais como normas jurídicas constitucionais abre margem para a adoção de juízos discricionários e arbitrários, pois a ideia de que esses valores são universais e externos à vontade do julgador é ilusória e racionalmente injustificável. Por isso, a crítica metaética constitui um importante influxo no debate constitucional, demonstrando que o neoconstitucionalismo *não* é o único constitucionalismo possível nem é capaz de superar a arbitrariedade do positivismo legalista.

Em suma, a conclusão a que se chega por meio da crítica metaética é a de que o neoconstitucionalismo é incapaz de garantir a efetividade do estado democrático de direito — e pode mesmo contribuir com sua derrocada.

## **1 NEOCONSTITUCIONALISMO E OBJETIVISMO MORAL**

Um caminho teórico para compreender o potencial arbitrário, autoritário e, portanto, antidemocrático do neoconstitucionalismo é aquele oferecido pela abordagem metaética. Essa “parte” do estudo da ética (FONTES, 2018, p. 15) permite identificar nesse modelo normativo de constitucionalismo um componente objetivista que evidencia sua compreensão dos valores enquanto verdades morais universais, aplicáveis diretamente a casos concretos como normas jurídicas — concepção que constitui o centro do alvo das críticas aqui apresentadas.

Para delinear o caminho argumentativo que leva da identificação desse componente objetivista até as críticas formuladas pelo garantismo e pela hermenêutica, faremos uma breve apresentação dos dois grandes grupos de correntes (FONTES, 2018, p. 20) ou tradições (FERREIRA NETO, 2015, p. 141-150) metaéticas, de acordo com sua conclusão pela (im)possibilidade de justificação racional de verdades morais universais (1.1). Em seguida, exporemos a identificação do componente objetivista moral do neoconstitucionalismo (1.2), para demonstrar, por meio das críticas metaéticas ao modelo, que essa concepção resulta em uma jurisdição potencialmente arbitrária, autoritária e antidemocrática (2).

### **1.1 Metaética, Objetivismo E Relativismo**

Diferentemente da ética normativa, a metaética não tem como objetivo a análise “dos ideais de vida, das virtudes, proibições e obrigações morais” (FONTES, 2018, p. 15), mas do próprio conhecimento ético: sua possibilidade, a existência de verdades morais, a universalidade ou a relatividade de seus postulados (p. 16). Seu objeto, então, é o “conjunto de questionamentos prévios (...) que devem ser respondidos para se entender como as perguntas éticas materiais podem ser respondidas a partir da perspectiva adotada pelas mais variadas tradições morais” (FERREIRA NETO, 2015, p. 23). Cada uma dessas tradições parte de pressupostos que baseiam sua noção da realidade moral, os quais, por sua

vez, fundamentam a adoção de “juízos de certo e errado com pretensão de definitividade”. Esses juízos (comumente chamados *first order questions*, ou questões de primeira ordem) não são o objeto da metaética; ela trata, antes, das questões precedentes a eles, daqueles pressupostos que os fundamentam (as *second order questions*, ou questões de segunda ordem) (FONTES, 2018, p. 18-19). É dizer, então, que, se a ética normativa cuida da deontologia da moral, baseada em diferentes premissas a depender da corrente ou tradição, a metaética é a *epistemologia* que se debruça sobre essas premissas (FONTES, 2018, p. 19).

Para os fins deste trabalho, podemos sintetizar o grande ponto controvertido da metaética na seguinte pergunta: existem verdades morais objetivas? (FONTES, 2018, p. 20). Responder a essa pergunta é, em outras palavras, identificar a (im)possibilidade de promover um juízo de verdade ou falsidade acerca de valores morais, da mesma forma que fazemos com fatos objetivos. Essa grande controvérsia é o que Michael Smith chama de *the moral problem*, “the central organizing problem in contemporary meta-ethics” (1994, p. 11).

Quanto ao modo de abordar o *moral problem*, então, podemos agrupar as diferentes correntes ou tradições metaéticas em dois grandes grupos, com base em seus denominadores comuns. De um lado, o cognitivismo ou objetivismo moral (FONTES, p. 20, 39) admite que os postulados morais se referem a algo contido na realidade, de modo que possuem um significado comunicável objetivamente, da mesma forma que os fatos (FERREIRA NETO, 2015, p. 141). É mesmo possível dizer que, para os objetivistas, existem “fatos morais” que podem ser racionalmente, cognitivamente, deduzidos da realidade, o que implica dizer que os juízos morais podem ser objetivamente identificados como certos ou errados, ou verdadeiros ou falsos — a literatura de língua inglesa diz que são *truth-apt* (FONTES, 2018, p. 19; MILLER, 2013, p. 32). Do lado oposto, o não-cognitivismo ou relativismo moral (FONTES, 2018, p. 20) acredita que, no campo da ação humana, não faz sentido presumir a existência de fatos ou verdades morais, pois juízos de valor estão adstritos a estados psicológicos subjetivos, não cognitivos (FERREIRA NETO, 2015, p. 143; MILLER, 2013, p. 33). Essa

pressuposição implica uma cisão epistemológica entre juízos de valor e juízos de fato (FONTES, 2018, p. 21): estes, por se referirem à realidade objetiva, podem ser cognitivamente deduzidos como verdadeiros ou falsos, enquanto aqueles, por serem adstritos a uma subjetividade não cognitiva, não podem ser racionalmente deduzidos da realidade dos fatos (FERREIRA NETO, 2015, p. 143).

Embora a questão das verdades morais fosse posta desde os tempos do ceticismo de Pirro de Eleia (FONTES, 2018, p. 23), passando pelas constatações relativistas de Montaigne acerca dos indígenas canibais brasileiros da época da *France Antartique* (1965, p. 302-317), é com David Hume que a metaética adquire um vocabulário que até hoje é empregado para discutir suas questões (FONTES, 2018, p. 27). Sua refutação do objetivismo moral fornece conceitos úteis para a delimitação e a compreensão do *moral problem*. Para defender uma posição relativista acerca da existência de verdades morais objetivas, Hume explica que, para responder a esse problema, é necessário, antes, compreender a distinção entre *crenças* e *desejos*. Uma crença seria uma representação cognitiva da realidade: o sujeito cognoscente crê em algo porque, em sua mente, aquela crença é o que representa a realidade, o mundo dos fatos (FERREIRA NETO, 2015, p. 99). Desejos, por sua vez, são um estado psicológico por meio do qual o sujeito representa o modo como a realidade *deveria ser* (SMITH, 1994, p. 7).

Arrematando esses conceitos, Arthur Ferreira Neto conclui que uma crença “será, em parte, uma resposta do mundo ao sujeito que o vivencia, enquanto que um desejo é uma manifestação e uma tentativa de intervenção do sujeito no mundo do qual participa” (2015, p. 99). Assim, como os desejos não são uma representação da realidade, mas de um *dever-ser* que o sujeito atribui à realidade, eles não são *truth-apt* — não podem ser definidos em termos de veracidade ou falsidade. (SMITH, 1994, p. 7). Em outras palavras, desejos não podem ser explicados racionalmente, pois “[r]eason is the discovery of truth or falshood” (HUME, 1960, p. 458). Partindo desses conceitos, então, Hume, adotando uma concepção marcadamente não-cognitivista, conclui que os postulados morais não podem ser explicados pela

razão, pois, não sendo representações da realidade, estão, em última análise, adstritos ao campo do sentimento (1983, p. 84-85).

Essa constatação leva a uma conclusão que se tornou chave para a crítica metaética do neoconstitucionalismo: a de que, pela especificidade epistêmica dos juízos de valor —ultimamente fundados em desejos adstritos a uma subjetividade não cognitiva— em relação aos juízos de fato — fundados em crenças cognitivamente deduzíveis da realidade —, existe um *intervalo lógico* entre o *ser* fático e o *dever-ser* moral, que não pode ser diretamente transposto; em outras palavras, a chamada “dicotomia fato-valor” implica dizer que o *dever-ser* não pode ser uma decorrência lógica do *ser* (FONTES, 2018, p. 28). É com fundamento nessa conclusão que Hume centra sua crítica não-cognitivista ao objetivismo moral. Identificando que todo sistema moral, em vez de usar a forma usual das proposições, centradas em um “é” (“is”) ou um “não é” (“is not”), está sempre conectado a um “deveria” (“ought”) ou um “não deveria” (“ought not”), o que considera “inconcebível”, denuncia essa prática e demonstra a consequência de sua identificação:

But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and am persuaded, that this small attention wou'd subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceiv'd by reason. (HUME, 1960, p. 469-470)

A conclusão de que o *dever-ser* não pode ser deduzido logicamente do *ser* ficou conhecida na literatura como “*is-ought question*”, e foi adotada pelo pensamento crítico ao objetivismo moral sob o epíteto de “lei de Hume” (FONTES, 2018, p. 28). Estes conceitos são a chave para identificar, por meio da metaética, o componente objetivista do neoconstitucionalismo. Essa identificação, que apresentaremos em seguir, é o fio condutor das críticas a ele formuladas tanto pelo constitucionalismo positivista quanto pela hermenêutica, discutidas no item 3, que convergem em importantes conclusões.



## 1.2 O Componente Objetivista do Neoconstitucionalismo

Ainda que sem a pretensão de elaborar um retrato detalhado do neoconstitucionalismo em todas as suas características, é necessário, para identificar sua aproximação com o objetivismo moral e apresentar as críticas formuladas à luz dessa identificação, traçar algumas características desse modelo normativo/teoria de direito particularmente úteis a nossa análise. O neoconstitucionalismo, na forma como se manifesta no Brasil, pressupõe conceitos jurídicos importados da teoria e da prática jurídicas produzidas na Europa e nos Estados Unidos (BARROSO, 2005, p. 18-24), entre os quais podemos mencionar, por sua particular utilidade para a crítica metaética, (i) a diferenciação estrutural entre regras e princípios e a técnica da ponderação e (ii) a tese da conexão (*Verbindungsthese*) entre direito e moral (FONTES, 2018, p. 87). Por meio da operação desses conceitos, o neoconstitucionalismo vaticina a superação do positivismo legalista pré-bélico, e vaticina o nascimento de uma “nova hermenêutica constitucional” que representaria “o começo da história” para o constitucionalismo — tudo o que veio antes seria “pré-história constitucional” (BARROSO, BARCELLOS, 2003).

Essa presunção — tanto no sentido de pressuposição quanto no de característica de alguém presunçoso — já faz entrever o componente objetivista do neoconstitucionalismo, por se presumir capaz de revelar uma “ordem objetiva de valores” (BARROSO, 2005, p. 19). Quando analisamos as características mencionadas linhas acima sob a lente da metaética, no entanto, podemos identificar esse componente de forma mais precisa.

A primeira delas é a distinção forte, estrutural ou qualitativa entre regras e princípios, que se tornou um elemento central da dogmática neoconstitucionalista. Nessa perspectiva, tanto regras como princípios são compreendidos como dotados de normatividade, sendo, portanto, espécies ou categorias distintas do gênero norma. Essa “mudança de paradigma”, que, no Brasil, decorreu da conjugação de teorias pós-positivistas estrangeiras, especialmente as formuladas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, passou a dominar a teoria do

direito e ser considerada o “conhecimento convencional na matéria” (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 148) — ou, como prefere Lenio Streck (2014), apropriando-se do conceito formulado por Luís Alberto Warat (1982), o “senso comum teórico” da dogmática jurídica nacional.

Sem pretensão de reprisar de forma exaustiva a discussão, travada à saciedade no meio acadêmico, sobre a distinção estrutural entre regras e princípios, vale destacar conceitos úteis para a identificação do componente objetivista do neoconstitucionalismo. Para Ronald Dworkin (2013), essa distinção é de ordem lógica. Regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing*): se ocorrem os fatos estipulados por ela em um caso concreto, a regra é válida e se aplica, mediante subsunção. Princípios, por sua vez, formulam uma razão que guiam o intérprete em uma direção, mas não trazem, como as regras, a hipótese de fato específica a que se aplicam. Por essa natureza, havendo outros princípios que, num caso concreto, apontem em direção diversa, aquele que tiver mais peso nesse caso prevalecerá, sem que os demais deixem de existir. Assim, o que Dworkin quer dizer quando afirma que um princípio é considerado parte do direito “is that the principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one direction or another” (2013).

Robert Alexy reforça a ideia de distinção forte entre regras e princípios, argumentando que, entre essas espécies de normas não existe gradação: “[t]oda norma es o bien uma regla o un principio” (ALEXY, 2012, p. 68). O ponto decisivo dessa diferenciação, então, seria o fato de que, enquanto os princípios normas que apenas podem ser ou não cumpridas, os princípios são considerados mandados de otimização, normas que podem ser cumpridas em diferentes graus, a depender das condições de fato e de direito do caso concreto (p. 68). Para esclarecer, Alexy argumenta que a distinção regra-princípio pode ser melhor compreendida nos casos de colisão: enquanto as regras, por sua natureza “tudo-ou-nada”, operam na dimensão da validade — pois apenas uma das regras colidentes pode ser válida para o caso —, os princípios, por serem sempre válidos, operam na

dimensão do peso. Nesses casos, o intérprete deverá proceder a um juízo de ponderação, por meio de uma “complexa racionalidade” (DALLA BARBA, 2018, p. 73) baseada no princípio ou na máxima da proporcionalidade, com seus subprincípios ou submáximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2012, p. 91-95).

Por meio dessa primeira característica, da distinção estrutural ou qualitativa forte entre regras e princípios, o neoconstitucionalismo abre espaço em sua teoria para a impregnação do direito por valores de ordem moral, superando a tese da separação (*Trennungsthese*) defendida pelo positivismo legalista. Essa segunda característica marca a pretensão neoconstitucionalista de constituir não apenas um modelo normativo, mas uma teoria concernente ao próprio conceito de direito (FONTES, 2018, p. 104). Por meio dessa concepção, o neoconstitucionalismo passa a entender a Constituição como “um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 148).

Dworkin é explícito ao argumentar que “[t]he Constitution fuses legal and moral issues, by making the validity of a law depend on the answer to complex moral problems, like the problem of whether a particular statute respects the inherent equality of all men” (2013). Assim, a moral desempenharia um papel importante na própria validade do direito. Isso é elaborado por Alexy, que se apropria da concepção positivista moderada, defendida por H. L. A. Hart (2007, p. 155), de que o direito possui uma textura aberta, para afirmar que, por isso, é “imposible que exista una aplicación no-arbitraria y justificada del derecho que no incluya algún tipo de razonamiento moral” (ALEXY, 2008, p. 76). A essa necessária conexão entre direito e moral, que se dá no âmbito da própria validade do direito, Alexy chama “argumento da injustiça” (ALEXY, 2003, p. 40). O argumento se funda sobre a célebre “fórmula de Radbruch”, que o alemão sintetiza da seguinte forma: “La injusticia extrema no es derecho” (ALEXY, 2008, p. 75).

Essa assunção de que a moral e o direito estão inevitavelmente conectados e que a validade deste depende de sua compatibilidade com aquela leva Alexy a formular o argumento segundo o qual o direito tem como uma de suas propriedades essenciais uma intrínseca pretensão de correção (ALEXY, 2008, p. 44). É dizer: todo sistema normativo, para ser jurídico, deve se pretender moralmente correto: nenhuma norma ou decisão jurídica pode ser, ao mesmo tempo, válida e injusta (2003, p. 36), pois, se assim o forem, incorrerão em uma contradição performativa (2008, p. 65). Seria um exemplo de contradição desse tipo uma norma constitucional que dispusesse que “X is a sovereign, federal and unjust republic” (2003, p. 35), pois a asserção explícita — X é uma república injusta — é contraditória com a implícita — toda norma jurídica se pretende correta e, portanto, justa (2008, p. 65).

Essas duas características do neoconstitucionalismo — a distinção estrutural entre regras e princípios e a tese da conexão entre direito e moral —, importadas principalmente de Dworkin e Alexy, revelam seu componente de objetivismo moral (FONTES, 2008, p. 110).

Ao conferir normatividade aos princípios, enfatizando seu caráter deontológico, Alexy os diferencia dos valores apenas pelo caráter meramente axiológico destes, mas que “es perfectamente posible partir, en la argumentación jurídica, del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios” (ALEXY, 2012, p. 125-126). Mais adiante na mesma Teoria dos Direitos Fundamentais, o autor, reconhecendo essa distinção fraca, chega mesmo a admitir que “los principios y los valores son lo mismo” (p. 497). Argumentar que princípios são normas jurídicas e que valores e princípios são conceitos, se não idênticos, ao menos intercambiáveis por meio do discurso implica dizer que é possível justificar racionalmente valores morais — coisa que o próprio Alexy reconhece:

La discusión ética actual, influenciada metodológicamente sobre todo por la lógica moderna, la filosofía del lenguaje, la teoría de la argumentación, de la decisión y del conocimiento, y en lo que se refiere a su contenido, orientada fuertemente por

las ideas de Kant, ha mostrado que certamente no es posible enunciar teorías morales materiales que den una única respuesta, con certeza intersubjetivamente concluyente, a cada pregunta moral pero, que sí es posible enunciar teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o de la decisión práctica racional. Una versión especialmente promissora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional. (ALEXY, 2012, p. 487)

Embora Alexy diga que não existe nenhum motivo para contrapor objetivismo e relativismo quanto à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos morais (2012, p. 487), sua conclusão, positiva, constitui a fundamental premissa do cognitivismo ou objetivismo moral, como demonstrado por Paulo Gustavo Guedes Fontes (2018, p. 111-112). Com sua concepção procedimentalista, Alexy não chega, no entanto, ao ponto de admitir uma única resposta objetivamente correta.

Nesse sentido, Dworkin vai mais além, ao admitir, com base nas premissas pós-positivistas já discutidas, que é possível identificar, mesmo nos hard cases, uma única resposta correta (one right answer) (2013). Para refutar os argumentos contrários à tese, o autor justifica que essa resposta pode decorrer da profundidade com que está arraigada em hábitos de pensamento comuns, independentemente do nível de ceticismo dos agentes (2013). E formula a seguinte tautologia: “The ‘myth’ that there is one right answer in a hard case is both recalcitrant and successful. Its recalcitrance and success count as arguments that it is no myth” (2013). Assim, considerando a “fusão” entre direito e moral e a possibilidade de uma resposta objetivamente correta no direito (que é moral), as proposições de Dworkin também se aproximam do objetivismo moral, embora o autor rejeite essa rotulação (FONTES, 2018, p. 119).

O pensamento dos “principais expoentes” do neoconstitucionalismo (FERRAJOLI, 2012a, p. 20) teria em comum a negação de seu componente objetivista, não fosse o posicionamento explícito

de Manuel Atienza (FONTES, 2018, p. 113). Para o espanhol, o objetivismo moral “constituye, en mi opinión, un requisito necesario para dar sentido al Derecho y a nuestro trabajo como juristas” (ATIENZA, 2013). Embora não chegue a defender a existência de fatos morais objetivos, argumenta que os enunciados descritivos sobre os juízos morais pressupõem uma pretensão de verdade, de modo que, por meio de uma argumentação racional, esses enunciados podem ser qualificados como verdadeiros ou falsos (2013). Assim, assume uma postura próxima à de Alexy, que admite encontrar verdades morais pelo procedimento argumentativo, mas o faz de forma explicitamente objetivista — e, ao fazê-lo, diz não estar sozinho nessa posição, mas acompanhado de Dworkin e do chamado “constitucionalismo pós-positivista” (o próprio neoconstitucionalismo) (ATIENZA, 2013).

## **2 AS CRÍTICAS POSITIVISTAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO SOB O ENFOQUE DA METAÉTICA**

Compreendidos os principais conceitos da metaética e como eles podem ser empregados para promover uma análise que revela o componente objetivista do neoconstitucionalismo, podemos, adotando essa conclusão como premissa, identificar nas objeções oferecidas a esse modelo pelo positivismo um componente metaético que denuncia sua abertura para um decisionismo de cunho arbitrário e antidemocrático. A crítica positivista contemporânea refuta o argumento de justiça de Alexy, identificando a ideia de pretensão de correção do direito como uma petição de princípio teoricamente elaborada (GARCÍA AMADO, 2014) (2.1), e demonstra que o objetivismo neoconstitucionalista permite a adoção de um absolutismo moral que atenta contra a autonomia do direito e o próprio estado democrático de direito, denunciando o sequestro retórico do termo “constitucionalismo” e propondo uma revisão nessa terminologia (FERRAJOLI, 2012a) (2.2).

Sem a pretensão de esgotar — dada a dimensão e o escopo do presente trabalho — o panorama de críticas formuladas pelos teóricos

positivistas contemporâneos ao neoconstitucionalismo e às ideias que o embasam, selecionamos as posições adotadas por Juan Antônio García Amado (2012) e Luigi Ferrajoli (2012a, 2012b) como uma contundente amostra do posicionamento geral do positivismo no assunto. A opção pela apresentação das críticas desses autores se deu por dois motivos. Primeiro, porque são objeções que veem o neoconstitucionalismo sob a lente da metaética, através da qual identificam nele o componente objetivista que discutimos anteriormente. Segundo, porque, a partir dessa identificação, denunciam o risco de, por meio do modelo normativo e da teoria de direito neoconstitucionalistas, abrir as porteiças para um antidemocrático arbítrio judicial.

## **2.1 A Pretensão De Correção como Petição de Princípio: a Crítica de García Amado**

García Amado (2012), se utilizando da argumentação jurídica tão cara ao pós-positivismo procedimentalista, denuncia na teoria do direito proposta por Alexy falhas argumentativas que invalidam a universalização de suas conclusões. Como já discutimos no item 1.2 acima, para Alexy, todo sistema normativo que se pretenda jurídico pressupõe uma pretensão de correção ou de verdade [*Richtigkeit*] de suas normas e decisões — o argumento da justiça — o que implica dizer que há uma conexão necessária e inevitável entre direito e moral (ALEXY, 2003, 2008, 2012). García Amado se opõe a essa constatação, argumentando que não é porque o positivismo concebe o direito como autônomo em relação à moral que argumente pela irrelevância da moral para o direito.

Pelo contrário, para o espanhol, nos casos em que o direito positivo não oferece uma resposta clara para o problema apresentado (o que Dworkin chama de *hard cases* [2013]), o juiz, em razão de seu dever de motivação, pode buscar a solução “na moral, na justiça, no interesse geral etc.” (GARCÍA AMADO, 2012, p. 60). Assim, se um juiz adota, para decidir, um fundamento de pretensão de correção moral, essa pretensão não se transforma em uma pretensão de correção jurídica (p. 60-61). E faz uma curiosa analogia: “Se meu carro deixa

de funcionar e eu tenho que empurrá-lo para aproximá-lo do acostamento, eu não passo a fazer parte do carro, ainda que para o seu deslocamento tenham sido decisivas tanto suas rodas quanto a força que eu lhe apliquei ao empurrá-lo” (p. 61).

O autor se volta ainda contra a estrutura lógica da tese da conexão (*Verbindungsthese*) entre moral e direito na forma proposta por Alexy. García Amado argumenta que, ainda que se assuma a existência de uma moral objetivamente verdadeira e racionalmente deduzível para cada caso, e o juiz se oriente por ela para decidir um caso para o qual o direito positivo não dê uma resposta clara, nada nessa situação pode ser considerado uma prova de que essas razões morais são, ao mesmo tempo, jurídicas. Na verdade, a conclusão de que os juízos morais empregados pelo juiz são jurídicos decorreria, em verdade, de uma decisão prévia nesse sentido, “de modo que a presença de razões morais no raciocínio do juiz não é uma prova da união conceitual entre direito e moral, mas sim uma *consequência* de uma prévia suposição” (GARCÍA AMADO, 2012, p. 61).

Há outra implicação importante dessa constatação, especificamente sobre a ideia de contradição performativa. Como já discutimos anteriormente (1.2), Alexy, com base na fórmula de Radbruch, argumenta que uma norma ou uma decisão jurídicas extremamente injustas não são direito, e, portanto, a norma ou a decisão que não atendem a sua pretensão de correção incorrem em uma contradição performativa (ALEXY, 2008). García Amado refuta essa argumentação, denunciando que a ideia da contradição performativa, para fazer sentido, depende da concordância do intérprete com a premissa de que o direito não pode ser radicalmente injusto — a própria fórmula de Radbruch:

O juiz que dissesse “a norma N, que se aplica ao caso, é direito e muito injusta, mas por ser direito a aplico”, só cairia em contradição se empregasse um conceito de direito segundo o qual a não injustiça radical é condição para que uma norma seja direito. Mas um juiz que trabalha com um conceito de



norma jurídica em que não esteja pressuposta essa condição de não injustiça não cai em nenhuma contradição, nem lógica e nem pragmática, ao aplicar a norma que é direito – conforme outros tipos de condições, de natureza institucional –, mas que é radicalmente injusta. Portanto, somente a partir do axioma de que não é direito a norma injusta se pode acusar o juiz que a aplica de contradição. (GARCÍA AMADO, 2012, p. 64-66)

Por isso, o espanhol refuta a ideia de pretensão de correção do direito como prova da conexão conceitual entre direito e moral; na verdade, é a tese da conexão que fundamenta a tese da pretensão de correção (GARCÍA AMADO, 2012, p. 67). Para esclarecer seu contra-argumento, García Amado faz uma analogia pertinente. Quem considera, como axioma, que uma escultura feia não pode ser uma escultura, cairá em contradição se afirmar que fez uma escultura, e que ela não é bela. No entanto, quem não pressupõe o axioma de que uma escultura, para ser escultura, deve ser bela, não incorrerá em qualquer contradição se afirmar que esculpiu uma escultura feia. E conclui, de forma contundente: “Em outras palavras, o argumento da contradição performativa envolve uma pura e simples petição de princípio” (p. 76).

Essa analogia e a conclusão de que as ideias de contradição performativa, de pretensão de correção e, em última análise, de conexão entre direito e moral não passam de petição de princípio nos levam ao ponto crucial da crítica de García Amado do ponto de vista metaético. Partindo dessa constatação, o autor ressalta que a concepção de que uma obra de arte só pode ser arte se for bela — isto é, se contiver uma pretensão de beleza — pressupõe a existência de uma concepção objetiva de beleza. Se assim não fosse, a conexão necessária entre arte e beleza perderia sua razão de ser, ou desembocaria em um relativismo oposto a suas pretensões (2012, p. 77). O mesmo pode ser dito acerca do direito. Para o jusmoralismo (que, para os fins deste trabalho, se identifica com o próprio neoconstitucionalismo), a tese da conexão caminha lado a lado com uma concepção objetivista

da moral. E esse objetivismo, por aceitar a existência de verdades morais objetivas, justificáveis racionalmente, se pretende único, não admitindo a existência de conclusões em sentido contrário, pois as conceberia necessariamente como contrárias à verdade. Contudo, ainda por meio da analogia com a arte, argumenta:

Se dotarmos a definição de arte de uma relação positiva com a beleza, há, a partir dessa definição e enquanto nos mantivermos em congruência com ela, uma relação conceitual necessária entre obra artística e beleza. Mas tal necessidade de relação conceitual se deve à nossa definição de arte, assim dotada da ideia de beleza, e não a razões ontológicas ou que nos transcendam. Mas também são possíveis definições de “arte” que não contenham essa referência dominante à beleza. (GARCÍA AMADO, 2012, p. 78)

Assim, se analisarmos a teoria neoconstitucionalista, baseada no jusmoralismo objetivista mencionado por García Amado, sob um enfoque relativista, que não admite a existência de verdades morais objetivas, poderíamos concluir que esse modelo torna possível transformar em norma jurídica o simples desejo do intérprete, na concepção formulada por David Hume que já discutimos no item 1.1, que não pode ser deduzido racionalmente da realidade. Em razão disso, García Amado, em claro contraponto metaético às teses neoconstitucionalistas, propõe um modelo diferente de juiz, que separe as obrigações jurídicas que lhe impõe o direito das obrigações morais a que se submete enquanto sujeito individual, e — isso é crucial para a conclusão a que queremos chegar — “que não apresente suas opções morais como ditados do direito” (2012, p. 102-103).

Sobre o potencial autoritário e antidemocrático do modelo normativo e do conceito teórico de direito adotados pelo neoconstitucionalismo, Luigi Ferrajoli será ainda mais assertivo, como veremos a seguir.

## **2.2 Nem O Único Nem o Melhor: A Crítica de Luigi Ferrajoli**

Também com base na ideia de que a pretensão neoconstitucionalista de ser o “novo” constitucionalismo, único modelo capaz de superar as insuficiências do positivismo legalista, está ancorada em uma concepção objetivista da moral, Luigi Ferrajoli denuncia que essa pretensão é equivocada (2012a). Para elaborar esse argumento, Ferrajoli propõe uma revisão terminológica, que evidencia duas conclusões importantes. Primeiro, que existe mais de uma concepção de constitucionalismo, deixando claro que aquela adotada pelo neoconstitucionalismo não pode se atribuir a pretensão de ser a única. E, depois, que, além de não ser a única, em verdade essa concepção sequer é a melhor: sua compreensão objetivista da moral, em vez de promover um fechamento do direito para a arbitrariedade judicial por meio da colmatação de suas lacunas por preceitos da moral, na verdade abre a possibilidade de um voluntarismo decisionista que atenta contra o próprio estado democrático de direito (2012a, 2012b).

A proposta de Ferrajoli para uma revisão do conceito de constitucionalismo, resgatando-o do sequestro retórico do termo que tornou o neoconstitucionalismo parte do senso comum teórico dos juristas, pressupõe que as diferentes concepções do termo se baseiam em um tronco conceitual comum. Essa premissa comum é a de que, por meio da supremacia das normas constitucionais, o termo “constitucionalismo” equivaleria (i) a um sistema jurídico composto de limites e vínculos materiais e formais impostos de forma rígida pelas normas supraordenadas e (ii) uma teoria do direito que atribui à validade das leis não apenas a conformidade a preceitos procedimentais, mas também a coerência com princípios substanciais de justiça, estabelecidos na Constituição (2012a, p. 13).

Contudo, a partir dessa premissa comum seria possível chegar a duas concepções opostas de constitucionalismo: “De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro, como a sua expansão e o seu completamento” (p. 13). A primeira, ressalta Ferrajoli, é aquela adotada pelo neoconstitucionalismo; a se-

gunda, a que efetivamente defende, baseada no positivismo garantista. Identificando essas duas concepções opostas de constitucionalismo, Ferrajoli propõe uma revisão terminológica baseada em termos homogêneos, por meio da qual “constitucionalismo” passa a significar o constitucionalismo rígido adotado pelas democracias atuais, em oposição ao antigo “estado legislativo de direito”, que ou não tinha uma constituição normativa ou tinha uma constituição flexível (p. 17). Assim, constitucionalismo, para Ferrajoli, passa a ser todo modelo ou teoria que adote a premissa comum discutida linhas acima.

Naquilo que diferem a partir da premissa comum, as concepções opostas de constitucionalismo poderiam ser definidas como “constitucionalismo principialista”, de um lado, e “constitucionalismo garantista”, do outro (FERRAJOLI, 2012a, p. 18). O constitucionalismo principialista seria aquele que se identifica com o neoconstitucionalismo, no qual os direitos fundamentais seriam princípios ou valores de ordem moral conceitualmente distintos das regras; estas aplicáveis mediante subsunção e aqueles, mediante ponderação (p. 18). A inclusão desses valores morais na ordem constitucional, tornando-os jurídicos, implica a adoção da tese da conexão entre direito e moral (*Verbindungsthese*) (p. 20), como discutido anteriormente (1.2).

Ferrajoli denuncia no constitucionalismo principialista uma aproximação com o realismo jurídico e com “aquilo que podemos chamar neopandectismo” (p. 21): a identificação, em última análise, do direito com aquilo que dizem os tribunais. É, com efeito, uma conclusão praticamente idêntica àquela a que chega García Amado, quando, por meio da analogia com a arte e a pretensão de beleza, identifica nas teses de Alexy uma simples petição de princípio: se não houver concordância acerca da premissa de que é possível deduzir racionalmente juízos morais objetivamente verdadeiros, o neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo principialista) desembocaria em um relativismo oposto àquilo que ele pretende (GARCÍA AMADO, 2012, p. 77).

Essa conclusão leva Ferrajoli a dizer que essa é uma tese que “certamente, registra a fenomenologia do direito como fato”, ignorando

que ela pode contrastar com o direito como norma. Assim, é uma tese que aproxima, ou mesmo funde, descrição e prescrição, ser e dever-ser, confundindo eficácia com validade e adotando a prática judicial como o próprio fundamento da legitimidade do direito (FERRAJOLI, 2012a, p. 21-22). É, com efeito, uma concepção com nítida inspiração jusnaturalista (p. 22), baseada em um objetivismo moral criticado fortemente pelo positivismo: a dedução do dever-ser constitucional do ser da práxis judicial é marcadamente contrária à chamada lei de Hume, a *is-ought* question posta pelo filósofo escocês (HUME, 1960, p. 469-470) e que permanece até hoje como fundamento das concepções moralmente relativistas. A crítica formulada por Ferrajoli, ecoando a lei de Hume, é também formulada, no mesmo sentido, por Hans Kelsen, embora não mencione Hume explicitamente: “Do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser se não pode seguir que algo é” (KELSEN, 2006, p. 15).

O constitucionalismo garantista, por sua vez, seria aquele que compreende a maioria dos princípios constitucionais como dotados de uma normatividade forte, regulativa, que se comportam como regras porque implicam a existência ou a criação de regras que proíbem a lesão ou obrigam a prestações constituídas como garantias (FERRAJOLI, 2012a, p. 19). Por isso, ele não seria a superação, mas o complemento, o reforço do positivismo jurídico (p. 22): mais que positivar o ser, positiva o dever-ser constitucional em sua dimensão substancial. O direito, no constitucionalismo garantista, passa a regular, além das formas, como no que Ferrajoli chama de “paleo-positivismo”, os conteúdos, por meio da positivação das garantias constitucionais (p. 23).

Nesse sentido, o constitucionalismo garantista, adotando uma posição moralmente relativista, não admite a conexão entre direito e moral — que define como “enésima insidiosa versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético” (p. 27) — nem no plano da teoria do direito nem no da filosofia política. Para Ferrajoli, a autonomia do direito em relação à moral, no plano da teoria jurídica, “é um corolário do princípio da legalidade que impede, para a garantia da submissão

dos juízes somente à lei, a derivação do direito válido do direito (por eles suposto) justo” (p. 25). Já no que diz respeito à filosofia política, a adoção da tese da separação seria um corolário do liberalismo político, que, para garantir as liberdades, impede que o direito seja usado como “instrumento de reforço da (ou de uma determinada) moral” (p. 25-26). Assim, “no primeiro sentido, a separação equivale a um limite ao poder dos juízes e ao seu arbítrio moral; no segundo, entretanto, equivale a um limite ao poder dos legisladores e à sua invasão na vida moral das pessoas” (p. 26)

Por isso, Ferrajoli defende uma concepção de constitucionalismo estritamente positivista baseada em uma crítica marcadamente metaética contra o ilusório objetivismo moral — “contra o cognitivismo ético-judiciário” (p. 32) — adotado pelo neoconstitucionalismo (ou, como prefere, constitucionalismo principialista). Argumenta que a possibilidade de debate racional acerca de juízos morais não faz com que uma conclusão seja mais verdadeira do que outra, ou que a defesa de um princípio como “justo” não implica que ele seja objetivo ou verdadeiro (p. 32) — pelo contrário, a adoção de uma concepção objetivista que admite suas conclusões como verdadeiras descamba para a intolerância: “O último êxito do cognitivismo ético é, portanto, inevitavelmente, o absolutismo moral e, por conseguinte, a intolerância para as opiniões morais divergentes” (FERRAJOLI, 2012a, p. 30) Nesse sentido, partindo dessa crítica metaética, Ferrajoli chega à mesma conclusão a que chegou García Amado: “o fundamento de que, sem um fundamento objetivo para tais princípios, eles não teriam nenhum fundamento (evidentemente objetivo) não é um argumento, mas uma petição de princípio” (p. 32).

Assim, Ferrajoli defende que, uma vez constatada a impossibilidade de identificação de verdades morais absolutas, o juiz deve sempre “ter a consciência do caráter somente provável da verdade factual e apenas discutível da verdade jurídica das teses por ele assumidas como fundamento da sua decisão” (2012b, p. 254). O papel exercido pelo constitucionalismo garantista, então, não seria o de indicar, por meio do reconhecimento da posituação do dever-ser constitucional, a resposta

objetivamente correta, mas de “promover a redução da ventania das soluções incorretas através da redução do arbítrio por meio de adequadas garantias substanciais e processuais” (FERRAJOLI, 2012b, p. 254).

Em suma, para o constitucionalismo garantista, compreender a Constituição sob uma perspectiva moralmente relativista é reconhecer nela um projeto cuja realização, em grande parte, não se completou, “e que é da mais plena concretização, sempre parcial e imperfeita, da sua normatividade que depende o futuro da democracia” (2012a, p. 56).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vimos que o neoconstitucionalismo, trazido para o Brasil por meio de uma constitucionalização tardia, posterior a um longo regime autoritário que durou mais de vinte anos, tornou-se lugar comum na teoria e na práxis jurídicas nacionais. Esse domínio, realizado por meio da difusão ampla de teorias estrangeiras como as de Ronald Dworkin e Robert Alexy, é reconhecido tanto pelos partidários desse modelo, como Luís Roberto Barroso, como por seus críticos, como Luigi Ferrajoli.

A diferença, no entanto, se dá no enfoque metaético. Para o neoconstitucionalismo, adotando uma concepção objetivista que presume a identificação, pelos intérpretes (na prática, os juízes), de juízos morais objetivamente verdadeiros que podem e devem ser aplicados como normas jurídicas, seu modelo normativo e sua teoria do direito são os únicos válidos. Se há verdades morais, essas verdades têm valor jurídico vinculante, e só podem ser encontradas por meio da epistemologia e da metodologia neoconstitucionalistas, então o neoconstitucionalismo não admite discordâncias. Ao admitir, então, que cabe à jurisdição constitucional “encontrar” esses juízos morais objetivamente verdadeiros, confere aos juízes o poder absoluto de dizer o direito sem que possam ser contrariados.

Acontece que, se se adota uma perspectiva metaética crítica ao que Luigi Ferrajoli chamou “cognitivismo ético-judiciário”, identifi-

cando no neoconstitucionalismo seu componente objetivista, como fez Paulo Gustavo Guedes Fontes, e partindo de premissas relativistas, é possível demonstrar que a epistemologia neoconstitucionalista está baseada em premissas falaciosas e argumentos circulares, como fez Juan Antônio García Amado. Assim, para promover o raciocínio jurídico que recusa a reprodução acrítica de teses e teorias, a consideração de posições contrárias, como a da crítica metaética que o positivismo formula ao neoconstitucionalismo, possui importância fundamental.

Por meio dela, torna-se possível argumentar que esse modelo de constitucionalismo admite como verdades absolutas conclusões que, em última análise, não passam de expressões da subjetividade do intérprete, que aplica como normas universais juízos morais baseados em desejos, atribuindo deontologia a valores cuja validade normativa não pode ser objetivamente deduzida pela razão. E isso, como bem denunciado por Ferrajoli, pode abrir as portas para a adoção de um direito que se funda conceitualmente em uma concepção da moral que, na prática, permite que os juízes adotem como razão de decidir opiniões morais epistemicamente dissociadas da realidade. E isso abre margem para a adoção de um absolutismo moral judicial que, não tendo como alicerce qualquer juízo verdadeiramente objetivo, pode mesmo solapar garantias constitucionais ao arbítrio da moralidade subjetiva do juiz.

Por isso é importante identificar, por meio da crítica metaética, que o neoconstitucionalismo, por seu componente marcadamente objetivista, não pode ser considerado o único modelo possível de constitucionalismo contemporâneo, como pretende ser, nem que as teses por ele adotadas são as únicas capazes de garantir a efetividade das garantias constitucionais. Se se adota um ponto de vista moralmente relativista, as conclusões são completamente opostas, como se viu neste trabalho: o neoconstitucionalismo não é a concepção de constitucionalismo objetivamente verdadeira e capaz de garantir a efetividade dos direitos fundamentais frente ao arbítrio.

Na verdade, com base no que se discutiu anteriormente, é possível concluir que o neoconstitucionalismo, como modelo de constitucionalismo, não pode ser considerado nem o único nem o melhor.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madri: Marcial Pons, 2018.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2012.

\_\_\_\_\_. **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ATIENZA, Manuel. Justicia constitucional y escepticismo moral. *In: Podemos hacer más: Outra forma de pensar el Derecho*. Madri: Pasos Perdidos, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas Fronteiras da Argumentação: A Discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

\_\_\_\_\_. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 7. ed. Madri: Editorial Trotta, 2010.

\_\_\_\_\_. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. *In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

GARCÍA AMADO, Juan Antônio. Sobre a ideia de pretensão de correção em Robert Alexy. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 104, p. 53-127, jan./jun. 2012.

HART, H. L. A. **El Concepto de Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007.

HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. Londres: Oxford University Press, 1960.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MILLER, Alexander. **Contemporary Metaethics: an introduction**. Cambridge: Polity Press, 2013.

MONTAIGNE, Michel de. **Essais**: tome I. Paris: Gallimard, 1965.

SMITH, Michael. **The Moral Problem**. Malden: Blackwell Publishing, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

# O MITO E O LÓGOS A BERRANTE: DIFERENCIANDO A PÓS-VERDADE PELA RETÓRICA DO BOLSONARISMO

## **PEDRO ANDRÉ GUIMARÃES PIRES**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Possui, ainda, Certificat d'études politiques pelo Institut d'Études Politiques de Lyon (Sciences Po Lyon). Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e Processual Civil do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). Professor de Direito e Arte da Faculdade de Direito 8 de Julho.

*“O povo foge da ignorância  
Apesar de viver tão perto dela  
E sonham com melhores tempos idos  
Contemplam esta vida numa cela  
(...)”*

***Êh, ô, ô, vida de gado  
Povo marcado  
Êh, povo feliz!”***

— Zé Ramalho, *Admirável Gado Novo*

## **INTRODUÇÃO: PÓS-VERDADE, CRENÇA E PERSUASÃO**

Todo mundo se lembra do “kit gay”, que, segundo o presidente Jair Bolsonaro e seus seguidores, seria distribuído nas escolas para ensinar crianças a fazer sexo e a se tornarem homossexuais. Ou ainda da infame “mamadeira erótica”, eufemismo usado pela imprensa para se referir ao boato que conhecemos por um nome mais, digamos, vulgar. De tão notórias, o fato de essas serem pautas discursivas ativas no debate público já não é capaz de causar perplexidade ao leitor que, bem, vive no Brasil e se comunica com outras pessoas. Não fosse sua

tão ampla difusão, a crença nesses e em muitos outros factoides que se multiplicaram por meio das mídias sociais ao longo da última década provavelmente seriam vistos como achado clínico para psiquiatras: uma maluquice, uma conspiração sem pé nem cabeça provavelmente elaborada por alguém com algum tipo de dissonância cognitiva. Mas, em 2020, a linha que até pouco tempo atrás demarcava claramente o limite entre o coerente e o absurdo parece estar cada vez mais borrada.

Esse estado de confusão no debate político não é uma particularidade do Brasil. Trata-se de um fenômeno global, no qual ideologias são transmitidas por meio de estratégias discursivas que convencem o ouvinte por meio da ressonância com suas emoções e seus desejos, ao passo que inspiram desconfiança em evidências apresentadas por qualquer um que esteja fora da esfera de influência do líder político. Esse fenômeno tão peculiar quanto recente recebeu um nome que expressa sua peculiaridade: *pós-verdade*. No dicionário Oxford, *pós-verdade* é definida como “relativa a ou denotativa de circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência na formação da opinião pública que apelos à emoção e à crença pessoal”<sup>1</sup>. Diante de sua novidade, é natural que haja certa vagueza no conceito ao menos *a priori*, o que nos compele a adotar as estratégias oferecidas por diferentes abordagens científicas para tentar entender os aspectos que o diferenciam de outros fenômenos. Neste ensaio, seguiremos o caminho aberto pela retórica, buscando entender, por meio de suas categorias tradicionais, *como* a *pós-verdade* exerce essa influência das crenças das pessoas; em outras palavras, como ela opera a *persuasão*.

Por *retórica*, costuma-se chamar a “arte” ou “técnica” (*τέχνη*)<sup>2</sup>,

- 1 “[R]elating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief”. Tradução livre.
- 2 Os vocábulos do grego antigo, justamente por serem tão antigos, costumam ter muitos sentidos, de modo que defini-los não é exatamente uma tarefa simples. Sua semântica depende fortemente do contexto e do uso, de modo que definir o sentido em que um termo empregado demanda um enfoque pragmático. Esse enfoque, aliado à polissemia desses termos desde a origem, também dificulta que adotemos traduções unívocas, o que me fez usar a versão original, grega, sempre que necessário. Outro problema é o da transliteração. Há diferentes regras para transliterar os grafemas gregos para o

*téchne*) da persuasão, que ainda hoje se estrutura sobre um sistema identificado ainda na Grécia antiga (REBOUL, 2004, p. XIV). Persuadir é, em outras palavras, fazer alguém adotar uma crença como verdadeira, ainda que não o seja, por meio do discurso, da linguagem, da argumentação. No senso comum, costumamos pensar na adesão voluntária a um argumento como *convencimento*: algo puramente racional, que segue uma estrutura lógica que nos permite identificar a verdade. No entanto, a retórica mostra que, além desse aspecto racional do discurso — *lógos* (λόγος) —, as crenças transmitidas por meio dele seguem também critérios irracionais, inconscientes, relacionados à dimensão emocional — *éthos* (ἦθος) e *páthos* (πάθος) —, bem como se limitam pelas possibilidades do contexto no espaço e no tempo — *kairós* (καιρός). Esses elementos, juntos, compõem o que se convencionou chamar de modos de persuasão.

Usando essas categorias clássicas como referencial, podemos analisar a retórica política da pós-verdade para tentar extrair caracteres particulares que diminuam a vagueza do conceito, definindo-o e diferenciando-o, por exemplo, da simples mentira ou da demagogia. O fenômeno costuma tomar a forma de um novo populismo digital, baseado na construção, por meio das mídias sociais, de uma comunidade que tem como elementos de coesão a simpatia entre um líder carismático e seu povo e a antipatia para com os não membros da comunidade, encarados como “inimigos” (CESARINO, 2019). Essa coesão parece não ser afetada por evidências que contradizem suas crenças, o que torna a noção moderna de verdade científica irrelevante para o sucesso político. Esse esquema é reproduzido de forma homogênea e coordenada no discurso de líderes de países com realidades sociais muito diversas, como Viktor Orbán e seu partido *Fidesz* na Hungria,

---

alfabeto latino. Cada uma delas implica algum nível de arbitrariedade na forma como são representados os grafemas em relação aos fonemas, como nos casos de dígrafos. A complexidade aumenta ainda mais devido às marcantes diferenças entre a fonologia do grego antigo e a do moderno, que também causa divergências de transliteração. Por isso, optei em apresentar a grafia grega (moderna, monotônica, porque mais simples) sempre que um vocábulo seja apresentado.

Matteo Salvini e a *Lege Nord* na Itália, Narendra Modi e a ideologia *Hindutva* na Índia ou Donald Trump e o “movimento” *MAGA*<sup>3</sup> nos EUA, que obtiveram assim seu sucesso eleitoral.

No Brasil, essa política é encarnada pela comunidade construída em torno da figura carismática do presidente Jair Bolsonaro, que ficou conhecida como “bolsonarismo” (CESARINO, 2019). A retórica explosiva de Bolsonaro, reproduzindo as estratégias globais do populismo digital, lhe deu relevância na cobertura midiática: desde 2010, tornou-se presença frequente em programas de humor, que usavam suas declarações polêmicas como recurso humorístico. O absurdo de seu discurso, marcado por ofensas racistas, machistas e LGBT-fóbicas e apologista da ditadura e da violência, no entanto, ressoou com grande parte do eleitorado, que viu coisa séria onde as emissoras viam piada. Assim nasceu o “mito”.

Desde então, Bolsonaro soube explorar a expansão das mídias sociais para fixar sua presença no cenário político de forma independente dos meios de comunicação tradicionais. A estratégia, bem-sucedida, culminou em sua eleição à presidência, após uma campanha em que quase não dispunha de tempo de TV. Eleito, passou a dominar a pauta do debate público também por meio da imprensa tradicional, que passou a não mais poder ignorá-lo, e a virulência e o descompromisso com fatos objetivos de seu discurso lhe deu fama mundial. Tornou-se referência internacional de líder inepto: no seriado mexicano *La casa de las flores* (2020), produzido pelo Netflix, uma personagem, insinuando burrice, pergunta a outra se seu sobrenome é Bolsonaro.

A análise da retórica do bolsonarismo, enquanto encarnação nacional do populismo digital, pode nos fornecer achados importantes para compreender e definir a pós-verdade, percebendo o que a diferença da simples mentira, desinformação ou demagogia. Os modos da retórica clássica — *éthos*, *páthos*, *lógos* e *kairós* — são, nesse sentido, uma bússola que pode nos orientar em meio à complexidade impos-

---

3 De seu *slogan* de campanha, “*Make America Great Again*”.

ta pelo emprego instrumental e pragmático da verdade, revelando que a política baseada nessas estratégias faz da falta de método seu método, construindo uma realidade ilusória e adaptável aos valores, interesses e objetivos de suas lideranças. O primeiro passo para traçar estratégias de defesa da democracia e da ciência em tempos tão revoltos, orientando-nos em meio ao caos aparente, é compreender esse fenômeno, percebendo a razão por trás da fachada de loucura. Lembremos das palavras de Polônio sobre *Hamlet*: “embora seja isto loucura, há nela certo método”<sup>4</sup> (SHAKESPEARE, 2007, p. 683).

## O MITO E O MEDO: ÉTHOS E PÁTHOS

“Bolsonaro tomou até facada por nos. E continua querendo e trabalhando por um Brasil melhor. Ladrão era o Lula que acabou com o Brasil” (PRESTES, 2020). Essa declaração, composta em apenas três frases simples, é o exemplo perfeito da (ir)racionalidade argumentativa da pós-verdade. Primeiro, pelo meio: trata-se de um *tweet*, como são chamadas as mensagens de até 280 caracteres publicadas na rede social Twitter, favorita dos líderes do populismo digital para fazer declarações públicas. Mas também pelo conteúdo: a publicação sintetiza, com invejável concisão, as crenças de base do bolsonarismo — aquilo de que os seguidores do presidente estão convencidos e que formam o alicerce epistêmico de sua ideologia, um alicerce especialmente resistente às evidências em sentido contrário, assentado sobre o terreno da emoção. A análise da retórica empregada no *tweet*, então, pode ajudar a identificar como a política da pós-verdade emprega os modos de persuasão emocional: *éthos* e *páthos*.

O *éthos* (ἠθος) é a qualidade do orador que inspira confiança no auditório. É a percepção do ouvinte sobre o caráter do orador que influencia na persuasão acerca dos argumentos. A etimologia da palavra pode ajudar na delimitação de seu significado. A origem do

---

4 “Though this be madness, yet there is method in’t”. Tradução livre.

vocábulo está na confluência entre dois termos que não se distinguem no grego arcaico: *éthos* (*ἦθος*, com eta) e *éthos* (*ἔθος*, com épsilon). O primeiro, com a grafia que sobreviveu até hoje, tinha a acepção de “caráter”, “forma de pensar”, enquanto o segundo tinha o sentido de “costume” ou “hábito”. É possível, então, identificar o significado consagrado do termo: o caráter moral que resulta do hábito e que o orador faz transparecer ao auditório mesmo antes do seu discurso (LIDDELL; SCOTT, 1996, p. 766; ADEODATO, 2017, p. 26; 2008, p. 61). Não é surpreendente que essa seja também a raiz da palavra ética.

Aristóteles argumentava que, para que o *éthos* cumpra sua função de inspirar confiança, é necessário que o orador atenda a condições mínimas de credibilidade: sensatez (capacidade de aconselhar o auditório de maneira adequada, pertinente, razoável), sinceridade (transparência quanto ao que pensa e ao que sabe) e simpatia (disposição em auxiliar o auditório no que for necessário). Sem que esses constrangimentos sejam atendidos, torna-se ao menos mais difícil a adesão a qualquer argumento (ARISTOTLE, 2007, p. 112; REBOUL, 2004, p. 48).

O *éthos* político na pós-verdade é o *éthos* do populismo digital<sup>5</sup>, estruturado sobre a ideia de carisma (CESARINO, 2019, p. 540-541). Importando o conceito da religião, Max Weber define o carisma como um dos tipos ideais da autoridade, no qual o líder é dotado de uma qualidade sobrenatural, mítica, que o distingue, em essência, das pessoas comuns (1947, p. 358-359). A autoridade do líder carismático é “revelada” por algum fato que seus seguidores percebem como milagroso, e que lhes impõe um dever de devoção e fé (p. 370). Se Weber estivesse entre nós, o caso de Bolsonaro poderia ser usado como exemplo perfeito da revelação do carisma: ainda que seu epíteto de “mito” seja anterior, foi com o atentado que o então candidato à

---

5 Não quero dizer com isso que pós-verdade e populismo digital sejam o mesmo fenômeno, mas guardam entre si uma relação estreita de afinidade, que pode ser descrita pelo que Max Weber chama “afinidade eletiva” (*Wahlverwandschaft*): uma correlação mútua de adequação entre dois fenômenos sociais que os atrai reciprocamente e os une em um tipo de “simbiose cultural” (WEBER, 2004; WAISBORD, 2018).



presidência foi “mitificado”. O fato de seu líder ter sobrevivido a uma facada enquanto participava de um evento de uma campanha especialmente polarizada, a prova que faltava para dar-lhes a certeza do caráter extraordinário de Bolsonaro. De repente, ele fazia jus a seu nome do meio: Messias, do hebraico *משיח* (*mashiah*), “o ungido”<sup>6</sup>.

Sobre isso, o *tweet* é bastante representativo. Soa particularmente curioso o argumento da facada, que gosto de chamar de *argumentum ad confossum* (“argumento do esfaqueado”, num jogo com a tradição de dar nomes latinos às formas argumentativas). Por esse raciocínio, o fato de Bolsonaro ter sofrido um atentado a sua vida durante um evento de campanha, em meio ao povo, é visto pelo bolsonarismo como prova de seu compromisso com a “missão” altruísta de “salvar” os “cidadãos de bem” da ameaça representada pelo “inimigo”, o que induz uma presunção de verdade em todas as suas proposições. Parece muito óbvio que estamos diante do que a retórica da época da Roma antiga chamou de *non sequitur*: um argumento falacioso no qual a conclusão (“presumem-se verdadeiras todas as proposições de Bolsonaro”) não decorre logicamente da premissa (“porque ele levou uma facada por nós”).

Contudo, para quem do aspecto sobre-humano que o distingue, o carisma no populismo digital possui também uma dimensão que aproxima o líder de sua comunidade. Ele costuma se apresentar como uma pessoa “do povo”, tão comum como seus seguidores, fazendo transparecer um *éthos* de autenticidade que o diferencia dos políticos tradicionais. Bolsonaro sempre empregou essa estratégia. Durante a campanha, foi muito replicada nas redes sociais uma foto em que tomava um inusitado café da manhã: pão com leite condensado, sobre uma mesa sem pratos. Após o resultado do segundo turno, o presidente eleito se pronunciou não em um evento organizado para este fim, mas na frente de sua casa, sem palco, púlpito ou qualquer

6 Apenas para dar um pouco de perspectiva: a mesma palavra, traduzida para o grego como *christós* (*χριστός*), passou a ser usada pelos cristãos para qualificar Jesus.

estrutura, segurando com as mãos o discurso escrito em papéis amassados. No dia seguinte, sua primeira entrevista coletiva teve um pouco mais de organização: os microfones da imprensa foram colocados sobre uma mesa improvisada, feita com uma prancha de *bodyboard* na varanda de sua casa. Essa imagem reforça sua imagem de pessoa simples, “sem frescuras”, que cria uma instantânea conexão com seu eleitorado, ávido por um líder que, não sendo como os outros, seja capaz de “salvar a nação”.

O *éthos* ao mesmo tempo sobre-humano e humano, que remete à união hipostática das duas naturezas de Cristo, predispõe os seguidores de Bolsonaro a um *páthos* que também é muito próprio. Se o *éthos* é o modo da retórica que opera na dimensão emocional e enfatiza o orador, o *páthos* (*πάθος*) faz o mesmo enfatizando o auditório: é por meio dele que o orador é capaz de despertar, pelo discurso, uma reação afetiva dos ouvintes. Assim como no *éthos*, seu sucesso se dá no âmbito das emoções, dos afetos. No entanto, enquanto o *éthos* se refere ao caráter que, transparecendo no orador, causa uma reação (emocional) do auditório, o *páthos* se relaciona com a reação que o orador consegue extrair do auditório *por meio* de seu discurso, o que depende dos caracteres dos ouvintes (REBOUL, 2004, p. 48).

A etimologia do termo *páthos* também pode ajudar na delimitação e na compreensão de seu significado. Na origem, o vocábulo tinha uma acepção de incidente, acidente ou evento, no sentido de algo experimentado por alguém. Esse sentido parece ter evoluído para a sensação, a emoção ou o sentimento experimentado por alguém em decorrência desse evento, o que levou à acepção de *páthos* como emoção, paixão ou sentimento. Note-se que, enquanto o *éthos* se refere ao caráter moral do orador, que inspira confiança prévia em seu discurso — uma propensão à adesão, conquistada emocionalmente pela impressão transmitida pelo orador —, o *páthos* se refere ao estado emocional do auditório *em decorrência* do discurso — a adesão efetiva aos argumentos, ainda que conquistada emocionalmente pelas estratégias retóricas a serviço do *páthos* (LIDDELL; SCOTT, 1996, p. 1285).

Pode-se perceber, então, que entre *éthos* e *páthos* há, ao mesmo

tempo, distinção e semelhança: se o *éthos* enfatiza o orador e é anterior ao discurso e o *páthos* dá ênfase ao auditório e é posterior ao discurso ou decorrente dele, ambos enfatizam seu aspecto emocional, o papel dos sentimentos na persuasão, o que lhes confere uma inegável conexão. Essa relação já era identificada por Aristóteles, que considerava necessário controlar os afetos do *páthos* pela virtude do *éthos*. Em razão disso, critica a retórica sofística por recorrer a discursos que enfatizavam excessivamente o *páthos* (REBOUL, 2004, p. 49). Assim, parece seguro dizer que *éthos* e *páthos*, antes de serem duas entidades completamente separadas na técnica retórica, são mais uma distinção didática, dois aspectos que se identificam no fenômeno retórico, cuja distinção serve para explicá-lo, mas que não existem autonomamente.

O populismo digital característico da política de pós-verdade costuma adotar um *páthos* virulento e agressivo, que se serve de um raciocínio binário que polariza dois grandes campos políticos antagônicos: o dos membros da comunidade, iluminados pela revelação da verdade, e o de seus inimigos — todos aqueles que não se submetem à autoridade do líder. Para esse fim, o bolsonarismo se vale de estratégias comuns ao populismo digital. Seu discurso tende a ser virulento e agressivo, e se apresenta contra o “politicamente correto”, transgredindo os consensos de uma civilidade vista como atentado à liberdade do “cidadão de bem” de falar e agir contra os direitos de quem não se alinha à cartilha bolsonarista (CESARINO, 2019, p. 541).

A construção da comunidade em torno do líder opera com base em uma dualidade homogeneizante, que apaga marcadores identitários como raça, gênero e orientação sexual em favor de significantes vazios com forte apelo emocional, mas pouca substância. Nesse sentido, o bolsonarismo transforma, pelo discurso, crenças de cunho fortemente irracional como racismo, machismo e LGBT-fobia em uma pretensa defesa da igualdade de todos os “cidadãos de bem” em torno de um vago patriotismo que os une (CESARINO, 2019, p. 541). Os significantes vazios dão a necessária coesão à comunidade ao passo que são suficientemente vagos para permitir adaptações eventualmente necessárias. São símbolos que evocam um nacionalismo idealizado e

simpplório, como o hino nacional, as cores verde e amarelo e a camisa da Seleção, e que são frequentemente contrastados com os símbolos representativos do inimigo: a estrela do PT, o emblema do comunismo e até a cor vermelha (2020a, p. 414). Esse *páthos* reduz todo o discurso a uma retórica icônica, em que a mensagem é transmitida como um “todo de uma vez” (DUNKER, 2018). Sua decodificação se torna um processo irracional de reconhecimento estético — em outras palavras, por esse *páthos*, o *lógos* se torna praticamente puro *éthos*. Quando isso acontece, a política tem seu foco deslocado do debate amplo de ideias para algo parecido com uma disputa de torcidas, incapazes de concordar em qualquer assunto ou mesmo de ouvir argumentos.

Os bolsonaristas se veem como os únicos genuínos “brasileiros”, “patriotas” e “cidadãos de bem”. Por isso, não pertencer à comunidade faz com que alguém seja automaticamente percebido como “esquerdista”, “comunista”, “defensor de bandido” ou mesmo “bandido”, ainda que não seja nenhuma dessas coisas. O defensor de pautas identitárias de raça, gênero e orientação sexual — o “militante” — é automaticamente posto sob a mira dos ataques da comunidade, que, por desejar uma sociedade homogênea de pensamento único, vê no pluralismo e na diversidade uma ameaça de desintegração da sociedade (2019, p. 541). “Ameaça” é uma ideia constante no *páthos* bolsonarista: sua marca são os discursos alarmistas e conspiratórios, como a denúncia do “marxismo cultural” ou a propagação da ideia de que o PT iria “transformar o Brasil em uma Venezuela”. O objetivo é provocar alarme, medo e ódio, sentimentos particularmente poderosos para a persuadir a comunidade e mantê-la constantemente engajada.

A “lógica” da pós-verdade tende a ser binária, reducionista e fundada em um sentimento de animosidade para com o outro. Esse *páthos* tornou-se uma tônica do populismo digital, inspirando a construção, pela ciência política, do conceito de polarização afetiva, em que campos políticos se distanciam em polos opostos que nutrem um forte sentimento negativo em relação ao outro (IYENGAR et al., 2019, p. 130). A antipatia voltada contra o inimigo e a simpatia entre membros da comunidade e seu líder são expressões marcantes do *páthos*

político da pós-verdade — não é à toa que tanto “simpatia” quanto “antipatia” sejam palavras formadas pelo radical *páthos*. Também não é coincidência que o discurso exageradamente sentimental e afetado seja chamado de “patético” (ADEODATO, 2017, p. 27).

## COMO SE TOCA UM BERRANTE: LÓGOS

Quando pensamos em argumentação e convencimento, costumamos pensar na estrutura lógica dos argumentos, por meio dos quais podemos conduzir discursivamente o raciocínio no sentido de uma conclusão válida que se aproxime da verdade. É comum a ideia de que o convencimento se dá exclusivamente no âmbito da razão, atribuindo a ela um caráter aparentemente cogente. Trata-se de uma característica da modernidade. Desde que Descartes, com o *cogito*, argumentou que apenas a razão é capaz de conduzir à verdade por meio da dúvida metódica, o pensamento ocidental caminhou em direção a uma epistemologia sistematizante e reducionista (no sentido que se opõe ao holismo). O Iluminismo depositou na ciência a fé na descoberta ou revelação da verdade, atribuindo primazia à razão metódica sobre a crença em proposições não falseáveis (PINKER, 2018). A religião minguou, a ciência se pulverizou em disciplinas cada vez mais especializadas e o conhecimento científico se tornou cada vez mais fugidio à compreensão da pessoa comum.

É dizer: pela concepção iluminista, o *lógos* assume uma centralidade necessária na cognição, passando a ser visto como o único caminho válido para um conhecimento justificado — daí a expressão “logocentrismo”. O próprio termo sofre uma mudança de sentido. Na retórica clássica<sup>7</sup>, que herdou o vocábulo dos pré-socráticos e lhe conferiu uma maior concretude semântica, *lógos* (λόγος) designa o fundamento mais racional do discurso, que busca a adesão do auditório por meio da razão, do raciocínio. É, em outras palavras, a

---

7 Ainda que Aristóteles não empregue o termo (REBOUL, 2004, p. 40).

própria argumentação, aquilo que hoje costumamos identificar com o discurso racional, ou seja, o discurso que segue as regras da razão para persuadir (REBOUL, 2004, p. 49). Mas essa definição comum, quase vulgar, não parece expressar toda a carga semântica associada ao vocábulo *lógos*: traduções históricas revelam que estamos diante de um termo que já foi usado para expressar “acerto de contas”, “proporção”, “regra”, “argumento”, “discurso”, “fala” ou “linguagem” (LIDDELL; SCOTT, 1996, p. 1057-1059).

O postulado da pureza metódica cartesiana, então, promoveu uma purificação epistêmica do *lógos* (WARAT, 1983), filtrando o “discurso racional” até que o conceito se referisse especificamente à ideia de razão. O *lógos* iluminista teve um importante papel na construção da estrutura política da modernidade, alimentando os ideais das revoluções liberais contra o absolutismo. Mas, hoje, parece que o que se vê é um declínio da concepção exclusivamente racional do *lógos*, com um resgate de seu aspecto discursivo. Grande defensor contemporâneo do Iluminismo, Steven Pinker (2016) reconhece que o conhecimento científico produzido no século XX nas ciências cognitivas sugerem que a razão é limitada e condicionada pelas particularidades da natureza humana. O raciocínio, nesse sentido, deve ser compreendido *em conjunto* com as reações emocionais que o condicionam — numa concepção análoga à que a retórica já teorizava há mais de dois milênios. Como, então, isso se relaciona à política da pós-verdade?

Minha pesquisa me conduz a crer que o populismo digital, do qual o bolsonarismo é um exemplo, foi perspicaz ao perceber e explorar a fragilidade causada por essa racionalidade limitada. A resiliência do ideal de razão iluminista, único caminho possível para a verdade, turvou nossa visão para a possibilidade de persuadir alguém por meio da exploração das limitações de sua razão, apelando para os afetos por meio do *éthos* e do *páthos*. O *lógos* na pós-verdade deixa de ser visto como caminho para a verdade e passa a ter um papel subsidiário, instrumental e pragmático, funcionando apenas como ferramenta para conduzir a comunidade na direção da “verdade” que interessa ao líder. Essa “verdade” não tem qualquer pretensão de universalidade:

como o “cidadão de bem” ou o “patriota”, trata-se de um significante vazio, que pode ser preenchido com qualquer conteúdo que leve ao objetivo pretendido. Se, no Brasil, os seguidores do bolsonarismo passaram a ser conhecidos como “gado” por sua voluntária e acrítica adesão a uma comunidade que os homogeneiza, despersonaliza e instrumentaliza, o *lógos* de ocasião que os conduz a uma ou outra direção só pode ser o berrante.

Como Bolsonaro toca o berrante? Para nós, humanos, é difícil, senão impossível, conceber o que acontece na cabeça do gado quando ouve o som do berrante. Da mesma forma, fazendo uma analogia um pouco jocosa (pois obviamente não acredito que os bolsonaristas sejam criaturas inumanas), é difícil conceber *como* os seguidores do presidente podem acreditar nas mais absurdas mentiras e concordar com as mais impensáveis opiniões, expressas de jeitos que muitas vezes beiram o ridículo. A história da tal “mamadeira erótica” distribuída nas escolas soa absolutamente implausível — sua completa absurdez chega a ser até engraçada. Imagens da suposta capa do “kit gay” deram a volta pelo Facebook e pelo WhatsApp; um desenho de dois homens fazendo sexo anal se destaca em uma montagem claramente amadora, sobre a qual salta aos olhos uma *clip-art* cor-de-rosa, com relevo e sombreado, onde se lê “KIT-GAY” (AGÊNCIA LUPA, 2019). A questão é que essas inúmeras notícias, mesmo sendo óbvia e grosseiramente falsas, circularam num fluxo irrepresável por meios digitais fora do alcance de qualquer controle institucional, tornando sua veracidade irrelevante.

A circulação de um enorme volume de desinformação política é uma estratégia extremamente eficaz, conhecida como *firehosing* — a distribuição de informações falsas num volume que torna impossível rebatê-las (CESARINO, 2020b, p. 119). Essa técnica neutraliza o trabalho das agências de *fact-checking*, que não dão conta de acompanhar o volume de informações em circulação. Isso tem três implicações importantes. A primeira é criar um estado de dissonância cognitiva em relação à realidade. Os membros da comunidade, o “gado”, condicionados pelo *éthos* carismático do líder e pelo *páthos* baseado em

medo e ódio, aceitam de antemão qualquer coisa dita por seus pares, ainda que sejam informações incoerentes entre si. Na mente do gado, se a comunidade diz que há uma conspiração para implantar uma ditadura comunista, é porque há. Sua experiência cognitiva, então, passa a se dar com base em uma realidade paralela, por meio da qual o “sistema” apodrecido pode ser “purificado” (CESARINO, 2020b, p. 108).

A segunda implicação tem um efeito cognitivo ainda mais abrangente. A circulação de um grande volume de pautas discursivas falsas, enganosas, absurdas e antiéticas, ao mesmo tempo que desvia o foco do debate público das questões que influenciam diretamente a vida dos cidadãos, normaliza o absurdo. Na ciência política, a faixa de posições consideradas possíveis no debate político em um determinado contexto social é chamada de “janela de Overton” (MACKINAC, *s.d.*). O absurdo, considerado como aquilo que não goza de aceitação suficiente para se converter em política pública, são as posições que estão fora da janela de Overton. No entanto, a repetição e a constância de uma pauta na discussão política são capazes de moldar a opinião pública, alargando ou estreitando os limites do razoável. É em razão disso que já não nos abalamos quando Bolsonaro diz que não é covão quando questionado sobre as mortes por coronavírus, ou quando o ministro do meio ambiente sugere “passar a boiada” em terras indígenas, ou quando o ministro da educação diz que as universidades federais mantêm plantações extensivas de maconha.

A terceira das implicações, em grande medida consequência das anteriores, revela o potencial da pós-verdade de sequestrar retoricamente o debate público mesmo nos foros tradicionais, como a imprensa. Aqui, mais uma vez, a incoerência causa certa perplexidade à primeira vista: ao mesmo tempo que vociferam contra os meios de comunicação tradicionais, acusando-os de falsidade, os líderes políticos ou seus porta-vozes marcam presença em canais jornalísticos, dando entrevistas e declarações. Contudo, o objetivo, nesses casos, não é inocente: a estratégia é usar o espaço midiático cedido pela imprensa para reforçar suas pautas discursivas junto a seus apoiadores, fazer chegar sua mensagem a quem ela não chegaria pelas



mídias sociais e sequestrar o debate. Bolsonaro, quando entrevistado pelo Jornal Nacional durante a campanha presidencial, aproveitou o espaço para falar sobre o “kit gay”. Mais recentemente, partidários do presidente passaram a ocupar lugar cativo nos programas de mesa redonda dos canais de notícias pagos, como a recém-inaugurada CNN Brasil. Nessas ocasiões, pouco importa se as respostas têm algum conteúdo de verdade, ou mesmo alguma conexão com a pergunta. O que importa é fazer passar a mensagem — o que aparece no jornal é verdade (WAISBORD, 2018).

O *lógos* na pós-verdade, então, é duplamente aberrante. Primeiro, em relação ao *lógos* clássico, que, embora fosse compreendido em interação com o *éthos* e o *páthos*, tinha uma intenção demonstrativa, que buscava, ao menos tentativamente, encontrar a verdade por meio da razão analítica (ADEODATO, 2017, p. 28). E, segundo, em relação ao *lógos* moderno, este totalmente comprometido com a verdade metódica e científica. Na pós-verdade, o que há é quase um pré-*lógos*, uma pseudorracionalidade instrumental a serviço dos interesses do líder, empregada de maneira pragmática para direcionar seus seguidores não para a verdade, mas para seu objetivo. O *lógos* da pós-verdade, nesse sentido, não é mais do que o berrante usado para tanger o gado.

## ENCARNANDO NUM CORPO DIGITAL: KAIRÓS

*Éthos*, *páthos* e *lógos* são os modos retóricos tradicionalmente empregados para explicar como ocorre a persuasão. No entanto, para tentar obter uma compreensão mais abrangente do que diferencia a pós-verdade a partir da perspectiva da retórica, não podemos deixar de mencionar, também, o *kairós*.

*Kairós* (*καιρός*), em grego antigo, também tinha uma natureza polissêmica que faz com que seu significado tenha um caráter difuso. É certo que o termo se relaciona à ideia de tempo, mas num sentido restrito. O tempo infinito, incognoscível a nossa razão limitada, era chamado de *chrónos* (*χρόνος*); *kairós*, por sua vez, representava frações de tempo, que variavam a depender do contexto. Pode significar o tempo exato e

crítico em que se abre uma janela de oportunidade. Em outro sentido, pode significar proporção, adequação, medida justa, o que liga a palavra à ideia de contexto. Num terceiro, quer dizer a vantagem que se pode obter com algo (LIDELL; SCOTT, 1996, p. 859-860). Podemos sintetizar o significado da expressão, então, como o aspecto da retórica que se vale do tempo para persuadir, que consegue intuir a melhor oportunidade de agir e obter, com isso, o maior ganho possível (SULLIVAN, 1992).

O sucesso da retórica da pós-verdade decorre em grande medida de seu *kairós*, e o bolsonarismo é um grande exemplo disso. Bolsonaro soube aproveitar como ninguém o contexto sociopolítico em que estava inserido, extraíndo dele o maior ganho possível. Em 2018, o Brasil vinha de um passado recente conturbado, marcado pelas crises econômica e política que desde 2013 minaram o governo da presidente Dilma Rousseff e culminaram com seu *impeachment* em 2016. O PT, partido de Dilma e do ex-presidente Lula, teve sua reputação fortemente abalada pela Operação Lava Jato. Em decorrência das investigações, Lula, líder carismático de maior prestígio na esquerda, foi preso por corrupção. A opinião pública se voltou violentamente contra a esquerda, possibilitando a ascensão de Bolsonaro, que já aproveitava o espaço que lhe era concedido nos programas de humor para se fazer conhecido por suas declarações polêmicas (CESARINO, 2020a).

O contexto político e a opinião pública favoráveis entraram em sinergia com as inovações tecnológicas, que multiplicaram a disponibilidade de informações circulando no debate público e o aproximaram do âmbito privado. De repente, para fazer um discurso chegar ao grande público, não era mais necessário se valer dos meios de comunicação tradicionais, eliminando os critérios de verdade usados para dar publicidade a uma informação. Qualquer pessoa passou a ter voz. Da mesma forma que a pós-verdade e o populismo digital guardam entre si uma afinidade eletiva (WAISBORD, 2018), uma relação dessa natureza se estabeleceu entre o populismo digital e as mídias sociais (GERBAUDO, 2018, p. 749).

Isso é particularmente visível na perfeita adequação entre o ideário bolsonarista e o modo de funcionamento desses meios de

comunicação. A comunidade de apoiadores, que se mantém coesa por meio da homogeneização de seus membros, como gado, é refletida pela formatação do ambiente digital, onde cada indivíduo torna-se apenas um perfil, despido de marcadores de individualidade (CESARINO, 2020a, p. 421). Os algoritmos empregados nas mídias sociais tornam desnecessário buscar semelhantes, pois são automaticamente agrupados em redes de interesses comuns. Esses agrupamentos formam “bolhas” cognitivas, nas quais o usuário só vê conteúdos que confirmam seus desejos e suas crenças, o que aprofunda ainda mais a polarização afetiva e a dissonância cognitiva (2020a, 2020b, 2019).

Letícia Cesarino (2019) utiliza uma interessante figura para descrever a forma de organização digital da comunidade bolsonarista. A antropóloga explica que a capilaridade possibilitada pelas mídias sociais permitiu contornar as barreiras estabelecidas pelos meios de comunicação tradicionais, tornando desnecessária a presença física de Bolsonaro na campanha. A irrelevância de seu reduzido tempo no horário eleitoral gratuito parecia não ter efeito em sua popularidade, algo que a ciência política não conseguia explicar. Após o atentado a faca, o corpo físico do então candidato efetivamente saiu de cena, e foi substituído, de forma muito concreta, por um corpo digital formado por seus seguidores, que tomaram seu lugar na linha de frente da campanha, através das mídias sociais. Fazendo uma analogia com a teologia política medieval, em que o corpo físico do rei coexistia com um corpo divino, Cesarino emprega, com grande efeito simbólico, a expressão “corpo digital do rei” (p. 533) para se referir a essa nova “hipóstase”.

A encarnação do “mito” em um corpo digital e intangível após a facada que o elevou ao *status* de “ungido” junto a seus apoiadores foram o *kairós* que faltava para completar o poder persuasivo de um discurso que, a rigor, está estruturado sobre uma forma sem conteúdo. Ela incensou Bolsonaro de dois poderes quase mágicos de que nenhum de seus opositores dispunha. Primeiro, ao abandonar o apego ao corpo físico do homem para tomar o lugar do corpo digital do messias, o presidente tornou-se inatingível aos ataques de seus opositores. A

campanha #EleNão, organizada por grupos da esquerda ao centro para fazer frente a seu avanço eleitoral, fracassou. A pretensão de organizar uma frente ampla, unindo lideranças de diferentes pontos do espectro político, pulverizou-se na diversidade de interesses e identidades que outrora definiam a democracia. E, segundo, deu ao então candidato o dom da ubiquidade. A encarnação no corpo digital retirou sua campanha quase completamente das plataformas tradicionais, mediadas pela televisão e pelo rádio, deslocando-a, principalmente, para o WhatsApp, o Facebook e o Twitter. Nesses ambientes digitais, a informação podia se proliferar por meio da chamada “viralização”, quando um conteúdo na internet se prolifera à semelhança de um vírus (CESARINO, 2019, p. 536), fora do alcance do controle institucional.

Nem a imprensa, nem os institutos de pesquisa, nem os cientistas políticos, nem as instituições estatais estavam preparados para essa completa subversão da lógica de campanha praticada historicamente até então. Ao aproveitar a oportunidade do *kairós* em favor de seu discurso, Bolsonaro mostrou que estava.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS: MITO, LOUCURA E RAZÃO**

Letícia Cesarino percebe no corpo digital do bolsonarismo uma estrutura fractal de construção de identidades políticas, que revela que, por trás do aparente caos que instaura na esfera pública, existe uma ordem ocultada pela abstração dos dados cibernéticos (2019, p. 534-535). Compreender essa ordem pode nos dar orientação em meio à complexidade do contemporâneo, no qual estamos — sejamos francos — à deriva. Pensemos nos onipresentes grupos de WhatsApp, que viraram o meio preferencial do populismo digital no Brasil. Ali, não apenas circulam contínua e ativamente os mesmos conteúdos, mas também *links* para outros grupos, gerando múltiplas escalas que reproduzem espontaneamente o mesmo discurso baseado na identificação imediata de

significantes vazios (CESARINO, 2019, p. 535)<sup>8</sup>. A forma fractal do bolsonarismo revela que compreender a ordem que emerge do seu caos é também compreender o populismo digital, que é também compreender a própria pós-verdade. A fractalidade de sua forma e a simplicidade de seu conteúdo induzem a reprodução de toda uma ideologia em diferentes escalas e em diferentes países, sempre de forma diferente e adaptada ao ambiente, mas sempre apresentando as mesmas características. A sinergia do discurso populista com as mídias sociais resultou nessa estrutura fractal, tão comum na natureza.

Entretanto, da mesma maneira que o caos da estrutura do bolsonarismo revela uma ordem oculta por trás da abstração dos dados cibernéticos, a aparente simplicidade do conteúdo se esvai em complexidade por trás da abstração da mente humana. A persuasão insensata pelo absurdo patente, que a alguém de fora transparece como loucura, parece ter algum tipo de mistério que a retórica pode não ser capaz de detectar. Talvez, quem sabe, mudar a perspectiva e voltar os olhos para a própria ideia de loucura pode nos fornecer algum conhecimento.

No tempo de Homero, quando nem a retórica havia sido concebida, também não havia o conceito da separação entre loucura e razão, real e irreal, normal e anormal (MAIERON, 2017, p. 65). Eventos que nos parecem rompantes de insanidade, como visões de deuses e criaturas mitológicas, convivem, em Homero, com narrativas mais prosaicas e verossímeis. A distinção conceitual entre um relato real e um irreal veio surgir depois, já na Academia. O relato real, verificável, racional ficou associado ao *lógos*. Já o relato ficcional, irreal, inverificável, poético, literário, sobrenatural recebeu o nome de *mythos* (*μῦθος*). O *mythos* é, claro, o mito, que não demanda razão nem justificativa, apenas crença (FOWLER, 2011, p. 53). Aos poucos, a razão do *lógos* vai

---

8 Há vasta evidência empírica sobre o comportamento das redes bolsonaristas no WhatsApp, que fornecem achados importantes para uma compreensão filosófica mais pragmática da questão da pós-verdade. Nesse sentido, cf. BURSZTYN; BIRNBAUM, 2019.

se desgarrando da irracionalidade e da loucura do *mythos* — primeiro com Platão, depois com os sofistas, até o logocentrismo do *cogito*.

O mito é um relato que não admite contestação, porque não oferece justificativa. O mito não dialoga, impõe seu entendimento. O mito é a fé de quem crê porque deseja crer — como não se justifica, não é comunicável por meio do discurso racional. O mito pode servir ao indivíduo em suas meditações mais internas, mas a política é o domínio do coletivo, e por ser coletivo, demanda diálogo, linguagem, discurso — *lógos*.

Se pensamos assim, o problema da pós-verdade pode ser encarado como a invasão do *mythos* no terreno do *lógos*, da fé onde só cabe a razão, do monólogo de um corpo fractal onde deveria haver o diálogo da diversidade humana. Como nossa razão é limitada e estamos todos sujeitos, num momento ou noutro, a embarcar no devaneio interno dos nossos mitos, devemos nos manter vigilantes para perceber quando nossas crenças não se justificam. E isso só se faz por meio da realidade comum da linguagem, do diálogo, do discurso — do *lógos*. É apenas ele que transmite *conhecimento*, berrante não fala nada. E, como dizem os cartazes que se levantam na rua, e não se encaminham pelo celular, das manifestações reais de gente de carne, osso e individualidade: *conhecimento destrói mitos*.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. O direito e a constituição retórica do mundo real. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Interpretação, Retórica e Linguagem**. Salvador: JusPodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. Retórica como metódica para estudo do direito. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 29, n. 56, p. 55-82, 2008.

AGÊNCIA LUPA. **Kit gay, seminário LGBT infantil e lei do incesto: exemplos de desinformação sobre educação sexual no Brasil**. [S.l.] 19 nov. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/11/19/kiy-gay-coletanea/>. Acesso em 20 jun. 2020.

ARISTOTLE. **On Rhetoric: A Theory of Civil Discourse**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2007.

BLOCK, David. **Post-Truth and Political Discourse**. Cham: Palgrave Macmillan, 2019.

BURSZTYN, V.; BIRNBAUM, L. Thousands of Small, Constant Rallies: A Large-Scale Analysis of Partisan WhatsApp Groups. 2019 IEEE. In: **ACM International Conference on Advances in Social Networks Analysis and Mining**. 2019.

CESARINO, Leticia. Como vencer uma eleição sem sair de casa: a ascensão do populismo digital no Brasil. **Internet & Sociedade**, v. 1, n. 1, p. 91-120, 2020b.

\_\_\_\_\_. How social media affords populist politics: remarks on liminality based on the Brazilian case. **Trabalhos em Linguística Aplicada**, v. 59, n. 1, p. 404-427, 2020a.

\_\_\_\_\_. Identidade e representação no bolsonarismo. **Revista de Antropologia**, v. 62, n. 3, p. 530-557, 2019.

DUNKER, Christian. Subjetividade em tempos de pós-verdade. In: DUNKER, C. et al. **Ética e pós-verdade**. Porto Alegre: Dublinense, 2017.

FOWLER, Robert L. Mythos, and logos. **The Journal of Hellenic Studies**, p. 45-66, 2011.

GERBAUDO, Paolo. Social media and populism: an elective affinity?. **Media, Culture & Society**, v. 40, n. 5, p. 745-753, 2018.

IYENGAR, Shanto et al. The origins and consequences of affective polarization in the United States. **Annual Review of Political Science**, v. 22, p. 129-146, 2019.

LA CASA DE LAS FLORES (Temporada 3, ep. 5). Direção de Manolo Claro. Produção de Mariana Arredondo; María José Córdova; Rafael Ley. Roteiro de Monika Revilla Mara Vargas; Gabriel Nuncio; Manolo Caro. México: Netflix, 2020. 1 vídeo (31 min.).

LEWANDOWSKY, Stephan; ECKER, Ullrich KH; COOK, John. Beyond misinformation: Understanding and coping with the “post-truth” era. **Journal of applied research in memory and cognition**, v. 6, n. 4, p. 353-369, 2017.

LIDDELL, Henry George; SCOTT, Robert. **A Greek-English Lexicon**. 9. ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.

MACKINAC CENTER FOR PUBLIC POLICY. **The Overton Window**. [S.l.] [S.d.] Disponível em: <https://www.mackinac.org/OvertonWindow#overview>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MAIERON, Mario Augusto. The meaning of Madness in ancient Greek culture from Homer to Hippocrates and Plato. **Medicina Historica**, v. 1, n. 2, p. 65-76, 2017.

PINKER, Steven. **Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism and Progress.** New York: Penguin Books, 2016.

\_\_\_\_\_. **The Blank Slate: The Modern Denial of Human Nature.** New York: Penguin Books, 2016.

PRESTES, Regina. Moro traidor...Bolsonaro tomou até fachada por nos. E continua querendo e trabalhando por um Brasil melhor. Ladrão era o Lula que acabou com o Brasil. Roma, 26 abr. 2020. Twitter: @ReginaPrestes3. Disponível em: <https://twitter.com/ReginaPrestes3/status/1254485062512508929>. Acesso em: 22 jun. 2020.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SHAKESPEARE, William. Hamlet, Prince of Denmark. In: **The Complete Works of William Shakespeare.** Hertfordshire: Wordsworth Editions, 2007.

SULLIVAN, Dale L. Kairos and the Rhetoric of Belief. **Quarterly Journal of Speech**, v. 78, n. 3, p. 317-332, 1992.

WAISBORD, Silvio. The elective affinity between post-truth communication and populist politics. **Communication Research and Practice**, v. 4, n. 1, p. 17-34, 2018.

\_\_\_\_\_. Truth is what happens to news: On journalism, fake news, and post-truth. **Journalism studies**, v. 19, n. 13, p. 1866-1878, 2018.

WARAT, Luís Alberto. Do postulado da pureza metódica ao princípio da heteronímia significativa. Florianópolis, **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 4, n. 7, p. 28-34, 1983.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

\_\_\_\_\_. **The Theory of Social and Economic Organization.** New York: Oxford University Press, 1947.



# O PAÍS SEM CARNAVAL: A CARNAVALIZAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO POR UM DIREITO MENOS ARBITRÁRIO

## **PEDRO ANDRÉ GUIMARÃES PIRES**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Possui, ainda, Certificat d'études politiques pelo Institut d'Études Politiques de Lyon (Sciences Po Lyon). Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e Processual Civil do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). Professor de Direito e Arte da Faculdade de Direito 8 de Julho.

### **Resumo**

A crítica do direito, como feixe de posições dissidentes em relação ao discurso jurídico tradicional, identifica na dogmática jurídica um poder de violência simbólica que purifica, por meio da epistemologia, as significações ideológicas que fundamentam o direito. Quando a dogmática é incorporada ao ensino jurídico, o conhecimento tido como verdadeiro é transmitido de forma acrítica por meio da reprodução de enunciados objetivos e padronizados. Esse modelo perpetua uma situação de crise em que o direito é incapaz de lidar com os problemas do mundo real. Para fazer frente à crise, então, pode-se adotar o conceito de carnavalização do ensino jurídico proposto por Luís Alberto Warat, por meio do qual o discurso dogmático das verdades objetivas pode ser refutado pelo estímulo ao raciocínio e ao diálogo.

Palavras-chave: crítica do direito; dogmática; violência simbólica; epistemologia; carnavalização.

## INTRODUÇÃO

De um lado, há a lei que diz que “não se considera fundamentada qualquer decisão (...) que (...) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (BRASIL, 2015). De outro, há o tribunal superior que, lendo a lei, diz que ela quer dizer que o “julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão” (BRASIL, 2016). Exemplos como esse, em que o descompasso entre o que diz a lei e o que os tribunais dizem que diz a lei parece uma obviedade, são numerosos (STRECK, 2014, p. 97-113). Eles são sintomas de um problema maior, de uma verdadeira crise do direito causada pelo aprisionamento do jurista em uma tradição normativista e em um paradigma em que impera a filosofia da consciência (STRECK, 2014, p. 100).

Essa crise paradigmática de dupla face (STRECK, 2014, p. 85), que, aliando dogmatismo cego à compreensão de que a decisão judicial não passa de uma conclusão por meio da qual a consciência do juiz assujeita o direito como um objeto (STRECK, 2013), é, em grande medida, causa e consequência do modo como se dá o ensino jurídico. Ele toma a forma de uma transmissão acrítica da dogmática analítica, em que operam mecanismos de “deslocamentos ideológico-discursivos” (FERRAZ JR., 2007). Por esse caminho, não são discutidos os problemas do direito, mas o próprio direito segundo uma concepção dogmática pronta (STRECK, 2007, p. 32), transmitida, quando muito, por manuais esquematizados (STRECK, 2014, p. 98) e códigos comentados (RODRIGUES, 1993, p. 70). Essa mera reprodução de conceitos prontos, sem questionamento ou estímulo ao raciocínio, transforma o direito em “uma mera racionalidade instrumental” (STRECK, 2014, p. 99).

A homogeneidade com que esse modelo de ensino é aplicado nas faculdades de direito faz com que esse grande conjunto de conceitos prontos se torne um “*corpus* de representações” (STRECK, 2012, p. 187) que, por meio dessa rede de transmissão e de assimilação acríticas, torna-se o que Luís Alberto Warat chamou de “senso comum teórico

dos juristas”: um grande conjunto de conceitos que pretendem ser a representação verdadeira, pura, do próprio direito, mas que representam um acúmulo de opiniões, inclusive ideológicas, ocultadas por seu caráter autoproclamadamente epistemológico (WARAT, 1982). Warat aproxima essa concepção do ensino dogmático do positivismo kelseniano, que, feito de forma acrítica, converte o normativismo em cerne do senso comum teórico, como uma verdade absoluta (WARAT, 1977, p. 62).

Por meio dessas “vozes dissidentes” que, propondo um questionamento do próprio direito em seus valores epistemológicos, compõem o que passou a chamar de “crítica do direito” (WARAT, 1984, p. 48-49), se tentará, neste trabalho, apresentar um caminho de saída para a crise de dupla face do direito. Isto se fará especificamente por meio de uma reflexão acerca do ensino jurídico à luz dessas correntes críticas, em duas etapas. Primeiro, pela constatação de que o ensino do direito dito tradicional, em que o *establishment* jurídico uniformiza o sentido das instituições do direito, tem um poder de violência simbólica que, por meio da transmissão e recepção acrítica, faz essa uniformização de forma impositiva, ocultando seu fundamento ideológico de manutenção de um *status quo* que impede a superação da crise e objetifica o direito, afastando-o de seu fim social (STRECK, 2014, p. 108; WARAT, 1980).

Depois, pela adoção das propostas apresentadas pela crítica do direito waratiana para a superação dessa crise, por meio do “deslocamento epistêmico” (WARAT, 1982, p. 49) que se dá com a reflexão e o raciocínio sobre os sentidos impostos pela dogmática do ensino tradicional. Warat, buscando estimular o raciocínio em busca dos sentidos no seio da atividade acadêmica, apresenta uma proposta de “carnavalização”, que relativiza constantemente os saberes, provocando a busca de respostas em vez da imposição de respostas prontas. Nesse sentido, o ensino passaria a ser um espaço lúdico, em que todos — professor e estudantes — se tornam participantes da construção dos sentidos, numa pluralidade discursiva sem passarela e sem separação entre espectadores e atores — como o carnaval (WARAT, 1984).

O objetivo — que, à moda de Warat, não tem a pretensão de ser definitivo — é o de refletir, por meio das propostas da crítica do direito ao ensino dogmático tradicional, como podemos superar, por meio do ensino, a crise de dupla face do direito. Quando formamos juristas que compreendem a ciência jurídica como uma mera abstração de enunciados prontos, que se pretendem verdadeiros, perpetuamos “operadores” do direito que o operam como um objeto que lhe foi imposto e que impõe — perpetuamos um triste país sem carnaval. Por isso, carnavalizar o ensino jurídico pode ser um caminho para um direito mais democrático e igualitário, como é o carnaval.

## **1 O PAÍS SEM CARNAVAL ONDE O ENSINO JURÍDICO DOGMÁTICO PERPETUA O SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS**

O problema do dogmatismo acrítico do ensino jurídico no Brasil não é algo recente. Na verdade, trata-se de um paradigma de ensino que, apenas adaptando-se às tendências teóricas de cada época, permanece dominante desde a implantação das faculdades de direito de Olinda e do Largo de São Francisco em 1827. À época, trazer para o Império brasileiro centros de formação de juristas tinha funções políticas e estratégicas. Para o recente regime imperial, era necessário integrar, no ideário político das elites, a ideologia do estado nacional no plano teórico. E, para operacionalizar essa ideologia, era preciso também formar burocratas que, alinhados a ela, pudessem gerir esse estado nos moldes do que demandavam as elites aristocráticas (RODRIGUES, 1993, p. 13). Para essa tarefa, o modelo de ensino adotado foi uma reprodução das aulas magistrais coimbrãs, que por sua vez já era uma reprodução dos métodos de ensino de universidades ainda mais antigas, como a de Bolonha e a de Salamanca (MOSSINI, 2010, p. 64).

Percebe-se, então, que o fomento do raciocínio crítico não era, de maneira alguma, a preocupação do ensino — pelo contrário. Pensar criticamente, quando o objetivo do ensino era o de manter o *status quo* do domínio das elites, era algo indesejado. Assim, o pensamento jurídico, moldado por esse ensino dogmático e acrítico,

deu azo à produção de um conjunto de saberes ostensivos, desconectados da realidade social, a qual ficava à cargo da tutela do campo político. O discurso jurídico, então, permaneceu “se conformando, tentando não se sujar, tentando manter a pureza de um discurso transcendente, tentando manter vivos os ideais kantianos do iluminismo, da busca pela ‘razão ideal’, pela justiça e pela verdade” (KAUFMANN, 2011, p. 41).

Isso tem forte relação com o que Tobias Barreto e seus colegas da Escola do Recife chamam “bacharelismo”, um gosto excessivo pela retórica em detrimento dos fatos, a palavra e a metáfora mais valorizadas que a realidade. (KAUFMANN, 2011, p. 41). Sérgio Buarque de Holanda, identificando a “praga” (1995, p. 156) ou o “vício do bacharelismo” (p. 157) na construção da identidade brasileira, reconhece a desconexão entre a realidade e a formação de bacharéis, “que só excepcionalmente farão uso, na vida prática, dos ensinamentos recebidos durante o curso” (1995, p. 156). E faz um contundente diagnóstico, que merece ser transcrito:

Um amor pronunciado pelas formas fixas e pelas leis genéricas, que circunscrevem a realidade complexa e difícil dentro do âmbito dos nossos desejos, é dos aspectos mais constantes e significativos do caráter brasileiro. Essas construções de inteligência representam um repouso para a imaginação, comparável à exigência de regularidade a que o compasso musical convida o corpo do dançarino. O prestígio da palavra escrita, da frase lapidar, do pensamento inflexível, o horror ao vago, ao hesitante, ao fluido, que obrigam à colaboração, ao esforço e, por conseguinte, a certa dependência e mesmo abdicação da personalidade, têm determinado assiduamente nossa formação espiritual. Tudo quanto dispense qualquer trabalho mental aturado e fatigante, as idéias claras, lúcidas, definitivas, que favorecem uma espécie de atonia da inteligência, parecem-nos constituir a verdadeira essência da sabedoria. (HOLANDA, 1995, p. 157-158)

Esse apreço pelas “idéias claras, lúcidas, definitivas”, que são exatamente aquelas que se transmitem e se absorvem pelo ensino dogmático tradicional, não são algo que ficou nos tempos da formação do estado e da burocracia imperiais. Já em 1955, San Tiago Dantas denunciava, em aula inaugural da Faculdade Nacional de Direito, hoje parte da UERJ, a incapacidade da didática tradicional, “baseada na meditação em voz alta e na eloquência” e no “estudo sistemático dos institutos e normas”, de preparar os estudantes para a vida prática, que se dá no seio da realidade (DANTAS, 1955). Para Dantas, o “verdadeiro objetivo” do ensino jurídico não deve ser essa transmissão sistemática de um *corpus* de conceitos, mas “o preparo, o desenvolvimento, o treinamento e, afinal, o cabal desenvolvimento do raciocínio jurídico”. E justifica:

A verdade é que a educação jurídica não pode afastar-se, nos seus processos, da natureza e da função do próprio Direito. A norma jurídica nada mais é que um comando social, com características determinadas, mediante o qual se procura solucionar e compor um conflito de interesses. O conflito de interesses, a controvérsia entre dois indivíduos, ou entre um indivíduo e o grupo social a que ele pertence, é o fato social gerador do Direito, o fato para que surge, como resposta, a norma jurídica. (DANTAS, 1955)

Horácio Wanderlei Rodrigues, representante da vertente crítica do “direito alternativo” e tradutor de Warat, em livro de 1993, dizia que, passados quase quarenta anos da aula de San Tiago Dantas, quase nada mudou, e sua descrição ainda cabia para o ensino jurídico daquela época (1993, p. 15). Rodrigues denuncia que permanecia em voga a aversão ao raciocínio jurídico nas escolas de direito descrita por Dantas em 1955, esta já tributária do bacharelismo que desconectava o direito da realidade social desde as primeiras faculdades imperiais, em 1827. Ela se manifestava no “vício” dos professores em se servir da leitura dos códigos comentados para transmitir conteúdo, tolhendo

os alunos de capacidade analítica (p. 70-71), e no “praxismo” que enfatiza o “saber fazer” em detrimento do “por que fazer” (p. 72). Mas agora, passados quase trinta anos no livro de Rodrigues, houve alguma melhora?

Para Lenio Streck, não. Segundo ele, “passados tantos anos desse que Warat iniciou sua ‘jornada crítica’ e passados mais de duas décadas da Constituição de 1988, é possível dizer que a dogmática jurídica pouco mudou” (STRECK, 2012, p. 186). Na verdade, Streck denuncia que se pode mesmo falar que houve um retrocesso, representado pela

multiplicação das produções estandardizadas, formas de mercancia de conhecimento prêt-à-porter disponível em qualquer aeroporto, supermercado ou rodoviária do país. O saber jurídico — que acaba sendo obnubilado pela informação fragmentada — hoje cabe em 140 caracteres, para usar uma imagem tipicamente contemporânea. (STRECK, 2012, p. 186)

“A crítica que Warat fazia à dogmática jurídica continua, pois, atual”, conclui Streck (2012, p. 186). Warat, então, permanece um marco incontornável para identificar a dimensão e as causas da crise do direito e para propor soluções a ela. Sua crítica, embora não se restrinja ao papel da educação jurídica na perpetuação da crise, é inovadora (e renovadora) por reconhecer e explicitar o papel do discurso docente na perpetuação do *status quo* pretendido pelo dogmatismo acrítico.

Warat estrutura sua crítica sobre um instrumental semiológico, herdado da semiologia de Ferdinand de Saussure (WARAT, 1983, p. 30), deslocado para uma sociologia política do conhecimento prático do direito (1982, p. 50), buscando compreender a relação de poder que o ensino jurídico exerce sobre os juristas que forma. Para isso, propõe que se analise linguisticamente os sentidos adotados pelo discurso docente em seu aspecto dogmático, “como jogos de efeitos, de estratégias, e normas de ação, de dominação e de luta”. A essa proposta, Warat, ao lado de Leonel Severo Rocha e Gisele Cittadino, dá o nome de “semiologia do poder” (WARAT; ROCHA; CITTADINO, 1980, p. 146).

Por meio dela, Warat denuncia no discurso jurídico (tradicional) uma “pretensão de imanência absoluta”, considerado “autônomo e auto-suficiente” (p. 148). A crítica waratiana, então, não busca a superação ou o abandono dos discursos jurídicos tradicionalmente difundidos (seu exemplo preferencial é o do positivismo normativista de Hans Kelsen), mas sua compreensão mais fundamental. Seu objetivo é tornar explícito, por meio do raciocínio crítico, que esse conhecimento impõe um limite de significados que oculta a realidade social busca esquematizar, distanciando-o dos problemas reais que, na prática, deveria ser capaz de resolver (p. 149).

O discurso docente no direito, então, é revelado pela semiologia waratiana como um “lugar de poder”, apenas reproduzindo o saber jurídico dominante, esconde “um pensamento tópico que permite aos juristas assumir as principais categorias organizadoras do seu saber como coisas óbvias e não problemáticas” (p. 150). As escolas de direito, por essa perspectiva, são perpetuadoras de *topoi* baseados em “critérios pseudo-científicos vinculados ao processo de comunicação docente” (p. 152), que, assimilados de forma acrítica, como verdades objetivas, “rouba aos juristas a possibilidade de compreender o papel do jurídico nos jogos sociais não previstos no sistema tópico postulado” (p. 150). Essa constatação sobre o poder do discurso docente de influir na prática do direito, limitando as possibilidades de reflexão e identificação de sentidos para o *corpus* de conhecimentos topicamente engessados, leva Warat a concluir, de forma ácida, “que as escolas de direito são escolas de inocência que nos colocam em uma relação fatal de alienação, caracterizada mais pelo que obriga a falar do que por aquilo que impede dizer” (p. 152).

Aprofundando essa problematização, Warat questiona o próprio fundamento científico do conhecimento jurídico, confrontando-o com os conceitos de *doxa* (do grego δόξα, opinião) e *episteme* (do grego ἐπιστήμη, ciência). A *doxa* seria um “conglomerado de argumentos verossímeis, formados a partir das representações ideológicas, das configurações metafísicas e das evocações conotativas” — significações. A *episteme* seria o conhecimento científico representado pelo “saldo,



logicamente purificado, de todos esses fatores” (WARAT, 1982, p. 51), que converte as significações em conceitos. O conhecimento jurídico, então, seria a purificação da *doxa* do direito em uma *episteme*, cuja pretensão de verdade (na concepção que identifica verdade com ciência) suprime seus aspectos ideológicos e suas relações com o poder, compondo um *corpus* de conceitos que é transmitido e assimilado ingenuamente, sem reflexão e sem crítica, e sem preocupação com suas significações (p. 52).

Esse *corpus* de conceitos, que se pretende verdadeiro e objetivo, é, então, apropriado pelos juristas no âmbito teórico e, em consequência de sua assimilação acrítica, objetiva e desconectada da realidade social, estereotipado e empregado na práxis de forma estratégica. Está formado o senso comum teórico dos juristas: a apropriação acrítica de conceitos prontos, que, empregados sob a influência igualmente acrítica de “uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação” e de “visões, fetiches, lembranças anedóticas, idéias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso” (WARAT, 1987, p. 57), compõem uma nova *doxa* (1982, p. 53). Essa nova *doxa*, por sua vez, tornada “opinião de ofício”, se converte novamente em *episteme* por meio da assimilação acrítica e estratégica no âmbito da práxis, perpetuando as relações de poder que oculta (1982, p. 53). Não é possível explicitar essa relação dialética melhor que o próprio Warat:

Fecha-se, desta forma, um movimento dialético que tem, por primeiro momento certos hábitos significativos (uma *doxa*); por segundo momento, a espera dos conceitos (uma *episteme* construída mediante processos lógicos purificadores sobre o primeiro momento); e, por terceiro momento, o senso comum teórico (dado pela reincorporação dos conceitos nos hábitos significativos). Este último momento caracteriza-se pelo emprego da *episteme* como *doxa*. E aí recomeça a cena dialética descrita. (1982, p. 53)

É esse retorno dos conceitos epistêmicos do conhecimento jurídico à *doxa* de empregos estratégicos que revela, para Warat, a necessidade de discussão crítica sobre o poder do conhecimento jurídico, e, como sua instância institucionalizadora, do discurso docente no direito, para expor sua faceta de violência:

Um poder que encontra-se baseado na reivindicação do caráter inocente da linguagem do direito. Mas, a história deste conhecimento não é tão pura. Ela revela uma violência estrutural da dita linguagem, cujo efeito central é transformar os sujeitos sociais em objetos do poder. (WARAT, 1982, p. 56).

Embora Warat não mencione expressamente Pierre Bourdieu e Jean-Claude Passeron, sua concepção de violência estrutural da linguagem jurídica se aproxima do conceito de “violência simbólica” teorizado pelos sociólogos franceses. Bourdieu e Passeron identificam na educação (que chamam “ação pedagógica”) um poder de imposição de significações que ocultam as relações de poder a ela subjacentes, o que permite que essas significações sejam assimiladas sem que se perceba na autoridade pedagógica qualquer imposição. Dessa forma, a significação imposta (o “arbitrário cultural”) é reproduzida ingenuamente por quem o recebe, fazendo com que o poder de violência simbólica da autoridade pedagógica possa produzir efeitos na realidade social (BOURDIEU; PASSERON, 1970). É, com efeito, uma formulação análoga àquela que Warat constrói, e que Bourdieu e Passeron sintetizam no seguinte axioma: “Tout pouvoir de violence symbolique, i.e. tout pouvoir qui parvient à imposer des significations et à les imposer comme legitimes en dissimulant les rapports de force qui sont au fondement de sa force, ajoute sa propre force, i.e. proprement symbolique, à ces rapports de force”<sup>1</sup> (p. 18).

---

1 “Todo poder simbólico, i.e., todo poder que consegue impor significações e impô-las como legítimas dissimulando as relações de força que estão no fundamento de sua força, adiciona sua própria força, i.e., propriamente simbólica, a essas relações de força.” (Tradução livre.)

Lenio Streck, por outro lado, reconhece no diagnóstico de que o ensino jurídico tradicional, dogmático, que age por meio da uniformização de sentidos o poder de violência simbólica na forma como descrita por Bourdieu e Passeron. E explica que, por meio dele, “o emissor não coage, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor” (STRECK, 2014, p. 108). Quando esse poder se concretiza por meio do ensino tradicional, fazendo com que o jurista formado por ele aja de acordo com o esquema determinado pela dogmática como correto, surge o que chama de “arbitrário juridicamente prevalecente”: a busca, necessariamente acrítica, pelo sentido correto da lei — tudo, é óbvio, dentro dos limites de sentido impostos dogmaticamente, já denunciados por Warat (p. 108).

O resultado é a imersão do imaginário jurídico no senso comum teórico, termo que Streck toma emprestado de Warat para diagnosticar as consequências deletérias para a práxis jurídica. O vício no código comentado descrito por Horácio Wanderlei Rodrigues em 1993 evoluiu para uma cultura de manuais “de duvidosa cientificidade” (STRECK, 2014, p. 98), elaborados por uma doutrina resumida em comentários descontextualizados de ementários de jurisprudência, levada a reboque, de forma acrítica, pelo que dizem os tribunais (p. 99). E essa “cultura *standard*” é reproduzida nas faculdades e nos concursos, que, num simulacro de aplicação dos conceitos jurídicos ao âmbito da faticidade, promovem verdadeiros *quiz shows* de casos esdrúxulos, absolutamente desconectados da realidade. Nesse modelo, estado de necessidade é a situação do homem que mata outro, após um naufrágio, na disputa por uma tábua que suportava o peso de apenas um dos dois (p. 101). Ou se questiona a solução para o caso do gêmeo xifópago que fere o outro (p. 102). Os problemas reais do mundo real, assim, não são a preocupação do direito calcado na dogmática.

O jurista, imerso no *habitus dogmaticus* (termo que Streck toma emprestado de Bourdieu) do senso comum teórico, sequer é capaz de se dar conta das contradições do sistema (p. 90) — internas, entre as proposições do próprio *corpus* dogmático de conceitos, e também externas, da dogmática com a realidade social. A consequência:

Graças a isso, no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras *abstrações jurídicas*, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, “suplicante e suplicado”, expressões estas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a todos nós. *Mutatis mutandis*, isto significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de “coisificação” (*objetificação*) das relações jurídicas. (STRECK, 2014, p. 92)

Para Streck, isso revela uma crise paradigmática que define como “de dupla face”: de um lado, o direito permanece preso ao paradigma liberal-individualista-normativista, que, calcado no princípio iluminista da liberdade, perpetua o domínio da “filosofia do sujeito-proprietário de mercadorias, com a sua capacidade de autodeterminação, fundamento último da filosofia do Direito” (p. 76). Essa concepção e “mediatizada” pelo direito positivo histórico, fazendo com que o *sujeito* seja considerado “*fundamentum inconcussum absolutum veritatis*”, o que se manifesta na discricionariedade — e, por que não dizer?, na arbitrariedade — dos juízes (STRECK, 2014, p. 77; 2017b, p. 58).

Isso nos leva à outra face da crise, que Streck, fiel a sua matriz teórica na hermenêutica filosófica, identifica na “não recepção da viragem ontológico-linguística pelo modelo interpretativo (ainda) dominante” no Brasil (2014, p. 75). Há nisso uma relação com a crise do conhecimento e o problema da fundamentação discutidos pela filosofia do início do século XX, quando se tentavam estabelecer regras para a interpretação que oscilavam entre uma ênfase para o subjetivo ou o objetivo (2007, p. 28). Desde René Descartes, com o *cogito*, até Friedrich Nietzsche, com a vontade de poder (*Wille zur Macht*), o *sujeito* cognoscente, pela razão ou pela vontade, faz com que a realidade seja por ele assujeitada, coisificada, de maneira *solipsista*. Eis o chamado

“esquema sujeito-objeto”, próprio do que Streck chama de “filosofia da consciência” (2017a, p. 74-75). Streck explica que essas teses, no entanto, foram superadas pela viragem (ou virada ou giro) ontológico-linguística (ou, para Gadamer [2007], hermenêutica). Por meio dessa “revolução copernicana” (STRECK, 2007, p. 27), a filosofia é invadida pela linguagem e “o sujeito surge na linguagem e pela linguagem”, como condição de possibilidade prévia ao seu conhecimento (2017a, p. 86-87). Essa pré-compreensão (*Vorverständnis*), categoria da fenomenologia hermenêutica heideggeriana, constitui um existencial, parte da condição humana, fruto da tradição, da faticidade e da historicidade (intersubjetivas) em que está inserido o intérprete. Nessa perspectiva, o intérprete compreende para interpretar, e não contrário (p. 228). Assim, a virada linguística, superando a filosofia da consciência e o esquema sujeito-objeto em favor de uma filosofia hermenêutica, intersubjetiva, supera o solipsismo do sujeito da modernidade — do qual o jurista imerso no senso comum teórico é exemplo.

É uma crise cuja gênese a crítica do direito, aqui representada por Luís Alberto Warat e Lenio Streck (sem esquecer à menção às contribuições de Horácio Wanderlei Rodrigues), atribui, sem hesitações, à dogmática jurídica. E — enfatizamos — a perpetuação da dogmática jurídica no senso comum teórico dos juristas é filha legítima do ensino jurídico em sua forma mais difundida, herdeiro do bacharelismo imperial, que já era herdeiro da aula magistral coimbrã, que já era herdeira das universidades medievais de Salamanca e Bolonha. A dogmática no ensino, ocultando a ideologia da *doxa* e transformando suas significações em uma *episteme* de conceitos que ignoram a pré-compreensão, usa seu poder de violência simbólica para impedir a própria compreensão da crise, canonizando-os em uma nova *doxa* “para preservar o segredo que escondem as verdades”. O senso comum teórico, então, é “o lugar do secreto” (WARAT, 1987, p. 59), em que sorratamente convivem “o dito e o não dito” (STRECK, 2014, p. 97). E sua linhagem, que remonta diretamente ao medievo, produz e reproduz um conhecimento que só pode ser transmitido pela “fala autorizada” daqueles que ocupam o “lugar da fala” (WARAT,

1984, p. 34), como sacerdotes detentores da verdade, habitantes de um “monastério dos sábios”.

Nos monastérios, no entanto, não existe carnaval, e todo conhecimento que vem de fora é heresia. Um caminho possível, apontado pela crítica do direito, para nossa educação jurídica, é o de compreender (e transmitir) que no conhecimento — como no carnaval — não existem heresias. Carnavalizar este país sem carnaval, então, é urgente — uma urgência para a qual San Tiago Dantas já alertava mais de sessenta anos atrás.

## **2 CARNAVALIZAR O PAÍS SEM CARNAVAL POR UM DIREITO SEM HERESIAS**

Como visto, Warat repudia o conhecimento desconectado de suas circunstâncias. Assim, as propostas que apresenta por meio da crítica ao ensino dogmático não podem ser desconectadas de sua experiência pessoal, como conta Leonel Severo Rocha, amigo e colaborador do jusfilósofo argentino. Durante seu doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, pesquisou sobre a filosofia analítica (imediatamente anterior à virada linguística) e o normativismo de Hans Kelsen. Foi orientado por Ambrosio Gioja, que faleceu durante a orientação, sendo substituído por Roberto José Vernengo, ambos professores à moda dogmática: rigorosos, formalistas, distantes dos alunos e tidos por Warat como “muito esnobes”. As duas coisas, então, podem ser entendidas como ponto de partida da crítica waratiana ao ensino dogmático: no conteúdo, a negação da analítica por seu caráter objetivante e alienante; na forma, a negação de seus professores mais importantes, por sua didática igualmente objetivante e alienante (ROCHA, 2012).

Era preciso, então, promover um desmonte de “hábitos gnoseológicos” que conferem aos juristas uma compreensão ilusória acerca das condições de possibilidade do conhecimento científico no direito. Como já discutido no item anterior, Warat considera que a epistemologia, ao atribuir a verdade a suas proposições por meio de uma “auto

compreensão científicista” (WARAT, 1984, p. 27), sufoca o sentido do conhecimento, tornando-o ideológico e perpetuando mitos. Por isso, a possibilidade da existência do conhecimento jurídico na educação estaria “precisamente na destruição do imaginário científicista, na supressão da doxa epistemológica, na abolição de toda metalinguagem científica” (p. 28). O papel da ciência responsável, então, não seria o de se apresentar neutra de valores, dissimulando o estabelecimento de um determinismo valorativo na sociedade, mas o de desenvolver um conhecimento em oposição ao autoritarismo, por meio de “questões que comprometem o homem com a democracia”, questionando a própria verdade (p. 31). Eis a essência do saber crítico.

Para Warat, esse conhecimento demanda a substituição da epistemologia dos conceitos, resultado da transmutação da *doxa* jurídica em *episteme*, em uma “epistemologia das significações” (1982, p. 53). Por meio dela, torna-se possível compreender os vínculos entre aqueles conceitos e suas representações ideológicas, desvelando seu caráter estratégico e institucional, que faz com que os valores da ciência se tornem os valores do homem. Esse deslocamento epistêmico poderia inverter o sentido do corte epistemológico, fazendo com que os valores do homem se tornem os valores da ciência. Substituir os conceitos pelas significações, então, seria substituir a univocidade de uma pretensa verdade por uma polifonia de significados que não se pretendem definitivos, fazendo com que a ciência seja “uma literatura do sentido suspenso, uma linguagem que provoque respostas, mas não as dê” (1984, p. 31). É a esse deslocamento da univocidade autoritária dos conceitos à polifonia democrática das significações que Warat dá o nome de “carnavalização”.

Embora o jurista argentino empregue, de forma inovadora, essa categoria na crítica à teoria do conhecimento, e do conhecimento jurídico especificamente, ele não é o inventor do termo. Foi o filósofo russo Mikhail Bakhtin que primeiro empregou o conceito no âmbito de suas investigações sobre o discurso literário. Para ele, a linguagem carnavalizada dá um sentido carnavalesco ao mundo, e não pode ser traduzida completamente em uma linguagem de conceitos abstratos.

No carnaval, um desfile sem divisão entre atores e espectadores, em que todos são participantes, leis, proibições e restrições — o não-carnaval — são suspensos junto com a hierarquia, o terror, a reverência, a piedade e a etiqueta que impõem. É suspensa também a *distância* entre as pessoas, permitindo um contato livre e familiar. A linguagem carnavalesca é aquela que decorre desse sentido de carnaval (BAKHTIN, 1999, p. 122-123). Warat, adotando o conceito, diz que Bakhtin lhe inspira “o coroamento de uma didática carnavalesca” e a “metamorfose da carnavalização literária em profanação epistêmica”, deslocando o conceito para “o estudo das relações entre ciência, o direito e a epistemologia” (WARAT, 1985, p. 109).

A carnavalização do direito, então, passa por uma valoração coletiva do conhecimento, compreendendo o indivíduo como inserido numa ordem de significações prévia ao conhecimento. Explica Warat:

Esta postura obriga a análise discursiva, mas não dentro das crenças cientificistas da semiologia, que pressupõe a abstração das dimensões sintáticas, semânticas e pragmáticas, na hierarquia infinita das metalinguagens (Habermas). Em lugar disto, o que há na carnavalização semiológica é a competência da reflexão da sociedade, enquanto interação dos discursos na trama social, que se torna palpável como uma teia textual. O estatuto da teoria define-se então, como uma atividade social do pensamento produtivo, que se dá como diálogo e ambivalência, de um universo discursivo no espaço dialógico dos textos. A ambivalência é uma condição do diálogo discursivo que define a própria operação de leitura produtiva. (1984, p. 33)

Por meio dessa produção dialógica, polifônica e não hierarquizada do conhecimento, Warat busca a “reconciliação” do discurso com a sociedade, integrando o discurso à ação de forma não autoritária. Estando a ciência inevitavelmente ligada aos fundamentos que a dogmática — o não-carnaval bakhtiniano — oculta estrategicamente por meio da purificação epistemológica, a compreensão de suas



condições de produção deve levar em conta as “mediações sociais que produzem sua significação e que marcam a presença do ideológico, do político e do imaginário no seio das teorias”. Nesse sentido, diz Warat, “carnavalizar é ter uma relação não culpabilizada com o político, o ideológico e o imaginário” (1984, p. 33).

A carnavalização waratiana como diálogo e intertextualidade na produção do conhecimento jurídico — na qual se insere o ensino — evoluiu lado a lado com a carnavalização de sua linguagem, que se tornou cada vez mais aberta às metáforas e à poesia. A necessidade uma produção de conhecimento dialógica para contrapor os limites às significações impostos pela dogmática veio à tona, de forma poética, em seu *A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos* (1985). A intertextualidade com a obra de Jorge Amado é óbvia. Com ela, Warat busca situar a ciência do direito entre a “castração” que a dogmática exerce por meio de seu poder de violência simbólica a sublimação do rompimento com “os costumes do desejo, o hábito dos corpos e o dever do sentido” (p. 18-19). A ciência jurídica seria como Dona Flor, “uma mulher que não se deixa levar pela castração”, “heroína da ambivalência, que foge do dever e abre horizontes ao desejo” (p. 18), colocada entre duas realidades que se cruzam, representadas por seus dois maridos, Vadinho e Teodoro:

Seus dois maridos, como retratos de uma duplicidade convergente/persistente, funcionam dialeticamente como espaços de confronto da estabilidade dentro da qual cremos existir. Deste modo, Vadinho, o folião, e Teodoro, o amanuense do cotidiano, podem ser apreendidos, metaforicamente, como uma interferência do mágico no verdadeiro; do plural no singular; do imprevisto no costume; do insólito na vida cronometrada; enfim, do natural aos soníferos da cultura.

(...)

Dona Flor me permite mostrar um imaginário carnavalesco. Vadinho e Teodoro, como Arlequim e Pierrot, refletem-se um no outro, seguindo as leis da ambivalência carnavalesca. Eles podem ser contrapostos como o tango canalha e o “ballet” culto. (p. 19)

Essa ambivalência está, também, representada pelo contraste entre o velho e o novo. Warat diz que uma “cosmovisão carnavalesca da vida” pode tornar visível o envelhecimento daquele conhecimento que se crê verdadeiro. O novo, o possível, é “convocado” pela carnavalização do saber e renega a univocidade das significações pretendida pela velha dogmática. As significações carnavalizadas evidenciam e subvertem o “totalitarismo da razão que mantém o envelhecimento das ideias, provocado pela tendência a afirmá-las coerentes — sem ambiguidade — e sempre idênticas a si mesmas”. A carnavalização da epistemologia, então, teria como objetivo “apressar o envelhecimento das verdades consagradas sem ambivalência” (WARAT, 1985, p. 98-99). E o catalisador desse processo só pode ser o raciocínio crítico, como San Tiago Dantas já havia alertado em 1955.

Por isso, o espaço preferencial para a carnavalização não pode ser outro senão a sala de aula. Pode-se dizer que o ensino carnavalizado possui algumas características renovadoras em relação ao ensino dogmático tradicional.

Primeiro, um deslocamento epistêmico. A carnavalização rompe com a dogmática ao rejeitar a pretensão de univocidade dos conceitos, transmitida e assimilada de forma acrítica e impositiva, dando lugar a uma arena na qual o conhecimento se dá pelo exercício dialógico, democrático e sem hierarquia que busca, por meio do raciocínio, compreender o direito em sua dimensão polissêmica, conectada com a realidade social que pretende regular. Nesse sentido, “a carnavalização é uma concepção do ensino onde se aprende sem que ninguém ensine” (p. 115), ou seja, o conhecimento é construído de forma intersubjetiva, mediante diálogo e raciocínio, sem que se imponham conceitos objetivos com pretensão de verdade.

Segundo, um estímulo intelectual. A didática carnavalizada tem como objetivo o desenvolvimento no estudante do *desejo* pela aprendizagem. A carnavalização abandona “disfunções científicas”, “transforma a ciência em prazer” (p. 115). O estudante deve buscar o conhecimento porque *o deseja*, e não em decorrência de uma busca pela “auto-afirmação econômica, a acumulação de dólares e a realização profissional con-

fundida com a direção prática da vida” (p. 114). Isso porque o aprender carnavalizado é “um aprender com paixão, pronto para repelir como uma imoralidade a autoridade do professor togado, no fundo insignificante, procurando reduzir à obediência o jogo do aprender (p. 115). O estímulo intelectual que a carnavalização proporciona desperta o desejo de aprender: “O desejo é a erotização da razão” (WARAT, 1985, p. 116).

E terceiro, a afetividade. A sala de aula carnavalizada é um espaço lúdico, que estimula a afetividade e a tolerância. “O jogo,” diz Warat, “é o momento mágico do desejo”. Por meio dele, substituem-se o tédio e a dominação (p. 115): “A didática carnavalizada é uma excelente possibilidade para destruir a relação mestre-discípulo” (p. 133). O professor deve estimular no estudante sentimentos positivos, tornando a sala de aula um lugar “mágico”, no dizer de Leonel Severo Rocha (2012):

Na constituição desses espaços é notável a capacidade de Warat em fazer com que todos os seus alunos se sentissem como sendo prediletos. Como um bom sedutor, todos se sentiam escolhidos. Uma espécie de Don Juan dos professores, num bom sentido, ou em todos os sentidos. Embora, todos os alunos se sentissem privilegiados por acharem terem sido escolhidos por ele, lamento dizer, mas todos eram contemplados. Esta é a idéia da Aula Mágica. A partir da afetividade todos sentem a capacidade de participar e construir, desde a sala de aula, um novo mundo.

Essas duas últimas características da carnavalização — estímulo intelectual e afetividade — não se restringem ao âmbito da educação jurídica e podem ser aplicadas em toda situação de ensino. Na verdade, essas duas características se identificam à perfeição com as duas dimensões do ensino exemplar que Joseph Lowman, após uma extensiva pesquisa empírica de avaliação de professores, identifica em seu “modelo bidimensional de efetividade do ensino” (2004). Por esse modelo, Lowman defende que a qualidade do ensino depende das “espécies de emoção e relacionamento que os motivam a dar o melhor de si no trabalho”: precisamente o estímulo intelectual e a

empatia interpessoal (p. 37-38). Sob essa perspectiva, pode-se entrever a validação empírica do ensino carnavalizado como um ensino que atende ao dito modelo bidimensional, sendo, portanto, exemplar.

A primeira das características — o deslocamento epistêmico do ensino dogmático —, por sua vez, é a característica, aplicável especificamente ao ensino do direito, que pode dar o impulso para o salto de superação da dogmática. É por meio dela (com auxílio instrumental das outras duas), que se promoverá, efetivamente, o (re)encontro entre o direito e a realidade social que pretende regular. É ela que pode despertar o jurista do futuro para a violência simbólica a que está submetido, e que o faz inocentemente reproduzir.

Dialogando com o semiólogo francês Raymond Barthes, Warat formula a proposta de uma “pedagogia da sedução”, que reúne deslocamento epistêmico, estímulo intelectual e afetividade:

O professor sedutor incita à construção de um imaginário que procure sua autonomia, quebrando o útero e deslocando o afeto protetor para o prazer sem culpa. Na didática da sedução busca-se a realização coletiva de um imaginário carnavalizado, onde todos possam despertar para o saber do acasalamento da política com o prazer, da subversão com a alegria, das verdades com a poesia e finalmente da democracia com a polifonia das significações. (p. 84)

Warat explica que a ideia de sedução vem de Nietzsche, significando um desvio de sentido que causa fascínio pela divisão, pela cumplicidade e pela ambivalência. Esse desvio afasta a possibilidade de individualizar os termos, tornando a verdade um lugar onde os sentidos são suspensos, e só podem ser (re)construídos por meio do diálogo. Pela sedução, impõe-se um jogo no qual o que se mostra não é a verdade, mas o segredo. É ele que rompe a pretensão de verdade dos conceitos impostos pela epistemologia como verdadeiros, por meio do chamamento para um diálogo revelador (p. 81-82). Assim, para Warat, “a palavra sedutora, como um grande Casanova, triunfa quando consegue mostrar-se como uma possibilidade, como uma

disponibilidade absoluta, mas não como um corpo estruturado” (p. 82). A didática da sedução busca realizar um imaginário carnavalesco, deslocado do sentido imposto, para que “todos possam despertar para o saber do acasalamento da política com o prazer, da subversão com a alegria, das verdades com a poesia e finalmente da democracia com a polifonia das significações” (WARAT, 1985, p. 84)

Carnavalizar o ensino do direito, então, significa superar o postulado da pureza metódica de que é exemplo o positivismo kelseniano (WARAT, 1983), libertar o jurista dos paradigmas do liberalismo-individualismo normativismo e da filosofia da consciência e reconhecer que o conhecimento jurídico não é um conjunto de verdades objetivas construído em algum lugar metafísico externo ao mundo. Nesse sentido, carnavalizar o ensino jurídico implica superar a arbitrariedade dos sentidos impostos e reproduzidos: a carnavalização é o vetor de um direito menos autoritário, mais democrático e mais comprometido com a realidade. Warat:

A visão carnavalesca do mundo nos revela a grandeza arlequina do cotidiano, que assume o primado crítico frente aos labirintos obscuros e às situações de estancamento a que chegam os intelectuais burocratizados, tendo respostas feitas para todos os dilemas.

Pela via da carnavalização podemos dar asas a uma busca erótica, lúdica, mágica, por ética e fundamentalmente política. Nessa via a revelação do autoritarismo servirá para perseguir, aprendendo o que é a vida, a democracia. (1985, p. 111-112)

Ser um país do carnaval, então, é ser um país da democracia.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O trunfo da crítica do direito é o de mostrar, seja por meio da semiologia, seja por meio da hermenêutica, que o discurso jurídico, na forma como usualmente é (re)produzido no Brasil, pode ser compreendido para além dos limites epistemológicos que ele próprio estabelece aos sentidos que podem ser dados ao conhecimento. Esses

limites purificam costumes e opiniões difundidas entre os juristas, ocultando-lhes o caráter ideológico por meio de uma objetivização de conceitos sob o pretexto da pureza metódica. A crítica do direito é um meio capaz de revelar que esse postulado — esse dogma — que atribui ao discurso jurídico institucionalizado como verdadeiro — a dogmática —, cria dois problemas, que são agravados pela via do ensino.

Primeiro, a purificação epistemológica esconde as razões por trás de seus postulados, apresentando-os como verdades científicas, objetivas, e, portanto, fora de questão. Para a semiótica de Warat, a *doxa* representada por um feixe de significações é purificada e transformada em uma *episteme* de conceitos transmitidos acriticamente, sem conexão com suas significações subjacentes. Para a hermenêutica de Streck, a dogmática permanece resistente à invasão da filosofia pela linguagem, mantendo-se fiel a uma lógica subsuntiva que apenas aplica enunciados objetivos como se eles não fossem parte do mundo e houvesse um “grau zero” de sentido, ignorando a pré-compreensão que ancora toda interpretação na tradição e na historicidade do intérprete. O ensino jurídico, quando adota esses postulados, se torna autoritário, exercendo uma imposição de sentidos que sequer pode ser percebida como tal pelo estudante. O sentido imposto, quando não se percebe imposto, é reproduzido, e o ciclo continua.

O segundo problema, consequência do primeiro, é que a moldagem acrítica de juristas na forja padronizadora do ensino dogmático transpõe essa acriticidade para as funções da justiça. Assim, o direito da práxis, por ser baseado em conceitos objetivos desconectados de seu substrato social, se torna também desconectado da realidade; por ser acrítico, promove um emprego estratégico dos conceitos dogmáticos, baseado no senso comum teórico. O ensino dogmático, então, produz em escala industrial milhares de “operadores do direito” que, para operá-lo — como se fosse um objeto — têm de recorrer a um manual — como se pudesse haver um manual para a vida. Nessa conjuntura, a tutela estatal dos direitos dos cidadãos fica refém desse modelo.

Por isso, carnavalizar o ensino, na concepção inaugurada por Warat, permite separar o velho do novo, e mostrar que o velho já não

serve. O ensino jurídico dogmático, mostra-nos a crítica do direito, é um ensino velho: filho do bacharelismo imperial, neto das aulas magistrais coimbrãs, descendente direto das universidades medievais. Não é sem razão que as escolas de direito permanecem até hoje monastérios de sábios detentores da verdade, para quem todo conhecimento vindo de fora é uma heresia. Nesse país sem carnaval, o estudante jovem já nasce velho, falando uma língua trôpega de latim vacilante e outrossins, que lembra apenas vagamente o português que se fala nas ruas. Nesse país sem carnaval, onde o jovem nasce velho, não existe moderno, apenas hodierno.

A carnavalização pode indicar o caminho do novo, do direito que fala a língua das ruas, que se preocupa com problemas reais, da escola que ensina sem ensinar porque promove o raciocínio e o diálogo. O novo, nos conta Warat, é a tolerância, a ambivalência, a conotação. O novo é o que não acredita nos falsos sacerdotes do saber, nem se tranca em monastérios ou aceita a verdade sem questionamentos. O novo não aceita respostas prontas; o novo dá respostas. O novo, por não aceitar a arbitrariedade, é a própria democracia.

Warat nos convoca a despertar o gosto pela significação carnavalesada, derrubando a sobriedade onipotente do mundo acadêmico por meio do poético. Atendemos a essa convocação invocando Belchior: você pode até dizer que eu tô por fora, ou então que eu tô inventando. Mas é você que ama o passado e que não vê que o novo *sempre* vem.

## REFERÊNCIAS

BAKHTIN, Mikhail. **Problems of Dostoevsky's Poetics**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **La reproduction**: éléments pour une théorie du système d'enseignement. Paris: Les éditions de minuit, 1970.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. A educação jurídica e a crise brasileira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 159, p. 449-459, 1955.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luís Alberto Warat. In: **Constituição sistemas sociais e hermenêutica [Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, v. 9]**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 203-212, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017a.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica e ensino jurídico em terrae brasilis. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 46, 2007.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. O senso (in) comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luís Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 4, n. 2, p. 185-192, 2012.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

WARAT, Luís Alberto; ROCHA, Leonel Severo; CITTADINO, Gisele. O poder do discurso docente das escolas de Direito. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 2, n. 02, p. 146-152, 1981.

\_\_\_\_\_. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

\_\_\_\_\_. A la fortune du pot. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 5, n. 08, p. 27-40, 1984.

\_\_\_\_\_. À procura de uma semiologia do poder. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 2, n. 03, p. 79-83, 1981.

\_\_\_\_\_. As vozes incógnitas das verdades jurídicas. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 8, n. 14, p. 57-61, 1987.

\_\_\_\_\_. Do postulado da pureza metódica ao princípio da heteronímia significativa. Florianópolis, **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 4, n. 7, p. 28-34, 1983.

\_\_\_\_\_. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 3, n. 05, p. 48-57, 1982.

WARAT, Luís Alberto. Sobre la dogmática jurídica. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 33-55, 1981.



# PARA MEUS AMIGOS, TUDO; PARA MEUS INIMIGOS, A EXCEÇÃO: VIDA NUA E BIOPODER NOS CAMPOS DE TRUMP

## PEDRO ANDRÉ GUIMARÃES PIRES

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Possui, ainda, Certificat d'études politiques pelo Institut d'Études Politiques de Lyon (Sciences Po Lyon). Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e Processual Civil do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). Professor de Direito e Arte da Faculdade de Direito 8 de Julho.

### Resumo

O governo de Donald Trump nos EUA inaugurou uma política imigratória nacionalista e excludente, que confere aos estrangeiros uma situação de “abandono”, na terminologia adotada por Giorgio Agamben. A utilização do método arqueológico-paradigmático agambeniano pode fornecer conceitos úteis para a análise das consequências biopolíticas do encarceramento em massa e sem devido processo legal dos imigrantes: *homo sacer*, vida nua, inimigo da pátria, campo. As revelações jornalísticas sobre o assunto, em especial a morte de oito crianças imigrantes sob custódia do estado americano, é uma amostra da necessidade de uma compreensão mais fundamental e filosófica do problema da exceção neste paradigma, para que se possam propor soluções que resguardem de maneira efetiva os direitos humanos dos imigrantes. Palavras-chave: imigração, biopolítica, *homo sacer*, inimigo da pátria, vida nua, campo.

*“Voi che vivete sicuri  
nelle vostre tiepide case,  
voi che trovate tornando a sera  
il cibo caldo e visi amici:  
Considerate se questo è un uomo  
che lavora nel fango  
che non conosce pace  
che lotta per mezzo pane  
che muore per un sì o per un no.  
Considerate se questa è una donna,  
senza capelli e senza nome  
senza più forza di ricordare  
vuoti gli occhi e freddo il grembo  
come una rana d’inverno.  
Meditate che questo è stato:  
vi comando queste parole.  
Scolpitele nel vostro cuore  
stando in casa andando per via,  
coricandovi, alzandovi.  
Ripetetele ai vostri figli.  
O vi si sfaccia la casa,  
la malattia vi impedisca,  
i vostri nati torcano il viso da voi.”*  
(Primo Levi, *Se questo è un uomo.*)

## 1 INTRODUÇÃO

“Para meus amigos, tudo; para meus inimigos, a lei”. Esta frase, tão célebre quanto apócrifa, é atribuída tanto ao marechal Óscar Benavides, presidente do Peru por duas ocasiões, quanto a Benito Juárez, presidente do México por cinco mandatos. Em sua essência, a frase revela uma das mais problemáticas questões do exercício da soberania: a gestão seletiva do estado, que, por meio da manipulação de seu poder, concede benefícios aos “amigos”, enquanto relega os ini-

migos ao rigor de uma estrita (pseudo)legalidade. Na América Latina, esse problema é, com efeito, um velho conhecido: desde a colonização até os dias atuais, levadas a cabo por detentores de poder e interesses dominantes, resultou em ditaduras, caudilhismo, autoritarismo, negação de direitos e, à última consequência, morte.

O mesmo não pode ser dito do caso dos Estados Unidos. Desde sua independência, esse país se construiu sobre as bases de uma democracia liberal, cujas maiores crises foram a Guerra Civil, que resultou no fim da escravidão, e o *Crack* de 1929, após o qual se impôs a Grande Depressão, que resultou na adoção, à americana, do *Welfare State* (HURET, 2013). Entretanto, embora essas crises terem dado azo à instauração de estados de exceção (AGAMBEN, 2018b), sua utilização não se deu de forma prolongada ou permanente. Assim, no caso americano, não ocorreram rupturas institucionais profundas como nos países latino-americanos, de modo que os EUA permanecem até hoje com o mesmo modelo de democracia liberal revestida de uma simbologia e uma liturgia muito próprias que os *Founding Fathers* instituíram na Filadélfia em 1787 (PLASSARD, 2012).

Por isso, causa tanta perplexidade a política imigratória do governo de Donald Trump, que, em nome de uma alegação de “invasão”, busca, sistematicamente, reduzir e até retirar direitos dos imigrantes, por meio de uma retórica que converte solicitantes de asilo, refugiados e até crianças em “inimigos da pátria”. Com esse discurso, que equipara a imigração a uma invasão e os imigrantes a inimigos, que representaria uma situação de emergência ou de necessidade — ou, enfim, de exceção —, Trump pode justificar qualquer ação adotada, por mais que ela afronte aos direitos humanos dessas pessoas — até mesmo o direito à *vida*.

Com base nessas diretrizes de governo, os centros de detenção administrados pelo *U.S. Customs and Border Protection* (CBP) se tornaram palco de sérias violações de direitos humanos, reconhecidas por entidades diversas. Na semana de 10 de junho de 2019, uma inspeção levada a cabo pelo *Office of Inspector General* (Gabinete da Inspectora-Geral) do *Department of Homeland Security* (Departamento

de Segurança Nacional) deu origem a um relatório que demonstra que os *detainees* (detentos) estão sujeitos a diversos problemas como superlotação, falta de acesso a higiene, detenção além do tempo legalmente permitido.

Em três dos cinco estabelecimentos inspecionados, as crianças detidas não tinham acesso a chuveiros e acesso restrito a roupas limpas. Em dois deles, as crianças não recebiam refeições quentes até a semana da visita. Em um dos centros, alguns adultos desacompanhados eram mantidos em recintos onde só podiam ficar em pé por uma semana; em outro, eram mantidos por mais de um mês em celas superlotadas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2019). Todos esses fatos são violações de normas vigentes nos EUA acerca da matéria, como os padrões do CBP para Transporte, Escolta, Detenção e Busca (*CBP's Transport, Escort, Detention and Search standards [TEDS]*) e o Acordo Flores (*Flores Settlement*) de 1997, decorrente do caso *Reno v. Flores*, conhecido pela Suprema Corte.

Num primeiro momento, a pergunta que surge desses fatos é esta: como é possível, numa democracia liberal como os EUA, possa ser adotada uma política que nega aos imigrantes os direitos sagrados e inalienáveis que se lhes confere pela razão única de serem humanos? Esse aparente paradoxo, pelo qual democracia e exceção são conceitos opostos e inconciliáveis, se desfaz por completo se compreendemos os fenômenos políticos da atualidade como, em verdade, fenômenos *biopolíticos*, ou seja, imersos em um novo paradigma político que transporta a própria vida biológica da pessoa para dentro das decisões políticas do estado.

Essa é a proposta feita por Giorgio Agamben, filósofo italiano que fornecerá o marco teórico-metodológico desta análise. Por meio da apropriação de seu método dito arqueológico-paradigmático e do substrato teórico representado por seus conceitos biopolíticos de *homo sacer*, vida nua, campo, bando, inimigo da pátria ou estado de exceção, poderemos compreender, em uma perspectiva propriamente contemporânea (AGAMBEN, 2008a), o fenômeno do biopoder exercido pelo governo Trump sobre os imigrantes postos sob sua custódia.

A análise biopolítica da política imigratória do governo Trump torna possível uma nova compreensão do aparente paradoxo democracia-exceção, rompendo-o e revelando uma *contiguidade* entre esses dois polos opostos (AGAMBEN, 2018a), que explica como as ações do governo americano são possíveis dentro de uma democracia. Agamben define a exceção como paradigma do moderno (2018b), de maneira que, com base nessa compreensão e adaptando a fórmula apócrifa de Benavides/Juárez, podemos promover uma análise da política de imigração de Trump sob a perspectiva da vida nua e do estado de exceção.

Para isso, inicialmente apresentaremos os fatos relacionados com a crise migratória causada pelo governo, para, em seguida, apresentar o método e o marco teórico da filosofia política agambeniana. Feitos esses esclarecimentos, procederemos à análise propriamente dita do caso apresentado, para que se demonstrem as semelhanças e identidades entre as ações governamentais americanas e o estado de exceção como descrito por Agamben — e para que, assim, se dissipe a fumaça que nos cega e nos impede de ver com clareza o caminho a seguir para garantir, com a máxima efetividade, os direitos humanos de todas as pessoas.

## **2 A CRISE MIGRATÓRIA DO GOVERNO TRUMP E A NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES**

### **2.1 A retórica de exceção**

Desde sua campanha presidencial, Donald Trump tem adotado uma retórica inflamada e agressiva contra os imigrantes, sob a alegação de que haveria uma “invasão” do território norte-americano por uma turba sem precedentes de estrangeiros quase bárbaros, capazes de cometer as maiores ilegalidades. Em 6 de julho de 2015, já investido na presidência, Trump publicou uma declaração na qual dizia que o governo mexicano buscava forçar a entrada nos EUA de suas “mais indesejadas pessoas”, às quais chamou de “criminosos, traficantes de drogas, esturpadores etc.”. Por isso, seriam necessárias medidas

proporcionais à ameaça, pois se trataria de um caso emergencial, *excepcional*. O presidente chegou mesmo a ameaçar a declaração de uma emergência nacional, a encarnação estadunidense do estado de exceção no sentido jurídico.

Contudo, o discurso presidencial levanta algumas questões. É verdade que há uma quantidade sem precedentes de pessoas tentando cruzar ilegalmente a fronteira com o México? É verdade que há uma escalada de violência e criminalidade decorrente da entrada de imigrantes ilegais? Há uma justificativa válida para a adoção dessa política migratória?

Ao que tudo indica, não parece ser o caso. O sociólogo David Green, em artigo publicado na revista *Social Sciences Quarterly*, fez uma análise de dados estatísticos para testar o que chamou de “*the Trump hypothesis*”: há uma relação causal entre a entrada ilegal de imigrantes e o aumento da criminalidade? Após uma comparação entre, de um lado, as taxas de crimes violentos e prisões relacionadas a drogas por estado entre 2012 e 2014 e, do outro, as estatísticas de estrangeiros e cidadãos mexicanos vivendo nos EUA e estimativas do número de estrangeiros e mexicanos não documentados por estado, Green conclui:

There is no apparent link between immigrant populations and violent crime, although there is some evidence of a small but significant association between undocumented immigrants and drug-related crime. These findings cast some doubt on the claims of the Trump Hypothesis, particularly assertions that undocumented Mexican immigrants are disproportionately “rapists” and “bring drugs.” (2016)

Sobre o número de imigrantes ilegais nos EUA, Trump disse em uma entrevista concedida ao jornalista Anderson Cooper, da CNN, que haveria no país 34 milhões dessas pessoas. O problema é que essa estatística não consta de nenhuma base de dados oficial. O jornalista Phillip Bump (2015), do *The Washington Post*, reagindo à utilização de

dados falsos pelo presidente, publicou um artigo de *fact-checking* no qual demonstra que, se assim fosse, cerca de dez por cento da população americana seria composta de imigrantes ilegais, e que, cruzando esses dados com os censos nacionais, a quase totalidade dos habitantes estrangeiros dos EUA estaria no país ilegalmente. Na verdade, segundo Bump, pesquisas da Pew Research e do DHS Program demonstram que o número de imigrantes gira em torno de 11 milhões, e, diferentemente do que disse o presidente, não é o mais alto da história — pelo contrário: os dados mais recentes, de 2012, revelam que, nesse ano, o número foi menor do que antes da crise de 2008.

Parece claro, pois, que a política imigratória de Trump está baseada em uma retórica de exceção, por meio da qual o presidente fica livre para exercer seu poder soberano sobre a vida das pessoas, que, compreendidas como criminosos, bárbaros, estupradores, que estão invadindo a nação aos milhares como nunca antes, têm negados seus direitos e sua dignidade. Ao se observar que essa retórica está ela mesma baseada em supostos fatos ditos “excepcionais”, mas que, como visto, não o são, o que se percebe é que essa retórica de exceção — que, com efeito, confere ao presidente um poder que, embora fundamentado na lei, não encontra nela nenhum limite —, não passa de uma criação artificial de razões de fato capazes de criar as condições para a exceção. Ao criar artificialmente esses fatos, forjando por meio deles a exceção e liberando-se das limitações da lei, o presidente, enquanto detentor do poder soberano, se converte em senhor absoluto, pois mesmo a exceção pode ser declarada segundo sua vontade.

## 2.2 A prática da exceção

A jornalista histórica Andrea Pitzer dedicou grande parte de suas pesquisas à análise dos campos de concentração. Suas investigações culminaram no livro *One Long Night: A Global History of Concentration Camps* (2017), no qual constrói uma genealogia histórica dos campos, identificando características comuns que pode ser vir como subsídios para a identificação e a prevenção de sua existência na atualidade. Segundo Pitzer, campos de concentração não são apenas aqueles

construídos no modelo de Auschwitz ou Dachau, mas, antes, qualquer lugar onde se detenham em massa civis sem devido processo legal. Adotando essa definição, Pitzer, em entrevista concedida à revista *Esquire* (HOLMES, 2019), argumenta que os centros de detenção de imigrantes na forma como idealizada na política imigratória de Donald Trump podem ser considerados verdadeiros campos de concentração.

Para Pitzer, a *prática* de exceção de Trump está baseada em dois pilares: militarismo e desumanização (HOLMES, 2019). A instauração da exceção está sempre baseada na ocorrência de fatos considerados excepcionais, e que devem ser combatidos por representarem uma ameaça à nação. A identificação dos migrantes como criminosos, invasores ou indesejáveis os equipara ao *status* excepcional de inimigo da pátria, o que justifica a adoção de qualquer medida de repressão necessária para manter a segurança nacional. Isso, é claro, segundo a lógica de Trump e de seus partidários: ao ver o imigrante como inimigo, a reação contra ele passa a ser vista sob uma perspectiva *bélica*, militar.

Por outro lado, e concomitantemente, a *retórica* de exceção também justifica um processo de desumanização dos migrantes. É por meio dele que são retiradas, pouco a pouco, as garantias e os direitos das pessoas identificadas como inimigas, o que, às últimas consequências, implica num controle total do soberano sobre a vida daqueles que foram postos sob sua custódia. No caso mais célebre de desumanização que se conhece, o do nazismo, conta-nos Hannah Arendt em seu *Origens do totalitarismo* (2017), as Leis de Nuremberg representaram a sujeição dos judeus à retirada de direitos, até que, completamente despidos de sua cidadania e de sua humanidade, foram relegados aos campos de concentração e extermínio, onde nem lei, nem identidade, nem humanidade fazem mais sentido.

Andrea Pitzer defende que esse processo de desumanização pode ocorrer em qualquer parte, inclusive nos EUA (HOLMES, 2019). Assim, para a autora, a prisão de Guantánamo, onde são detidos os acusados de terrorismo sem responder a um processo formal, mas tampouco sem ser libertados, é um claro exemplo atual de campo de



concentração, onde os *detainees* foram completamente despidos de sua humanidade. Esse processo é também muito visível nas ações concretas adotadas pelo governo Trump para a suposta contenção da crise imigratória (PITZER, 2017).

Algumas dessas ações são particularmente relevantes para a análise biopolítica que faremos mais adiante. Nesse sentido, podemos mencionar a determinação de detenção dos solicitantes de asilo. A professora de direito da Universidade do Distrito de Columbia (EUA) Lindsay M. Harris publicou um artigo de opinião no jornal *The Washington Post* (2018) no qual argumenta que não há razão para a detenção desses migrantes, uma vez que a solicitação de asilo não é um crime; ao contrário, é um direito humano protegido pelo direito internacional. Restringir esse direito, com fundamento e uma situação de exceção baseada nela mesma apenas na vontade do governante, então, seria uma grave violação do estado de direito.

Um segundo exemplo é ainda mais surpreendente. Trump propôs, sempre com base na retórica de exceção já descrita, a retirada dos direitos de cidadania de cidadãos americanos filhos de imigrantes ilegais. A retirada da cidadania de um cidadão pleno, pelo simples fato de ser filho de um imigrante ilegal, e com base em uma retórica sem respaldo na realidade, é a expressão máxima da exceção: por meio dela, nem o fato de ter nascido cidadão de um estado, que, como se verá, é o fundamento dos direitos humanos, é capaz de proteger desse mesmo estado que, adotando a exceção, adquire o controle total sobre a vida daqueles sob seu poder. Os direitos humanos, cujo fundamento está mesmo na fundação do estado-nação, perdem o respaldo do próprio estado-nação que neles também se fundamenta.

Esses atos, que estão baseados em uma retórica de exceção que, por sua vez, está baseada exclusivamente na vontade do soberano, revelam o aparente paradoxo entre exceção e democracia: como é possível que o estado democrático liberal possa atuar como um estado de exceção?

### 3 COMPREENDENDO A POLÍTICA CONTEMPORÂNEA COMO BIOPOLÍTICA: A CONTRIBUIÇÃO DE GIORGIO AGAMBEN

#### 3.1 O método arqueológico-paradigmático

Para responder a essa pergunta, o marco teórico da filosofia política moderna não é suficiente. Para bem compreender o fenômeno do exercício do poder soberano na contemporaneidade, Giorgio Agamben propõe um método que ele denomina “arqueológico-paradigmático”. Em seu livro *Signatura Rerum: Sul Metodo* (2008b), Agamben o descreve e elucida, demonstrando que, para a compreensão do presente, o pesquisador busca no passado fatos históricos que guardem com os do presente uma relação de equivalência capaz de tornar possível sua explicação.

Para isso, dois conceitos-chave merecem esclarecimento. O primeiro é o de *arqueologia filosófica*: o processo de investigação histórica dos fatos que possam guardar com o presente uma relação de equivalência que lhe confira sentido. Agamben explica que seu conceito de arqueologia tem raiz em Michel Foucault:

Qui l'archeologia, a differenza della storia “nel senso tradizionale del termine”, si presenta come la ricerca di una dimensione insieme paradigmatica e trascendentale, una sorta di “*a priori* storico”, in cui i saperi e le conoscenze trovano la loro condizione di possibilità. (2008b, p. 94)

Essa compreensão dos fatos históricos como um “*a priori* histórico”, verdadeira *ἐπιστήμη*<sup>1</sup>, *episteme*, do contemporâneo, cuja concretização como produção filosófica se dá por meio da identificação desses fatos capazes de transcender o tempo histórico e conferir sentido ao

---

1 Neste artigo, optamos por utilizar a grafia original grega em razão do fato de que as diferentes transliterações para o alfabeto latino possuem divergências entre si e não são capazes de transpor a real fonética das palavras. Na primeira aparição de cada uma delas, traremos a versão romanizada, por razões de clareza.

contemporâneo através de uma razão analógica. Daí podemos invocar o conceito de *paradigma* em Agamben:

Lo statuto epistemologico del paradigma diventa perspicuo solo se, radicalizando la tesi di Aristotele, si comprende che esso revoca in questione l'opposizione dicotomica fra il particolare e l'universale che siamo abituati a considerare inseparabile dai procedimenti conoscitivi e ci presenta una singolarità che non si lascia ridurre ad alcuno dei due termini della dicotomia. Il regime del suo discorso non è la lógica, ma l'analogia, di cui Enzo Melandri, in un libro ormai classico, ha ricinstructo la teoría. E l'análogon, che esso produce, non è particolare né generale. Di qui il suo speciale valore, che si tratta di capire. (2008b, p. 21)

É por meio dessa identificação no passado de conceitos aplicáveis ao presente por analogia, os quais representam um “*a priori* histórico” capaz de explicar a contemporaneidade, que Agamben constrói os conceitos adotados em nossa análise.

### **3.2 *Homo sacer*, vida nua, ζωή (zōé) e βίος (bíos)**

A análise biopolítica das relações de poder estatais em Agamben parte do pressuposto de que, desde a Grécia antiga, é possível identificar duas diferentes concepções para a ideia de *vida*: uma vida biológica, natural, que existe com o simples nascimento, e uma vida política, qualificada pelo ingresso na coletividade, por meio da qual se adquirem os direitos. Agamben explica que essas duas concepções de vida eram definidas por Aristóteles como ζωή (zōé), ou a vida natural, “nua”, e βίος (bíos), ou a vida revestida da dimensão do político.

O filósofo italiano nos explica que “la semplice vita naturale è, però, esclusa, nel mondo classico, dalla *pólis* in senso proprio e resta saldamente confinata, come mera vita riproduttiva, nell'ambito del *oĩkos*” (2018, p. 21). A ζωή, vida natural, reprodutiva, então, tinha como seu lugar a casa, o οĩκος, a dimensão estritamente privada, enquanto era a πόλις, a cidade, a dimensão pública, o lugar da βίος.

Tendo em mente essa dicotomia entre ζωή e βίος, Agamben busca no Império Romano o conceito de *homo sacer*, ou “homem sacro”. Esse conceito, para os romanos, representava o homem que, tendo cometido um delito contra os deuses, recebia como pena a “sacralização”, ou seja, era entregue aos deuses, deixando com isso de fazer parte da sociedade. O *homo sacer*, por isso, não servia sequer para o sacrifício, uma vez que já fazia parte da dimensão do sagrado, do não mundano; mas, paradoxalmente, era completamente “matável” (*uccidibile*), sem que matá-lo fosse considerado homicídio.

Essa ideia de uma pessoa que se encontra em uma zona de indistinção entre o humano e o não humano, que perde toda a dimensão do político e fica apenas com uma vida nua, pura ζωή, é, para Agamben, uma espécie de conceito-limite que merece especial atenção:

Tutto fa pensare che ci troviamo qui di fronte a un concetto-limite dell'ordinamento sociale romano, che, come tale, può difficilmente essere spiegato in modo soddisfacente finché si resta all'interno dello *ius divinum* e dello *ius humanum*, ma ché può, forse, permettere di far luce sui loro reciproci limiti. (2018, p. 75)

Por isso, Agamben argumenta que, para o *homo sacer*, existe uma dupla ambiguidade:

È stato osservato che mentre la consecratio fa normalmente passare un oggetto dallo *ius humanum* al quello divino, dal profano al sacro, nel caso dell'*homo sacer* una persona è semplicemente posta al di fuori della giurisdizione umana senza trapassare in quella divina (...)

Se questo è vero, la sacratio configura una doppia eccezione, tanto dallo *ius humanum* che dallo *ius divinum*, tanto dall'ambito religioso che da quello profano. (2018, p. 81-82)

Utilizando esses conceitos como paradigmas, Agamben identifica entre eles e a ideia de um poder soberano uma clara analogia estrutural. Para isso, ele parte de duas ideias. Primeiro,

do pensamento de Carl Schmitt segundo o qual o soberano é aquele que tem o poder de declarar a exceção; segundo, do *homo sacer* como sujeito por excelência dessa mesma exceção. A correlação analógica entre essas duas ideias, para Agamben, revela que “sovrano e *homo sacer* presentano dua figure simetriche, che hanno la stessa struttura e sono correlate, nel senso che sovrano è colui rispetto al quale tutti gli uomini sono potenzialmente *homines sacri* e *homo sacer* è colui rispetto al quale tutti gli uomini agiscono come sovrani” (2008).

Há, então, uma relação estreita entre os conceitos de vida nua, a vida despida da dimensão do político do *homo sacer*, e o poder soberano, que, como se verá, são úteis para explicar o presente.

### **3.3 O campo como paradigma biopolítico do moderno**

Com base nesses conceitos, Giorgio Agamben chega a surpreendentes conclusões, por meio das quais é possível compreender a dicotomia entre democracia e exceção não como um paradoxo, senão como uma relação de contiguidade. Para isso, Agamben demonstra que, no processo de construção da modernidade, o controle da vida por meio do poder soberano chegou a níveis tais que não é mais possível compreender a política sem que se ponha a tomada de decisões sobre a vida, a vida nua, biológica, ζωή, como elemento central.

Para demonstrar como a vida nua saiu do âmbito do οἶκος e ingressou na πόλις, Agamben volta às primeiras declarações de direitos do estado moderno. Ele argumenta que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, promulgada como resultado dos ideais iluministas da Revolução Francesa, ao conferir a toda pessoa direitos sagrados e inalienáveis pela condição única de ser humano, inscreve a vida nua definitivamente no cerne do político. É com base nessa ideia que se torna possível compreender toda a política no paradigma contemporâneo.

Ao inscrever a vida nua no político, conferindo ao cidadão o *status* de soberano, ou de “*membre du souverain*”, na expressão de

Sieyès, ao mesmo tempo se sujeita ele ao estado do qual é soberano. Essa ambiguidade, que converte a pessoa em soberana e em sujeito de soberania, em sujeito de direitos sob o poder de um estado capaz de decidir por sua vida, é, para Agamben, uma característica indelével da contemporaneidade.

E é essa própria ambiguidade que é capaz de explicar a relação de contiguidade entre democracia e exceção. O italiano mostra quem apesar de a *Déclaration* conferir direitos sob a única condição de ser humano, o que se observa é que esses direitos, na verdade, só são garantidos se o homem é, ao mesmo tempo, cidadão, ou seja, soberano e sujeito de soberania de um estado (2018, p. 117). A relação entre nascimento e nação no estado moderno se revela problemática quando se observa o problema dos refugiados, cuja proximidade com o caso dos imigrantes é notável:

Se i rifugiati (il cui numero non ha mai cessato di crescere nel nostro secolo, fino a includere oggi una parte non transcurabile dell'umanità) rappresentano, nell'ordinamento dello Stato-nazione moderno, un elemento così inquietante, è innanzitutto perchè, spezzando la continuità fra uomo e cittadino, fra *natività* e *nazionalità*, essi metono in crisi la finzione originaria della sovranità moderna. Esibendo alla luce lo scarto fra nascita e nazione, il rifugiato fa apparire per un attimo sulla scena política quella nuda vida che ne costituisce il segreto presuposto.

É dizer, então, que o aparente paradoxo entre democracia e exceção, entre vida nua e vida política, se rompe por completo se compreendemos a política atual como biopolítica, no centro da qual está a vida nua. Os refugiados — assim como os imigrantes do caso americano —, em teoria sujeitos de direitos pela condição humana, são despidos de toda dimensão política, convertendo-se, com isso, em sujeitos da soberania sem dela fazer parte: como sujeitos máximos da exceção, como *homines sacri*.

E se a exceção tem como seu sujeito máximo o *homo sacer*, seu espaço, para Agamben, é o do *campo*: “lo spazio che si apre quando lo stato di eccezione comincia a diventare la regola”. A inclusão da vida nua no político, que abre a possibilidade para a completa desumanização *por meio* da democracia, torna constantemente possível a existência do campo, um espaço, por sua natureza, ao mesmo tempo dentro e fora da lei, onde as vidas nuas em bando são abandonadas. No campo, então, a regra e a exceção se tornam indiscerníveis, e o biopoder, o poder soberano sobre a vida nua, pode ser exercido sem limites. Ali, tudo é possível.

Assim, se revela a eterna e imanente potencialidade de, dentro de uma democracia, se instalar a exceção. A compreensão da vida nua como pedra fundamental da política em um paradigma moderno é o que torna inteligível a relação de contiguidade entre democracia e exceção. E é por meio deste paradigma que se compreende como é possível que, em um estado democrático e liberal como os EUA, seja possível o estabelecimento de campos como os descritos por Andrea Pitzer, onde a exceção se converte em regra e a vida é totalmente despida da dimensão do político.

#### **4 VIDA NUA E BIOPODER NOS CAMPOS DE TRUMP**

A identificação, por Giorgio Agamben, do paradigma biopolítico da modernidade nos fornece elementos capazes de explicar a política migratória de Donald Trump por meio de uma perspectiva biopolítica, que tenha como objetivo uma compreensão mais contemporânea do problema, capaz de contribuir com a garantia de efetividade dos direitos humanos dos imigrantes.

No governo Trump, como visto anteriormente, se pode identificar uma retórica de exceção que equipara os imigrantes a inimigos da pátria e busca, com isso, fundamentar ações baseadas em militarismo e desumanização. A retórica consiste em criar a impressão de que existe um aumento desenfreado das imigrações ilegais e de que os imigrantes são criminosos perigosos; a prática, por sua vez, consiste

em combater essas pessoas como inimigos, com base em uma lógica bélico-militar, e retirar-lhes toda a humanidade, reduzindo-as a meras criaturas humanas, mas sem direitos. Tudo isso pode ser explicado por uma perspectiva biopolítica.

O discurso de exceção, que busca fundamentar uma suposta “emergência nacional”, mas que não encontra fundamento na realidade, é uma expressão do biopoder exercido pelo soberano sobre aqueles que, ao menos em teoria, seriam titulares de direitos capazes de protegê-los contra a arbitrariedade do poder soberano. Agamben identifica, nesse tipo de discurso, o paradigma político da contemporaneidade:

In quanto lo stato di eccezione è, infatti, “voluto”, esso inaugura un nuovo paradigma giuridico-politico, in cui la norma diventa indiscernibile dall’eccezione. Il campo è, cioè, la struttura in cui lo stato di eccezione, sulla cui possibile decisione si fonda il potere sovrano, viene realizzato *normalmente*. Il sovrano non si limita più a decidere sull’eccezione, com’era nello spirito della costituzione di Weimar, sulla base del riconoscimento di una data situazione fattizia (il pericolo per la sicurezza pubblica): esibendo a nudo l’intima struttura di bando che caratterizza il suo potere, egli produce ora la situazione di fatto come conseguenza della decisione sull’eccezione. (2018, p. 153)

Se Trump, na decisão sobre a exceção, cria ele mesmo sua justificativa de fato, se estabelece o estado de exceção na exata forma descrita por Agamben. Ao adotar um inimigo externo que ameaçaria a nação, representado pela caravana de imigrantes, mesmo sem qualquer fundamento na realidade dos fatos, Trump, exercendo seu biopoder, está ao mesmo tempo produzindo e adotando o pressuposto de fato da exceção.

De igual maneira, ao desumanizar os imigrantes, negando-lhes direitos, os converte em *homines sacri*, pessoas despidas da dimensão política, meras vidas nuas, sujeitos e objetos máximos do biopoder ex-



cepcional do soberano. É dizer, então, que, exercendo o poder soberano de que é detentor contra aqueles que considera inimigos, reduzindo-os à velha ζωή grega, Donald Trump se transforma em senhor da própria *vida* daquelas pessoas que logrou pôr sob sua custódia.

No caso americano, a política de detenções em massa, pela qual os imigrantes são relegados a centros de detenção onde não são titulares de qualquer garantia ou direito, pode ser facilmente comparada, como já havia feito Andrea Pitzer, com campos de concentração; ou, de maneira mais metodologicamente sólida, com o *campo*, que, como visto, é o espaço onde a exceção se torna regra e onde a distinção entre fato e direito chega mesmo a desaparecer: a adoção de fundamentos de fato baseados exclusivamente na vontade do soberano para a instalação da exceção faz com que fato e direito não tenham mais fronteira entre si, uma vez que é a palavra do soberano que define algo como uma coisa ou outra. Por isso, Agamben chega à conclusão de que “il campo è un ibrido di diritto e di fatto, in cui i due termini sono diventati indiscernibili”.

E o filósofo vai mais além. Segundo ele, o âmbito da decisão soberana sobre a vida, no paradigma contemporâneo, faz com que mesmo a linha que o separa do âmbito da decisão sobre a *morte*, que transforma essa decisão em *tanatopolítica*, deixe, também, de existir:

Di pari passo all'afermarsi della biopolitica, si assiste, infatti, a uno spostamento e a un progressivo allargarsi al di là dei limiti dello stato di eccezione della decisione sulla nuda vita in cui consisteva la sovranità. Se, in ogni Stato moderno, vi è una linea che segna il punto in cui la decisione sulla vida diventa decisione sulla morte e la biopolitica può, così, rovesciarsi in tanatopolitica, questa linea non si presenta più oggi come un confine fisso che divide due zone chiaramente distinte; essa è, piuttosto, una linea in movimento che si sposta in zone via via più ampie della vita sociale, in cui il sovrano entra in simbiosi sempre più intima non solo col giurista, ma anche col medico, con lo scienziato, con l'esperto, col prete. (2018, p. 114)

A amplamente noticiada morte de dezenas de pessoas nesses campos, entre os quais oito crianças, é uma contundente amostra da necessidade de uma compreensão mais fundamental do problema do campo como *locus* da exceção, e, especialmente, da existência atual de campos como os centros de detenção de imigrantes sob Trump.

Essas considerações tornam possível responder a pergunta feita linhas acima: como é possível que o estado democrático liberal possa atuar como um estado de exceção? Sobre isso, Agamben é extremamente preciso:

La domanda corretta rispetto agli orrori commessi nei campi non è, pertanto, quella che chiede ipocritamente come sia stato possibile commettere delitti tanto atroci rispetto a degli esseri umani; più onesto e soprattutto più utili sarebbe indagare attentamente attraverso quali procedure giuridiche e quali dispositivi politici degli esseri umani abbiano potuto essere così integralmente privati dei loro diritti e delle loro prerogative, fino a che commettere nei loro confronti atto non apparisse più come un delitto (a questo punto, infatti, tutto era veramente diventato possibile). (2018, p. 154)

As conclusões que podem decorrer da adoção do método arqueológico-paradigmático e do marco teórico agambeniano sobre a questão da criação de verdadeiros campos nos EUA de 2019, então, são as de que não há qualquer paradoxo entre democracia e exceção, senão uma contiguidade entre esses dois conceitos. A chave para a compreensão dessa constatação não pode ser outra senão a transposição da vida nua para o papel de pedra fundamental do paradigma político moderno. É só por meio dessa constante identificação das encarnações modernas das relações entre biopoder e vida nua que poderemos garantir a efetividade dos direitos humanos dos imigrantes abandonados sob o poder soberano do chefe de um estado no qual não detêm qualquer parcela de soberania.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas seções anteriores, vimos que a política imigratória do governo de Donald Trump nos Estados Unidos causou certa perplexidade na comunidade internacional, decorrente da adoção de uma retórica que compara os imigrantes a criminosos, a “inimigos da pátria”, e cria, com isso, um alarme que tem como objetivo principal fundamentar a instauração de um estado de exceção; nos EUA, uma “*national emergency*”. Esse discurso fundamenta e é acompanhado de práticas que, como vimos, a jornalista histórica Andrea Pitzer identifica como *militarismo* e *desumanização*, e que, historicamente, servem de motivação para a instalação de campos de concentração.

A perplexidade, então, estaria relacionada com o aparente paradoxo existente entre a democracia e a exceção, que turva a compreensão do problema dos campos de detenção e das possibilidades de combate a essas práticas. Por isso, adotamos o método arqueológico-paradigmático de Giorgio Agamben para que, por meio de uma análise biopolítica da questão, se pudesse fazer a luz sobre a matéria. Para tanto, utilizamos como marco teórico os conceitos agambenianos de *homo sacer*, vida nua, estado de exceção, inimigo da pátria e campo, que, quando aplicados ao noticiário relacionado à política imigratória de Trump, podem revelar sobre ela uma compreensão que não seria possível se prescindíssemos da adoção de uma perspectiva biopolítica.

Assim, pudemos identificar algumas correlações que demonstram que não há nenhum paradoxo entre a criação, por Trump, de campos onde se perpetua a exceção, e a democracia liberal à qual os EUA se filiam há mais de dois séculos. A retórica de exceção e a desumanização dos imigrantes, os quais são espoliados de seus direitos, se relaciona com a inclusão da vida nua nas decisões soberanas. Os centros de detenção provisória, onde imigrantes são detidos sem devido processo e sem qualquer respeito às normas prefixadas pelos órgãos competentes, como o *Department of Homeland Security* ou mesmo a Suprema Corte, são verdadeiros campos, espaços onde a exceção se converte em regra e fato e direito não guardam mais

nenhuma distinção. Nesses lugares, os *detainees* são sujeitos a toda sorte de indignidades: privação de conforto e saneamento básicos, superlotação, detenção por tempo maior que o legalmente permitido, doença — e mesmo morte.

É só por meio dessa compreensão marcadamente biopolítica das ações do governo Trump que nos permite compreender que é, sim, possível que a ditadura germine do seio da democracia, que o totalitarismo floresça do solo do estado de direito, que o nascedouro dos direitos humanos se torne sua decrépita sepultura, e que o estado de exceção seja, em nossa estranha contemporaneidade, o estarrecedor paradigma do domínio do homem sobre o homem. É por essa razão que, por meio da paráfrase da citação apócrifa de Benavides ou Juárez, expressamos esse novo paradigma no título destes breves escritos na forma como ele tem costumado se mostrar ao mundo: para meus amigos, tudo. Para meus inimigos, nada além da exceção.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Che cos'è il contemporaneo?** Milano: Nottetempo, 2008a.

\_\_\_\_\_. Homo sacer: poder soberano e nuda vita. In: \_\_\_\_\_. **Homo sacer : edizione integrale.** Macerata: Quodlibet, 2018a.

\_\_\_\_\_. Iustitium: stato di eccezione. In: \_\_\_\_\_. **Homo sacer : edizione integrale.** Macerata: Quodlibet, 2018b.

\_\_\_\_\_. **Signatura Rerum: sul metodo.** Torino: Bollati Boringhieri, 2008b.

ARENDETT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

BUMP, Philip. Donald Trump hears there are 34 million illegal immigrants. There aren't. **The Washington Post**, Washington, D.C., 8 jul. 2015. Disponível em <[https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2015/07/08/donald-trump-hears-there-are-34-million-illegal-immigrants-there-arent/?utm\\_term=.33787c08be4a](https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2015/07/08/donald-trump-hears-there-are-34-million-illegal-immigrants-there-arent/?utm_term=.33787c08be4a)> (Acesso em 8 de junho de 2019).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Management Alert – DHS Needs to Address Dangerous Overcrowding and Prolonged Detention of Children

and Adults in the Rio Grande Valley (Redacted). Office of the Inspector General. U.S. Department of Homeland Security, jul. 2019. Disponível em < [https://www.oig.dhs.gov/sites/default/files/assets/2019-07/OIG-19-51-Jul19\\_.pdf](https://www.oig.dhs.gov/sites/default/files/assets/2019-07/OIG-19-51-Jul19_.pdf) > (Acesso em 6 de julho de 2019).

\_\_\_\_\_. Transport, Escort, Detention and Search standards (TEDS). U.S. Customs and Border Protection. U.S. Department of Homeland Security, out. 2015. Disponível em: < <https://www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2017-Sep/CBP%20TEDS%20Policy%20Oct2015.pdf> > (Acesso em 6 de julho de 2019).

\_\_\_\_\_. United States District Court, Central District of California. Case No. CV 85-4544-RJK(Px): Stipulated Settlement Agreement. Jenny Lisette Flores *et al.* v. Janet Reno, Attorney General of the United States *et al.* Califórnia, jan. 1997.

GREEN, David (2016), The Trump Hypothesis: Testing Immigrant Populations as a Determinant of Violent and Drug-Related Crime in the United States. **Social Sciences Quarterly**, Hoboken, vol. 97, n.º 3, mai. 2016.

HARRIES, Lindsay M., Seeking asylum isn't a crime. Why do Trump and Sessions act like it is? **The Washington Post**, Washington, D.C., 29 jun. 2018. Disponível em <[https://www.washingtonpost.com/outlook/seeking-asylum-isnt-a-crime-why-do-trump-and-sessions-act-like-it-is/2018/06/29/dc4cf136-7a7c-11e8-93cc-6d3becdd7a3\\_story.html?utm\\_term=.e4a2ddad8420](https://www.washingtonpost.com/outlook/seeking-asylum-isnt-a-crime-why-do-trump-and-sessions-act-like-it-is/2018/06/29/dc4cf136-7a7c-11e8-93cc-6d3becdd7a3_story.html?utm_term=.e4a2ddad8420)> (Acesso em 8 de junho de 2019).

HOLMES, Jack. "An Expert on Concentration Camps Says That's Exactly What the U.S. Is Running at the Border," *in Esquire*, 13 jun. 2019. Disponível em <<https://www.esquire.com/news-politics/a27813648/concentration-camps-southern-border-migrant-detention-facilities-trump/>> (Acesso em 13 de junho de 2019).

HURET, Romain. **La construction de l'État providence aux États-Unis et ses mutations : du New Deal à la réforme de la santé de 2010**. Notas de aula. Institut d'études politiques de Lyon, Lyon, 2013.

LEVI, Primo. **Se questo è un uomo**. Torino : Einaudi, 2014.

PITZER, Andrea. **One Long Night: A Global History of Concentration Camps**. London: Little, Brown and Company, 2017.

PLASSARD, Marie. **L'État et la construction de l'identité nationale aux États-Unis**. Notas de aula. Institut d'études politiques de Lyon, Lyon, 2012.



## SOBRE AUTORES

### **Afonso Carvalho de Oliva**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos. Doutorando em Ciências Jurídicas Privatísticas – Universidade do Minho (Portugal). Advogado. Presidente da Comissão de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais da OAB/SE Professor. Diretor de Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho.

### **Alexis Magnum Azevedo de Jesus**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Doutor em Educação (UFS); Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Judicial de Sergipe (EJUSE); Bacharel em Direito (UFS).

### **Antonina Gallotti Lima Leão**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Professora de Graduação e Pós-graduação em Direito da Criança e do Adolescente. Doutoranda em Direito (UFBA), Mestre em Direito (UFBA) e Especialista em Direito (UFBA).

### **Antônio Wellington Brito Júnior**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Delegado de Polícia Judiciária no Estado de Sergipe. E-mail: [wbritojunior@gmail.com](mailto:wbritojunior@gmail.com).

### **Daniela de Andrade de Souza**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Professora universitária da Faculdade de Direito 8 de Julho e do Centro Universitário Estácio de Sergipe. Especialista em gênero e sexualidade. Advogada. E-mail: [danielaasg@gmail.com](mailto:danielaasg@gmail.com)

### **Evânio José de Moura Santos**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Penal pela PUC-SP; Mestre em Processo Penal pela PUC-SP; Pós-graduado em Direito Penal Econômico (Ibccrim/Universidade de Coimbra), Filosofia (PUC/RS) e Direito Constitucional (UFS); Professor de Direito Penal da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito 08 de Julho; Advogado criminalista; Foi Conselheiro Federal e Secretário-Geral da OAB/SE; Procurador do Estado de Sergipe; Autor de obras jurídicas. E-mail: evanio@evaniomoura.adv.br

### **Fernanda Fortes Litwinski**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Professora das disciplinas Teoria Geral do Direito e Hermenêutica da Faculdade 8 de Julho. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Especialista pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

### **Gustavo Silva Calçado**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. mestre em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social da Constituição; doutorando em Direito Constitucional, parecerista da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal e professor de pós-graduação Damásio Educacional. Possui obras publicadas, artigos e capítulos em obras especializadas. É professor de Direito Constitucional e advogado”

### **Marcela Queiroz de França Damázio**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Professora de Direito Ambiental e Direito Eleitoral (CICLO/CERS Aracaju). Professora de Direito Ambiental e Urbanístico (Faculdade de Direito 8 de Julho). Advogada. E-mail: profmarceladamazio@gmail.com.



**Marcos Alexandre Costa de Souza Póvoas**

Mestre em Direito do Estado pela UGF/RJ. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UFBA. Procurador do Estado de Sergipe. Advogado Trabalhista.

**Plínio Rebouças de Moura**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: pliniormoura@yahoo.com.br

**Sâmya Santana Santos**

Professora Orientadora da Faculdade de Direito 8 de Julho. Possui Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes/SE. Professora Universitária. Advogada. Membro da Comissão em Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE. samyasantos@gmail.com

**Thiago de Menezes Ramos**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor da Faculdade de Direito 8 de Julho. Professor substituto da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Pesquisador. E-mail: thiagomenezes1211@gmail.com.

**Tiago Bockie de Almeida**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho; Diretor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Doutor em Direito Público; e-mail: Tiagobockie@yahoo.com.br.

**Pedro André Guimarães Pires**

Professor Orientador da Faculdade de Direito 8 de Julho. Mestre e bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Possui, ainda, Certificat d'études politiques pelo Institut d'Études Politiques de Lyon (Sciences Po Lyon). Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e Processual Civil do Curso de

Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANE-SE). Professor de Direito e Arte da Faculdade de Direito 8 de Julho.

**Alessandra Silva de Carvalho**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: carvalho\_alexandraa@outlook.com

**Amanda de Sá Santos**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022). E-mail: amanda\_dsnts@hotmail.com

**Bruna Helena Souza Libório**

Discente do curso de Direito.

**Bryan Oliveira de Assis**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: bryanoliveiracrf@gmail.com.

**Daniel Aquino Ribeiro**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: danielribeiro162@gmail.com

**Emanuel Messias Pereira Dos Santos Júnior**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: emanueljunior46@gmail.com

**Erick Felipe Araújo Pinto dos Santos**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: ekfpdosantos@gmail.com

**Filipe Sobral Azevedo**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: filipe sobral@hotmail.com;

**Gabriel Amorim Machado**

Discente do curso de Direito.

**Gabriel Ribeiro dos Passos**

Discente do curso de Direito.

**João Guilherme de Abreu Smith Farias**

Discente do curso de Direito.

**Laila Souza Schoucair**

Discente do curso de Direito.

**Larissa Góes Santos**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

**Laura Sampaio dos Santos Silva**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: sssampaiolaura@gmail.com

**Maria Eduarda de Amorim Souza**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

**Marindalva de Souza Santana**

Discente do curso de Direito.

**Mileny Mercoli Montenegro Rodrigues**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: montenegromileny@gmail.com.

**Murielle Nicácio da Silva**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: murielleapx@gmail.com

**Myllena Regina Maciel Lucena**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: myllenamacielf8@outlook.com

**Rachel Machado de Sales e Silva**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

**Sofia Pitta**

Discente do curso de Direito.

**Sônia Maria Nunes da Silva Oliveira**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: lunadimay@hotmail.com.

**Sophia Bilquis Silva Hasan**

Discente do curso de Direito. Inscrita no programa de iniciação científica da Faculdade de Direito 8 de Julho que teve duração de um ano (2021/2022).

**Vinícius dos Santos Sá**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: vinicius.sa2015@hotmail.com

**Vitória Menezes Santos**

Discente da Faculdade de Direito 8 de Julho. E-mail: vitoriamenezes9@gmail.com.

